BESLUT MEDDELAT AV FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE
den 7 juli 1998 *

I mål T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, tidigare HB Ice Cream Ltd, bolag bildat enligt irländsk rätt, Dublin, företrätt av Malcolm Nicholson och Michael Rowe, solicitors, delgivningsadress: advokatbyrån Elvinger, Hoss et Prussen, 2, place Winston Churchill, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Barry Doherty och Wouter Wils, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en ansökan om uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (Ärende nr IV/34.073, IV/34.395 och IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande

Beslut

Förfarande

1 Van den Bergh Foods Ltd (nedan kallat Van den Bergh), tidigare HB Ice Cream Ltd (nedan kallat HB Ice Cream) har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 21 april 1998, med stöd av artikel 173 fjärde stycket i EG-fördraget väckt talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (Ärende nr IV/34.073, IV/34.395 och IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited).

2 Van den Bergh har vidare genom särskild handling, som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag, med stöd av artikel 185 i fördraget begärt uppskov med verkställigheten av detta beslut fram tills dess att förstainstansrätten prövat ärendet i sak och alternativt, med stöd av artikel 186 i fördraget, yrkat att förstainstansrätten skall vidta de åtgärder den finner rättvisa och lämpliga.

3 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 maj respektive den 11 maj 1998 har Master Foods Ltd, som i sin verksamhet agerar under namnet Mars Irland and Masterfoods (nedan kallat Mars), bolag bildat enligt irländsk rätt, Dublin, företrätt av Philip G. H. Collins, solicitor, och Treats Frozen Confectionery Ltd (nedan kallat Treats), bolag bildat enligt engelsk rätt, Leeds (England), företrätt av Alasdair Bell, solicitor, båda med delgivningsadress hos advokatbyrån Loesch et Wolter, 11, rue Goethe, Luxemburg, begärt att få intervenera i målet till stöd för kommissionens talan.

4 Begäran om intervention har delgivits parterna i enlighet med artikel 116.1 i rättegångsreglerna.

5 I telefax som inkom till förstainstansrättens kansli den 14 maj 1998 förklarade Van den Bergh att den inte motsätter sig Mars begäran om intervention, men att den motsätter sig Treats begäran om intervention med motiveringen att detta företag inte har ett tillräckligt intresse av tvistens utgång. Van den Bergh begärde vidare att interventionssökandena endast skulle delges en censurerad version av Van den Berghs ansökan och av det omtvistade beslutet. Van den Bergh räknade därför upp en rad uppgifter som det ansåg vara hemliga eller konfidentiella.

6 Kommissionen yttrande sig skriftligen över ansökan om interimistiska åtgärder den 13 maj 1998. Genom särskilda inlagor som inkom den 20 maj 1998 har den förklarat att den inte motsätter sig Mars och Treats begäran om intervention. Kommissionen ifrågasatte vidare sökandens yrkande om konfidentiell handläggning på några punkter.

7 Genom skrivelser av den 27 maj 1998 från förstainstansrättens kansli kallades interventionssökandena till förhandlingen och delgavs icke konfidentiella versioner av ansökan om interimistiska åtgärder samt kommissionens yttrande över denna ansökan.

8 Parterna yttrade sig muntligen den 9 juni 1998.

9 Mars och sökanden inkom den 12 juni och den 25 juni 1998 respektive den 23 juni och den 24 juni 1998 per telefax till förstainstansrättens kansli med uppgifter om det domstolsförfarande som pågår vid Supreme Court i Irland. Dessa uppgifter har delgivits övriga parter.

Bakgrund till tvisten

10 Van den Bergh, ett helägt dotterbolag till Unilever NV/plc, är ledande tillverkare av glass i Irland, särskilt glass avsedd för omedelbar konsumtion (nedan kallat lösglass). Van den Bergh har för vana att i Irland förse de återförsäljare som säljer deras glassprodukter med en frysdisk, under förutsättning att dessa frysdiskar endast används för att förvara Van den Berghs produkter.

11 I mars 1990 väckte Mars talan vid High Court för att få fastställt att exklusivitetsvillkoret i HB Ice Creams frysdiskavtal var ogiltigt enligt nationell rätt och enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget. HB Ice Cream lämnade in en genstämning och yrkade att Mars skulle förbjudas att försöka förmå detaljhandlare att bryta mot exklusivitetsvillkoret i dessa avtal. I april 1990 meddelade High Court under förfarandet ett interimistiskt förbud i detta hänseende till förmån för HB Ice Cream.

