FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO SAGGIO

fremsat den 8. juli 1999 *

I — Indledning

1. Den foreliggende sag angår anken af en dom afsagt af Retten den 14. maj 1997 i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen [1]. Ved nævnte dom annullerede Retten Kommissionens beslutning, som var indeholdt i dens skrivelse af 20. december 1993 vedrørende sagerne IV/32.751 — Florimex/Aalsmeer II, IV/32.990 — VGB/Aalsmeer, IV/33.190 — Inkoop Service og M. Verhaar BV/Aalsmeer, IV/32.835 — Cultra og IV/33.624 — Bloemenveilingen Aalsmeer III.

Ved denne beslutning afviste Kommissionen de klager, der var indgivet af virksomhederne Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV og M. Verhaar BV (herefter henholdsvis »VGB«, »Florimex«, »Inkoop Service Aalsmeer« og »Verhaar«) i henhold til artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [2] angående vedtægterne for Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen (herefter »VBA«), der er en kooperativ forening af blomster- og prydplanteproducenter. Klagerne angik især overtrædelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), i forbindelse med et gebyr, som opkrævedes af producenter, der ikke var medlemmer af VBA, som betingelse for at kunne sælge deres produkter på kooperativets område, og i forbindelse med organiseringen af grossistcentret Cultra, der er beliggende på VBA's område.

2. Ifølge EF-traktatens artikel 42 (nu artikel 36 EF) finder traktatens konkurrenceregler kun anvendelse på aftaler vedrørende landbrugsprodukter »i det omfang, Rådet beslutter dette«.

Det bestemmes i Rådets forordning nr. 26 af 4. april 1962 om anvendelse af visse konkurrenceregler inden for produktion og handel med landbrugsvarer [3], at »artikel 85, stk. 1, i traktaten [ikke] gælder for de i foregående artikel omhandlede aftaler, vedtagelser og former for praksis, der udgør en integrerende del af en national markedsordning, eller som er nødvendige for at nå de i [EF-]traktatens artikel 39 [nu artikel 33 EF] angivne mål. Den gælder særlig ikke for aftaler, vedtagelser og former for praksis mellem landmænd, landbrugssammenslutninger eller sammenslut-

* Originalsprog: italiensk.

1 — Sag T-77/94, Sml. II, s. 759.

2 — EFT 1959-1962, s. 81.

3 — EFT 1959-1962, s. 120.

ninger af landbrugssammenslutninger, der henhører under en enkelt medlemsstat, idet det omfang, hvori de — uden at medføre forpligtelsen til at holde en bestemt pris — angår produktion eller salg af landbrugsvarer eller benyttelse af fælles anlæg til oplagring, behandling eller forædling af landbrugsprodukter, medmindre Kommissionen fastslår, at konkurrence således er udelukket, eller at de i traktatens artikel 39 nævnte mål er bragt i fare« (artikel 2, stk. 1).

II — De omstændigheder, der ligger til grund for Rettens dom

3. De omstændigheder, der ligger til grund for den tvist, der foreligger til behandling, er sammenfattet i præmis 1-44 i Rettens dom. I det følgende vil jeg alene omtale de dele af dommen, der har betydning for behandlingen af den foreliggende appelsag.

De berørte virksomheder[4]

4. VBA repræsenterer over 3 000 virksomheder, hvoraf langt den største del er nederlandske og et lille mindretal belgiske. VBA afholder på sin ejendom i Aalsmeer auktioner over blomsterprodukter, navnlig afskårne blomster, stue- og haveplanter. VBA's faciliteter tjener i første række til afviklingen af selve auktionerne, men en del af området benyttes til udlejning af forretningslokaler beregnet til engroshandel med blomsterprodukter. Lejerne er først og fremmest engroshandlere i afskårne blomster og i mindre grad forhandlere af stueplanter.

5. Florimex er en blomsterhandelsvirksomhed med hjemsted i Aalsmeer. Den importerer blomsterprodukter fra EF-medlemsstater og tredjelande og videresælger i det væsentlige produkterne til grossister i Nederlandene.

6. VGB er en forening af et stort antal nederlandske engroshandlere i blomsterprodukter, herunder Florimex. VGB har bl.a. til formål at fremme engroshandelens interesser på området for blomsterprodukter i Nederlandene og at virke som mellemled i forhold til offentlige myndigheder og auktionsvirksomheder.

4 — Dommens præmis 1-4.

7. Verhaar driver engroshandel med blomsterprodukter og er etableret på VBA's område. Inkoop Service Aalsmeer er et datterselskab af Verhaar, som er etableret i grossistcentret Cultra.