12 Den 28 maj 1992 avgjorde High Court båda ärendena i sak. High Court ogillade Mars talan med motiveringen att HB Ice Creams system med frysdiskexklusivitet varken stred mot nationell rätt eller gemenskapens konkurrensregler. Den beviljade även HB Ice Cream ett permanent föreläggande för att hindra Mars att försöka

förmå detaljhandlare att förvara det bolagets glass i frysdiskar tillhörande HB Ice Cream.

13 Mars överklagade High Courts dom den 4 september 1992. Supreme Court förklarade under det muntliga förfarandet, som ägde rum den 10 juni 1998, att målet rör frågor om tolkningen av fördraget och att den därför har för avsikt att hänskjuta ärendet till EG-domstolen för förhandsavgörande i enlighet med artikel 177 i fördraget. Den uppgav även att High Courts föreläggande inte skulle komma att hävas under överklagandeförfarandets gång.

14 Parallellt med domstolsförfarandet vid de irländska domstolarna ingav Mars den 18 september 1991 ett klagomål till kommissionen mot HB Ice Cream med stöd av artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204, nedan kallad förordning nr 17). Denna anmälan avsåg det faktum att HB Ice Cream förser ett stort antal detaljhandlare med frysdiskar som enbart får användas för produkter av detta märke.

15 Den 29 juli 1993 delgav kommissionen HB Ice Cream ett meddelande om anmärkningar i vilket den ansåg att distributionssystemet stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget.

16 Efter överläggningar med kommissionen presenterade HB Ice Cream, samtidigt som den bestred kommissionens uppfattning, olika förslag på förbättringar för att kunna erhålla ett undantag enligt artikel 85.3. Dessa förslag presenterades för kommissionen den 8 mars 1995 och den 10 mars 1995 utfärdade kommissionen ett pressmeddelande i vilket den preliminärt ansåg att HB Ice Cream på grund av dessa ändringar kunde beviljas ett undantag. Därefter offentliggjordes ett meddelande enligt artikel 19.3 i förordning nr 17 i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 15 augusti 1995.

17 Den 22 januari 1997 riktade kommissionen ett nytt meddelande om anmärkningar till HB Ice Cream med motiveringen att ändringarna inte medfört de förväntade resultaten i fråga om fri tillgång till försäljningsställen. HB Ice Cream yttrade sig över dessa anmärkningar.

18 I det omtvistade beslutet av den 11 mars 1998

— fastställer kommissionen att bestämmelsen om exklusivitet i de avtal om frysdiskar, som slutits mellan Van den Bergh och detaljhandlare i Irland för utplacering av frysdiskar i försäljningsställen där det endast finns en eller flera frysdiskar som tillhandahållits av Van den Bergh för lagring av enskilt förpackade lösglassartiklar och där det inte finns frysdiskar som dessa detaljhandlare själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glasstillverkare än Van den Bergh, utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget (artikel 1);

— ogillar kommissionen Van den Bergh Foods Limiteds begäran om undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget för den bestämmelse om exklusivitet som avses i artikel 1 (artikel 2);

— fastställer kommissionen att Van den Berghs uppmuntran av detaljhandlare i Irland, som inte har frysdiskar som de själva skaffat sig eller som tillhandahållits av någon annan glasstillverkare än Van den Bergh, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor genom att erbjuda sig att utan någon direkt kostnad tillhandahålla dessa detaljhandlare frysdiskar för lagring av enskilt förpackade lösglassartiklar och att underhålla dem, utgör en överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget (artikel 3);

— uppmanar kommissionen Van den Bergh att omedelbart upphöra med de överträdelser som avses i artiklarna 1 och 3 samt att avstå från alla åtgärder med samma syfte eller verkningar (artikel 4);

— uppmanar kommissionen Van den Bergh att inom tre månader efter delgivningen av beslutet informera de detaljhandlare med vilka det för närvarande har avtal om frysdiskar som utgör överträdelser av artikel 85.1 i EG-fördraget såsom beskrivs i artikel 1 om den fullständiga lydelsen av artiklarna 1 och 3, samt att underrätta dem om att bestämmelserna om exklusivitet är ogiltiga (artikel 5).

19 I beslutet utvecklar kommissionen den rättsliga bedömning på vilken den stöder sig vid tillämpningen av artikel 85 i fördraget.

20 Kommissionen anför särskilt (punkt 157 i beslutskälen):

"En leverantör som önskar få tillträde för försäljning av sina lösglassprodukter i ett försäljningsställe i detaljhandeln (dvs. en nytillkommande till försäljningsstället) där det finns åtminstone en frysdisk med exklusivitetsvillkor kan endast få detta om försäljningsstället i fråga har frysdiskar utan exklusivitetsvillkor ... eller om leverantören kan övertyga detaljhandlaren att antingen ersätta en installerad frysdisk med exklusivitetsvillkor eller installera ytterligare en frysdisk vid sidan av redan installerade frysdiskar med exklusivitetsvillkor."

21 Med stöd av en marknadsundersökning anser kommissionen (punkt 158—183 i skälen) att det är mindre troligt att detaljhandlarna vidtar någon av dessa åtgärder och drar följaktligen slutsatsen att de ifrågavarande försäljningsställena i praktiken är bundna till sökanden (punkt 184 i skälen).

22 Det konstateras även i beslutet att avtalen inte kan beviljas undantag med stöd av artikel 85.3 i fördraget, eftersom de inte bidrar till att förbättra varudistributionen (punkt 222—238 i skälen), inte tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av vinsten (punkterna 239 och 240 i skälen), inte är oundgängligt för att uppnå någon av

de påstådda fördelarna (punkt 241 i skälen) och ger HB Ice Cream möjlighet att avskaffa en väsentlig del av konkurrensen på den ifrågavarande marknaden (punkt 242—246 i skälen).

23 Beträffande artikel 86 i fördraget anser kommissionen att sökanden innehar en dominerande ställning på marknaden för enskilt förpackad lösglass i Irland.

24 Den uppger följande (punkt 263 i skälen):

"[HB Ice Cream] missbrukar i strid med artikel 86 sin dominerande ställning på den relevanta marknaden genom att företaget uppmuntrar detaljhandlare ... som inte har frysdiskar för lagring av lösglass som de antingen själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glassleverantör än [HB Ice Cream], att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor. Denna uppmuntran tar sig formen av ett erbjudande att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare och att underhålla dem utan någon direkt kostnad för dessa detaljhandlare."

Rättslig bedömning

Ansökan om intervention

25 Mars och Treats respektive ansökan om intervention skall prövas separat.

26 Beträffande Mars ansökan skall det påpekas att det omtvistade beslutet avslutar det administrativa förfarande som kommissionen inledde till följd av ett klagomål från Mars av den 18 september 1991. I detta klagomål påstod Mars att det faktum att HB Ice Cream förser ett stort antal detaljhandlare med frysdiskar enligt villkoret om frysdiskexklusivitet och de villkor enligt vilka frysdiskarna tillhandahålls detaljhandlarna utgör en konkurrensbegränsning och hindrar Mars från att få tillträde till detaljhandelsställen för att i Irland kunna sälja sin lösglass. Det är för övrigt klarlagt att Mars deltog aktivt i det administrativa förfarandet vid kommissionen. Såsom sökanden själv har konstaterat i sina inlagor avser målet mellan denne och Mars, som fortfarande pågår vid nationell domstol, frågan om exklusivitetsvillkoret i HB Ice Creams frysdiskavtal i Irland strider mot gemenskapens konkurrensregler.

27 Under dessa omständigheter har Mars ett berättigat intresse av att få intervenera till stöd för kommissionens talan i detta interimistiska förfarande.

28 Den andra interventionssökanden Treats har i huvudsak åberopat två skäl till stöd för att det har ett intresse av tvistens utgång. För det första är Treats aktiv på marknaden för lösglass i Storbritannien och i Nordirland och det har under många år försökt komma in på den irländska marknaden. Treats försök har dock misslyckats i och med att ett stort antal detaljhandlare är bundna vid exklusivitetsvillkoret i sökandens frysdiskavtal. För det andra deltog Treats i det administrativa förfarandet vid kommissionen.

29 Sökanden har invänt att den inte känner till att Treats skulle ha gjort allvarliga försök att komma in på marknaden för lösglass i Irland och anser därför att detta företag inte har ett berättigat intresse av en tvist som rör denna marknad. Vidare deltog Treats endast i begränsad utsträckning i det administrativa förfarandet vid kommissionen och deltog inte i detta förfarande efter mars 1995. Slutligen avser

det intresse som Treats möjligen skulle kunna ha de skäl som låg till grund för beslutet och inte tvistens utgång.

30 Såsom Treats har anfört i sitt muntliga yttrande skall det emellertid påpekas att Treats försäljning till irländska grossister tredubblades mellan åren 1994 och 1997 och att Treats distributör i Nordirland har börjat sälja Treats produkter på den irländska marknaden. Slutligen utgör en stor del av Treats försäljning på den irländska marknaden försäljning av lösglass.

31 Treats skall därför anses ha ett berättigat intresse av att få intervenera till stöd för kommissionens talan i detta interimistiska förfarande.