VBA's vedtægter [5]

8. I henhold til artikel 17 i VBA's vedtægter har medlemmerne pligt til at sælge alle deres produkter ved auktion på kooperativets område. Medlemmerne afkræves et gebyr eller en provision for de tjenesteydelser, der præsteres af VBA. I 1991 udgjorde gebyret 5,7% af salgsprovenuet.

Med hensyn til direkte levering til forhandlere, der virkede på VBA's område, fremgår det af Rettens dom, at VBA's auktionsreglement indtil den 1. maj 1988 indeholdt bestemmelser, der gjorde det muligt at forhindre, at foreningens lokaler blev benyttet til leveringer, køb og salg af blomsterprodukter uden om foreningens auktioner. I praksis gav VBA tilladelse til handel med sådanne produkter, men kun inden for rammerne af bestemte standardkontrakter benævnt »handelsaftaler«, hvorigennem VBA på vilkår fastsat af denne organisation gav bestemte forhandlere mulighed for at sælge og levere bestemte blomsterprodukter, der var indkøbt på andre nederlandske auktioner, og afskårne blomster af udenlandsk oprindelse til købere godkendt af VBA mod betaling af et gebyr på 5% af varens værdi. Herudover gav organisationen forhandlere, der var etableret på foreningens område, tilladelse til at købe produkter, der ikke var erhvervet gennem VBA, mod betaling af et gebyr på 10% af produktets værdi.

Kommissionens beslutning fra 1988 [6]

9. I 1982 indgav Florimex i henhold til artikel 3, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 en begæring til Kommissionen om at få fastslået, at VBA havde overtrådt EØF-traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 82 EF), særlig for så vidt angår den direkte levering til handlende etableret på VBA's område.

10. Den 5. november 1984 anmodede VBA Kommissionen om en negativ attest i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 eller om en positiv beslutning i henhold til artikel 2 i Rådets forordning nr. 26, subsidiært om en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, bl.a. for så

5 — Dommens præmis 5-10.

6 — Dommens præmis 11-15.

vidt angår foreningens vedtægter, auktionsreglementet, handelsaftalerne, de generelle lejebetingelser for forretningslokaler og gebyrordningen.

11. Den 26. juli 1988 vedtog Kommissionen beslutning 88/491/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer, herefter »1988-beslutningen«)[7]. I beslutningens konklusion fastslog Kommissionen følgende:

»1. De aftaler, som VBA har indgået og anmeldt til Kommissionen, indebærer en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, idet de med hensyn til blomsterprodukter, der ikke er indkøbt gennem VBA, medfører, at forhandlere, der er etableret inden for VBA's område, samt deres leverandører, i hvert fald indtil den 1. maj 1988 har været forpligtede til

a) kun med VBA's samtykke og på de af VBA fastsatte betingelser at forhandle og/eller levere sådanne blomsterprodukter på VBA's område

b) kun mod erlæggelse af et af VBA fastsat gebyr at opbevare sådanne blomsterprodukter.

De gebyrer, VBA pålægger forhandlere, der er etableret på VBA's område, for at forhindre anden benyttelse af VBA's anlæg end den foreskrevne (gebyr på 10% og 0,25 HFL), samt de handelsaftaler, VBA har indgået med disse forhandlere, indebærer ligeledes, i den form, hvori de er anmeldt til Kommissionen, en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

2. Der kan ikke indrømmes fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, for de i artikel 1 nævnte aftaler.«

Vedtægtsændringer gennemført efter 1988-beslutningen[8]

12. Med virkning fra den 1. maj 1988 ophævede VBA formelt de regler om købsforpligtelser og begrænsninger i handlefriheden, der fulgte af vedtægterne, samt gebyrreglerne, idet der samtidig blev indført et »brugsgebyr«. Denne ordning, der blev ændret flere gange i overensstemmelse

7 — EFT L 262, s. 27.

8 — Dommens præmis 15-20.

med Kommissionens anvisninger, finder anvendelse på direkte leverancer til forhandlere på VBA's område samt på salg, der sker uden om kooperativet.

Brugsgebyret, der beregnes på grundlag af antal leverede stilke (afskårne blomster) eller planter, opkræves, når udenforstående leverer til de handlende, der er etableret på VBA's område. Gebyrets størrelse fastsættes af VBA på grundlag af gennemsnitspriserne i det foregående år for de forskellige blomsterprodukter. Ifølge VBA anvendes der en koefficient på ca. 4,3% af det pågældende års gennemsnitspris for den pågældende kategori. En leverandør kan i stedet for et gebyr pr. stilk eller pr. plante vælge at betale et gebyr på 5%.