Yrkandet om konfidentiell handläggning

32 Inom ramen för det interimistiska förfarandet skall Van den Berghs yrkande om konfidentiell handläggning av vissa uppgifter bifallas, eftersom dessa uppgifter vid ett första påseende kan anses vara hemliga eller konfidentiella i den mening som avses i artikel 116.2 i rättegångsreglerna.

Ansökan om uppskov med verkställigheten

33 Enligt artikel 185 i fördraget jämförd med artikel 4 i rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom av den 24 oktober 1988 om upprättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (EGT L 319, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 2, s. 89), i dess lydelse enligt rådets beslut 93/350/Euratom, EKSG, EEG av den 8

juni 1993 (EGT L 144, s. 21; svensk specialutgåva, område 1, volym 3, s. 21), kan förstainstansrätten förordna om uppskov med verkställigheten av en omtvistad rättsakt när den finner att omständigheterna så kräver.

34 Enligt artikel 104.1 i rättegångsreglerna kan en ansökan om uppskov med verkställigheten endast prövas om sökanden har väckt talan om prövning av rättsakten vid förstainstansrätten. Enligt artikel 104.2 skall en ansökan om interimistiska åtgärder ange de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet samt de faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad (fumus boni juris). Den begärda åtgärden skall dessutom vara interimistisk i den meningen att den varken skall föregripa rätts- eller bevisfrågorna i tvisten eller på förhand motverka följderna av det avgörande som senare skall meddelas i sak (beslut meddelat av domstolens ordförande den 19 juli 1995 i mål C-149/95 P (R), kommissionen mot Atlantic Container Line m. fl., REG 1995, s. I-2165, punkt 22).

35 Det skall därför undersökas om dessa villkor är uppfyllda i förevarande fall.

Parternas argument

36 Sökanden har erinrat om att den genom sin talan i sak har yrkat att förstainstansrätten skall ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del kommissionen anser att sökanden har åsidosatt artiklarna 85 och 86 i fördraget.

37 Sökanden har bland annat gjort gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet har gjort en uppenbart oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna, vilket i sin tur har lett till en felaktig rättstillämpning. Sökanden har bestritt kommissionens påstående att exklusivitetsvillkoret i frysdiskavtalen leder till en stängning av den irländska marknaden för lösglass.

38 Kommissionen har i synnerhet gjort en felaktig bedömning när den fastslog dels att alla detaljhandlare som endast har frysdiskar från HB Ice Cream i praktiken är bundna, dels att den irländska marknaden för lösglass i praktiken är stängd.

39 Beträffande frågan om detaljhandlarna i praktiken är bundna till sökanden har denna påpekat att frysdiskavtalen i praktiken kan sägas upp av detaljhandlaren utan uppsägningstid. Detaljhandlaren kan följaktligen byta ut en frysdisk från HB Ice Cream mot en egen frysdisk, en annan leverantörs frysdisk eller mot två mindre frysdiskar, varav den ena eller båda dessa kan tillhöra ett annat företag än HB Ice Cream. För övrigt kan en detaljhandlare som tilldelats en frysdisk från HB Ice Cream alltid installera ytterligare en frysdisk. Kommissionen har således inte förstått vilka möjligheter detaljhandlarna har att ersätta de frysdiskar som tillhör HB Ice Cream eller att installera ytterligare frysdiskar. Det var därför fel att dra slutsatsen (punkt 184 i beslutet) att den kategori försäljningsställen där den eller de enda frysdiskarna på plats tillhör sökanden "i praktiken är bunden till försäljning av [HB Ice Creams] lösglassprodukter".

40 Beträffande nivån på utestängningen från den relevanta marknaden har sökanden erinrat om att det antal försäljningsställen där den eller de enda frysdiskarna på plats kommer från sökanden enligt beslutet uppgår till ungefär 40 procent av marknaden och 40 procent av försäljningen på den relevanta marknaden. Denna bedömning är dock felaktig, eftersom kommissionen har beaktat försäljningsställen som inte borde ha beaktats. Enligt sökandens beräkningar uppgår nivån på utestängningen från marknaden till ungefär 6 procent.

41 Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget. Enligt den kvalitativa infallsvinkel vid tillämpningen av denna bestämmelse på vertikala avtal som antogs av High Court i sin dom av den 28 maj 1992, faller exklusivitetsvillkoret i avtalen med detaljhandlarna utanför tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget. En kvantitativ infallsvinkel skulle leda till samma resultat: det föreligger ingen

tillräckligt konkret begränsning av konkurrensen i den mening som avses i rättspraxis för att artikel 85.1 skall kunna tillämpas (domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitris, REG 1991, s. I-935; förstainstansrättens domar av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen, REG 1995, s. II-1533, och i mål T-9/93, Schöller mot kommissionen, REG 1995, s. II-1611).

42 Sökanden anser vidare att kommissionen gjorde en oriktig bedömning när den vägrade att bevilja sökanden undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, eftersom de fyra kumulativa villkor som föreskrivs i denna bestämmelse är uppfyllda. I synnerhet skulle de fördelar som följer av exklusivitetsvillkoret normalt motivera ett sådant undantag: minskade kostnader för distribution av glass, stor geografisk tillgänglighet till lösglass, stordriftsfördelar i samband med inköp och underhåll av frysdiskar, förbättrad "merchandising", förbättrad synlighet för produkten och bevarad produktkvalitet. Kommissionen har själv tidigare accepterat att exklusivitetsvillkoret är nödvändigt för att uppnå de fördelar som följer av avtalen mellan sökanden och dess detaljhandlare.

43 Kommissionen har genom att tillämpa artikel 86 i fördraget i förevarande fall även gjort en oriktig bedömning, eftersom den i huvudsak stött sig på att HB Ice Creams frysdiskavtal har haft en utestängande effekt.

44 Vad gäller frågan huruvida uppskov med verkställigheten är brådskande, har sökanden gjort gällande att om dessa avtal skulle ändras i enlighet med vad som fastslås i beslutet, skulle detaljhandlarna omedelbart eller snart börja förvara glass från andra tillverkare i de frysdiskar som sökanden äger och underhåller. Detta skulle leda till ekonomiska skador och en marknadsutveckling som inte skulle kunna återställas på ett senare stadium. Om de detaljhandlare som direkt berörs av beslutet vänjer sig vid att lagra produkter från andra tillverkare i dessa frysdiskar, skulle det på ett senare stadium bli väldigt svårt rent praktiskt att återinföra exklusivitetsvillkoret om beslutet i sak ogiltigförklaras.

45 Slutligen har sökanden gjort en intresseavvägning mellan å ena sidan den skada som sökanden troligen drabbas av om beslutet genomförs och å andra sidan kommissionens intresse av att få de påstådda överträdelserna av konkurrensreglerna att upphöra. Sökanden har i sitt skriftliga yttrande särskilt påpekat att Supreme Court kan komma att begära förhandsavgörande av EG-domstolen med stöd av artikel 177 i fördraget för att få klarhet i huruvida exklusivitetsvillkoret i sökandens avtal med detaljhandlarna är förenligt med fördragets bestämmelser. Om uppskov med verkställigheten inte skulle meddelas, skulle detta vidare kunna medföra att effekten av High Courts föreläggande, vilket kan verkställas, undermineras eller till och med kringgås.

46 Kommissionen anser att ansökan om uppskov med verkställigheten skall avvisas i den del som avser artiklarna 1 och 3 i beslutet, eftersom dessa bestämmelser inte kan verkställas.

47 Kommissionen har vidare påpekat att det inte fastställs i beslutet att exklusivitetsvillkor i sig strider mot artikel 85.1 i fördraget. Vad särskilt gäller marknaden för glass i Irland, medför avtal som endast förefaller införa frysdiskexklusivitet i praktiken att försäljningställena påtvingas ett exklusivitetsvillkor (se i detta hänseende domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen och domen i ovannämnda målet Schöller mot kommissionen). De försäljningsställen som i praktiken är bundna av exklusivitetsvillkoret utgör åtminstone 40 procent av marknaden och 40 procent av försäljningen på den relevanta marknaden. Den avgörande faktorn vid bedömningen är således avtalets ekonomiska effekt. Kommissionen har bestritt att nivån på utestängningen från marknaden uppgår till ungefär 6 procent, vilket sökanden har gjort gällande.

48 Kommissionen har vidare gjort gällande att den inte på något sätt är bunden av den dom som meddelats av High Court i tvisten mellan sökanden och Mars, i vilken High Court tillämpade gemenskapsrätten. Denna dom är baserad på de förhållanden som förelåg år 1992, medan det omtvistade beslutet är baserat på en marknadsundersökning från år 1996 och på marknadsandelarna år 1997. Vidare har sökan-

den mellan åren 1992 och 1997 ändrat det system som var föremål för High Courts prövning och kommissionen har vid sin bedömning beaktat domarna i de ovannämnda målen Langnese-Iglo mot kommissionen och Schöller mot kommissionen som förstainstansrätten meddelade år 1995.

49 Vad gäller tillämpningen av artikel 86 i fördraget har kommissionen i huvudsak erinrat om att begreppet missbruk är ett objektivt begrepp.

50 Kommissionen har i övrigt bestritt sökandens alla grunder och argument och gjort gällande att sökanden, mot bakgrund av rättspraxis, inte har visat att den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad (fumus boni juris).