13. Ved rundskrivelse af 29. april 1988 ophævede VBA endvidere med virkning fra den 1. maj 1988 de begrænsninger, der indtil da var fastsat i handelsaftalerne, bl.a. vedrørende forsyningskilderne. Der findes herefter tre typer handelsaftaler, som dækker lidt forskellige situationer (afhængigt af, om leverandøren lejer et forretningslokale af VBA, eller af om han allerede havde indgået en tidligere handelsaftale). I henhold til alle aftalerne skal der betales et gebyr på 3% af bruttoværdien af de varer, der leveres til kunderne på VBA's område. Der er for en stor dels vedkommende tale om produkter, der almindeligvis ikke dyrkes i Nederlandene, og som altså er forskellige fra dem, kooperativets medlemmer normalt sætter til auktion.

Genoptagelsen af den administrative procedure[9]

14. Ved skrivelser af 18. maj, 11. oktober og 29. november 1988 indgav Florimex en klage, registreret under nr. IV/32.751, til Kommissionen over brugsgebyret, idet selskabet bl.a. gjorde gældende, at gebyret havde samme formål eller virkning som 10%-reglen, som Kommissionen havde forbudt ved 1988-beslutningen, og at brugsgebyret for visse produkters vedkommende endog var højere. VGB indgav en lignende klage ved skrivelse af 15. november 1988.

15. Den 19. juli 1988 anmeldte VBA til Kommissionen de ændringer af auktionsreglementet, der var vedtaget med virkning fra den 1. maj 1988, bl.a. det nye brugsgebyr, men nævnte ikke de nye handelsaftaler. Den 15. august 1988 anmeldte VBA nogle yderligere ændringer af sit reglement.

16. Ved skrivelser af 21. december 1988 meddelte Kommissionen Florimex og VGB, at den havde indledt procedurer mod VBA,

9 — Dommens præmis 21-39.

og den gav udtryk for den opfattelse, at brugsgebyret ikke var diskriminerende i forhold til de gebyrer, der skulle betales af medlemmerne af VBA og af de andre leverandører, der sælger gennem kooperativets auktioner.

17. Den 4. april 1989 offentliggjorde Kommissionen meddelelse 89/C 83/03 i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 og artikel 2 i Rådets forordning nr. 26, hvori den tilkendegav, at den havde til hensigt at anlægge en positiv vurdering i forhold til VBA for så vidt angår reglerne om levering til auktionssalg fra VBA's medlemmer og andre leverandører, betingelserne for disse salg, og dermed brugsgebyret i forbindelse med direkte levering til forhandlere etableret på VBA's område.

18. Ved skrivelser af 3. maj 1989 fremsatte Florimex og VGB deres bemærkninger til meddelelsen af 4. april 1989. Den 7. februar 1990 anmeldte VBA til Kommissionen sit supplerende reglement med de »nærmere regler om brugsgebyret«, som giver mulighed for, at en leverandør kan erlægge brugsgebyret ved at betale en fast sats på 5% af produkternes værdi. Samme dag anmeldte VBA de nye handelsaftaler til Kommissionen.

19. Ved skrivelse af 24. oktober 1990 meddelte Kommissionen appellanterne, at den havde til hensigt at træffe en beslutning i VBA's favør. Appellanterne gentog deres argumenter ved skrivelser af 26. november og 17. december 1990 og under et møde den 27. november 1990 med tjenestemænd fra Kommissionen.

20. Ved skrivelse af 4. marts 1991 meddelte Kommissionen i overensstemmelse med artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17[10] appellanterne, at de tilvejebragte oplysninger ikke gav Kommissionen grundlag for at tage deres klager over det af VBA krævede brugsgebyr til følge. De faktiske og retlige betragtninger, der fik Kommissionen til at drage denne konklusion, er angivet udførligt i et dokument, som var vedlagt skrivelsen.

21. Den 17. april 1991 svarede appellanterne Kommissionen og bemærkede, at de fastholdt deres klager, idet de navnlig gjorde gældende, at institutionen ikke havde taget stilling til alle de forhold, hvorover der var klaget, og at skrivelsen af 4. marts 1991 derfor ikke kunne anses for at være en underretning efter artikel 6 i forordning nr. 99/63.