51 Vidare anser kommissionen inte att sökanden har visat att åtgärden är brådskande eller att det föreligger en skada, nämligen minskade försäljningsintäkter. Vad gäller den skada som kan uppkomma genom att Van den Berghs konkurrenter erhåller vissa fördelar, anser kommissionen att sökanden kan återfå sin investering från detaljhandlare på flera olika sätt. Slutligen förefaller det inte som om sökanden — om uppskov med verkställigheten av beslutet inte beviljas — skulle försättas i en situation som innebär att hans existens äventyras eller hans marknadsandelar oåterkalleligt förändras (se beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 7 november 1995 i mål T-168/95 R, Eridania m. fl. mot rådet, REG 1995, s. II-2817, punkt 42).

52 Mars har i sina skriftliga och muntliga yttranden gjort gällande att det har ett omedelbart intresse av att konkurrera med Van den Bergh på den relevanta produktmarknaden. Mars anser att förstainstansrättens ordförande i sin bedömning även skall ta hänsyn till konsument-, detaljhandels- och leverantörsintressen.

53 Treats anser att det är viktigt att beslutet verkställs så snart som möjligt så att de strukturella hindren för inträde på den relevanta marknaden i Irland tas bort.

Ordförandens bedömning

— *Fumus boni juris*

54 Parterna har helt olika uppfattning om de verkliga villkoren för att få tillträde till den relevanta marknaden och om nivån på utestängningen från denna marknad. Sökanden har nämligen bestritt att detaljhandlare som endast har frysdiskar från sökanden "i praktiken är bundna" till denna och att den irländska marknaden för lösglass i praktiken är "stängd".

55 Vad gäller den andra frågan har sökanden betonat att det faktum att ungefär 40 procent av alla försäljningsställen endast har frysdiskar från sökanden inte betyder att 40 procent av försäljningsställena är oåtkomliga för konkurrerande leverantörer. När kommissionen beräknade nivån på utestängningen, skulle den bland annat inte ha räknat med de försäljningsställen som har minst två frysdiskar tillhörande sökanden, eftersom dessa försäljningsställen uppenbarligen har tillräckligt med utrymme för att inrymma en egen frysdisk eller en frysdisk från en annan leverantör.

56 Det skall i detta hänseende betonas att om förstainstansrätten skulle komma fram till att kommissionen har gjort en oriktig bedömning av nivån på utestängningen från marknaden, skulle detta utan tvekan inverka på bedömningen av vilken omfattning konkurrensbegränsningen har på denna marknad i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

57 Följaktligen måste en fördjupad prövning göras av sökandens argument om nivån på utestängningen. En sådan prövning kan dock inte göras inom ramen för detta interimistiska förfarande.

58 Eftersom ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget endast kan beviljas om det dessförinnan har skett en prövning enligt artikel 85.1, kan förstainstansrättens ordförande inte heller ta ställning till frågan om villkoren för undantag är uppfyllda.

59 En preliminär genomgång av beslutet visar vidare att kommissionens bedömning av sökandens agerande enligt artikel 86 i fördraget har ett väldigt nära samband med kommissionens bedömning enligt artikel 85.1 av HB Ice Creams avtal för distribution av lösglass i Irland, enligt vilka sökanden tillhandahåller frysdiskar åt försäljningsställen som för sökandens produkter, med förbehåll för ett exklusivitetsvillkor. Kommissionens bedömning enligt artikel 86 i fördraget grundas nämligen på följande slutsats: "Om en ekonomisk aktör har en dominerande ställning på marknaden, som i det föreliggande fallet, utgör ensamrätt till leveranser (vare sig detta är målet för eller effekten av avtal som slutits av denna aktör) ett oacceptabelt hinder för tillträde på marknaden ..." (punkt 265 i skälen). Påståendet om ensamrätt till leveranser är grundat på bedömningen att det är väldigt svårt att övertyga detaljhandlarna att ersätta de befintliga frysdiskarna från HB Ice Cream med en frysdisk från en annan källa eller att installera en ny frysdisk. Sökanden har emellertid ifrågasatt just denna förutsättning när den har bestritt kommissionens bedömning i beslutet angående de verkliga villkoren för tillträde till den relevanta marknaden och angående nivån på utestängningen från denna marknad.

60 Slutligen framgår det att de behöriga nationella domstolarna har fått ta ställning till huruvida exklusivitetsvillkoret i sökandens frysdiskavtal med detaljhandlarna är förenligt med artiklarna 85 och 86 i fördraget. High Court fastslog i dom av

den 28 maj 1992 att detta exklusivitetsvillkor varken stred mot artikel 85.1 eller artikel 86 i fördraget.

61 Det framgår av vad ovan anförts att sökandens grunder vid ett första påseende inte kan anses sakna stöd.

— *Huruvida åtgärden är brådskande*

62 Enligt fast rättspraxis skall frågan huruvida en ansökan om uppskov med verkställigheten ställer krav på skyndsamhet bedömas med beaktande av om det är nödvändigt att fatta ett interimistiskt beslut för att undvika att den som ansöker om uppskov lider allvarlig och irreparabel skada. Det är tillräckligt att den ifrågavarande skadan, särskilt då den beror på förekomsten av ett antal faktorer, är förutsägbar med en tillräcklig grad av sannolikhet (se bland annat domstolens beslut av den 29 juni 1993 i mål C-280/93 R, Tyskland mot rådet, REG 1993, s. I-3667, punkt 32—34).

63 Om det omtvistade beslutet i förevarande fall skulle verkställas omedelbart, skulle sökanden inte längre kunna tillämpa det omtvistade exklusivitetsvillkoret som gäller för frysdiskar installerade vid de försäljningsställen som avses i artikel 1 i beslutet. Sökanden skulle då tvingas ändra ett distributionssystem som har tillämpats under många år på den irländska marknaden. Om uppskov med verkställigheten av beslutet inte meddelas i målet, kommer Van den Berghs konkurrenter på den relevanta marknaden, såsom Mars och Treats, att omedelbart försöka sälja sina produkter vid de försäljningsställen som tidigare var mindre lättåtkomliga genom att se till att de förvaras i sökandens frysdiskar. Det skall dock påpekas att försäljningen av de aktuella produkterna är väldigt säsongbetonad, eftersom de i huvudsak säljs under sommarmånaderna.

64 Under dessa omständigheter åsamkas sökanden en allvarlig och irreparabel skada om den inte får tillämpa det distributionssystem som bygger på exklusivitetsvillkoret.

65 Om förstainstansrätten för det första skulle ogiltigförklara beslutet, skulle Van den Berghs ekonomiska skada vara svår att uppskatta med avseende på ersättningen, eftersom sökanden skulle ha svårt att fastställa med tillräcklig säkerhet vilken del av försäljningsminskningen som beror på ökad konkurrens på marknaden och vilken del som beror på osäkra väderförhållanden under högsäsong.

66 Om beslutet för det andra skulle verkställas omedelbart, finns det skälig anledning att befara att marknaden skulle utvecklas på ett sådant sätt att det skulle bli svårt, om inte omöjligt, att senare återställa denna marknadsutveckling om talan skulle bifallas i sak. I detta hänseende anser förstainstansrättens ordförande att sökanden har fog för sitt påstående att det skulle vara extremt svårt att, efter att förstainstansrätten ogiltigförklarat beslutet, på nytt få detaljhandlarna att respektera exklusivitetsvillkoret efter en period på flera månader under vilken de skulle ha sålt andra produkter som förvarats i sökandens frysdiskar.

67 Uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet kan emellertid på samma gång bidra till att befästa den befintliga marknadsstrukturen och därigenom hindra Van den Bergs konkurrenter, bland annat Mars och Treats, från att sälja sina produkter hos de detaljhandlare som är bundna av det aktuella exklusivitetsvillkoret.

68 I en sådan faktisk och rättslig situation skall det i det interimistiska ärendet göras en avvägning mellan de intressen som står på spel, inbegripet kommissionens intresse av att återupprätta en effektiv konkurrens.

69 Följaktligen skall det göras en avvägning mellan dels den risk som sökanden löper att tvingas ändra hela sitt distributionssystem, dels kommissionens intresse av att omedelbart få den överträdelse av gemenskapens konkurrensregler att upphöra som den anser sig ha fastställt. Det skall på denna punkt betonas att det exklusivitetsvillkor i frysdiskavtalen som kommissionen har invänt emot är ett system som fungerat under lång tid på den relevanta marknaden. Att det administrativa förfarande som ledde fram till det omtvistade beslutet tog lång tid beror delvis på att kommissionen försökte förmå sökanden att, med anledning av de anmärkningar som riktats mot denna, ändra sina avtal om distribution av lösglass med detaljhandlarna. Efter delgivningen av det första meddelandet om anmärkningar i juli 1993, i vilket kommissionen preliminärt intog ståndpunkten att det distributionssystem som fanns under denna period stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget, gjorde sökanden vissa åtaganden, som delgavs kommissionen i mars 1995, i syfte att beviljas ett undantag med stöd av artikel 85.3 i fördraget. Till följd av dessa åtaganden meddelade kommissionen att den hade för avsikt att fatta ett beslut med tillämpning av artikel 85.3 i fördraget och offentliggjorde i augusti 1995 ett meddelande i EGT med stöd av artikel 19.3 i förordning nr 17. Det är således enbart på grund av att kommissionen ansåg att sökandens ändringar inte ledde till de förväntade resultaten i fråga om tillgång till försäljningsställen som kommissionen i januari 1997 tillsände sökanden ett nytt meddelande om anmärkningar. Under dessa omständigheter kan kommissionen inte göra gällande att beslutet måste verkställas omedelbart.

70 Vidare finns det anledning att ta hänsyn till att den nationella domstol som prövade tvisten mellan Mars och sökanden fastslog att sökandens distributionssystem inte stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget och meddelade ett permanent föreläggande gentemot Mars. Den dom som High Court avkunnade den 28 maj 1992 är överklagad till Supreme Court. Supreme Court förklarade under det muntliga förfarandet, som ägde rum den 10 juni 1998, att målet rör frågor om tolkningen av fördraget och att den därför har för avsikt att hänskjuta ärendet till EG-domstolen för förhandsavgörande i enlighet med artikel 177 i fördraget och den upphävde inte det permanenta föreläggandet gentemot Mars. Det är därför vid ett första påseende uppenbart att kommissionen och de nationella domstolarna har tillämpat artiklarna 85 och 86 i fördraget på ett motstridande sätt.

71 Även om kommissionen ansvarar för genomförandet av och inriktningen på gemenskapens konkurrenspolitik, har den inte exklusiv behörighet att tillämpa artiklarna 85.1 och 86, eftersom behörigheten att tillämpa dessa bestämmelser delas med de nationella domstolarna (domen i ovannämnda målet Delimitis, punkterna 44 och 45). I förevarande fall har denna kompetensfördelning vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler medfört att det har uppkommit en motstridighet mellan kommissionens beslut av den 11 mars 1998 och High Courts dom från år 1992.

72 Eftersom en sådan motstridighet strider mot den allmänna principen om rättssäkerhet, skall de negativa effekterna av denna motstridighet begränsas i så stor utsträckning som möjligt. Med hänsyn till de väldigt speciella omständigheterna i förevarande fall är det lämpligt att, i väntan på förstainstansrättens avgörande i sak, inte äventyra det förfarande som pågår vid den nationella domstolen, eftersom denna domstol har meddelat att den har för avsikt hänskjuta ärendet till EG-domstolen för förhandsavgörande, för att undvika ett avgörande som strider mot gemenskapsrätten, och då denna domstol inte har upphävt det permanenta föreläggandet.

73 Med beaktande av dessa omständigheter kan kommissionens intresse av att få överträdelsen att upphöra inte gå före sökandens intresse av att inte äventyra det befintliga systemet eller före intresset av att begränsa effekten av en motstridighet vid tillämpningen av fördragets bestämmelser, innan förstainstansrätten har kunnat avgöra ärendet i sak.

74 Sammanfattningsvis, om beslutet skulle verkställas omedelbart under den tid ärendet behandlas i sak, föreligger det en risk för att sökanden förorsakas en allvarlig och irreparabel skada men även för en fortsatt bristande rättssäkerhet på området. Det förhållandet att Van den Berghs konkurrenter på marknaden har svårigheter att distribuera sina produkter till följd av angivna strukturella hinder kan inte ha företräde framför de sålunda identifierade riskerna.

75 Under dessa omständigheter medför en intresseavvägning mellan parternas intressen att ansökan om uppskov med verkställigheten av beslutet skall beviljas.

76 Mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i förevarande fall anser förstainstansrättens ordförande att de risker som redovisas ovan (punkt 74) utgör en avgörande invändning mot att det omtvistade beslutet verkställs omedelbart. Följaktligen kan kommissionens invändning att ansökan om uppskov inte kan omfatta artiklarna 1, 2 och 3 i beslutet inte godtas.

På dessa grunder fattar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

1) Master Foods Ltd och Treats Frozen Confectionery Ltd tillåts intervenera i mål T-65/98 R till stöd för svarandens talan.

2) I samband med det interimistiska förfarandet skall Van den Bergh Foods Ltd yrkande om konfidentiell behandling med avseende på vissa uppgifter i ansökan om uppskov med verkställigheten och i kommissionens beslut av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (Ärende nr IV/34.073, IV/34.395 och IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) bifallas.

3) Verkställigheten av kommissionens beslut uppskjuts till dess att förstainstansrätten har avgjort målet i sak.

4) Beslut om rättegångskostnaderna kommer att meddelas senare.

Luxemburg den 7 juli 1998

H. Jung

Justitiesekreterare

B. Vesterdorf

Ordförande