22. Den 2. juli 1992 sendte Kommissionen appellanternes advokat et rekommanderet

10 — EFT 1963-1964, s. 42.

brev, hvori den meddelte, at deres klager over brugsgebyret blev endeligt afvist. I denne skrivelse (herefter »beslutningen«) understreger Kommissionen, at den deri angivne begrundelse udgør et supplement til og en klargørelse af den, der er indeholdt skrivelsen af 4. marts 1991 i henhold til artikel 6, hvortil Kommissionen henviser.

23. Den 21. september 1992 har Florimex og VGB anlagt sag ved Retten (sagerne T-70/92 og T-71/92) til prøvelse af Kommissionens beslutning af 2. juli 1992.

Kommissionens skrivelse af 20. december 1993, som anfægtes for Retten [11]

24. Ved skrivelse af 5. august 1992, som blev indledt med overskriften »IV/32.751 — Florimex/Aalsmeer II, IV/32.990 — VGB/Aalsmeer, IV/33.190 — Inkoop Service og M. Verhaar/Aalsmeer, IV/32.835 — Cultra og IV/33.624 — Bloemenveilingen Aalsmeer III«, meddelte Kommissionen appellanterne, at på grundlag af de oplysninger, som de havde givet, og på grundlag af de oplysninger, som den selv havde indsamlet, var den af den opfattelse, at der ikke burde foretages en undersøgelse vedrørende »handelsaftalerne I, II og III« og »Cultra-aftalerne«.

For så vidt angik handelsaftalerne var skrivelsen affattet i følgende vendinger:

»Formålet med handelsaftalerne er at opnå et supplerende udbud på VBA's område, som der efter foreningens opfattelse er behov for. Med henblik på at sikre et sådant supplerende udbud indgår VBA de pågældende aftaler med de handlende, der vil påtage sig at tilbyde en bestemt mængde produkter.

De handlende, med hvem der indgås sådanne handelsaftaler, skal ikke betale brugsgebyret for de specifikke produkter, der er nævnt i aftalen. De betaler en inkasseringsprovision på 3%. For de øvrige produkter, de udbyder til salg, skal de betale brugsgebyret.

Under forudsætning af, at de betaler brugsgebyret, kan alle de handlende, der er etableret på VBA's område, udbyde de produkter til salg, som også udbydes af de handlende, med hvem der er indgået handelsaftaler.

Hvis man sammenligner de økonomiske byrder, VBA pålægger de handlende, der har indgået handelsaftaler, og de handlende, der ikke har indgået sådanne aftaler, må man konkludere, at de handlende, der har indgået handelsaftaler, er privilegerede.

11 — Dommens præmis 40-44.

De påtager sig til gengæld over for VBA visse forpligtelser med hensyn til udbud af bestemte produkter.

VBA kan derfor ikke siges at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som omhandlet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, litra d). Desuden foreligger der ikke noget afgørende bevis for, at handelen mellem medlemsstater vil kunne påvirkes mærkbart, selv om der måtte være tale om en konkurrencebegrænsning i artikel 85, stk. 1's forstand.«

Vedrørende Cultra-aftalerne fremsatte Kommissionen følgende bemærkninger:

»VBA og de forhandlere, der er etableret i Cultra-centret, har indgået aftaler, der har til formål og til følge at begrænse konkurrencen, både med hensyn til begrænsningen af de pågældende forhandleres erhvervsmæssige aktiviteter og med hensyn til begrænsningen af deres forsyningskilder (dette gælder ikke for forhandleren af vandplanter). Der foreligger imidlertid ikke noget afgørende bevis for, at handelen mellem medlemsstater påvirkes mærkbart. Den beskedne økonomiske indflydelse på de relevante markeder udelukker dette. Da de oplysninger, Kommissionen har kunnet indhente, er forretningshemmeligheder for de pågældende virksomheder, er det ikke muligt at gøre Dem bekendt hermed.«

Kommissionen afsluttede skrivelsen således:

»Ud fra disse betragtninger — i det omfang der allerede på grundlag heraf kan foretages en bedømmelse — vil en fortsættelse af proceduren formentlig føre til en formel afvisning af klagerne.

På grundlag af denne — foreløbige — bedømmelse af deres begæring, agter jeg derfor at undlade at gennemføre en formel procedure og at afslutte sagen. Jeg vil træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik herpå, medmindre De inden for en frist på fire uger tilkendegiver, at De ønsker at fastholde Deres klage med henblik på en fortsættelse af proceduren, og angiver de argumenter, De ønsker at fremføre i dette øjemed.«

25. Den 22. december 1992 besvarede klagernes advokat på de fire klageres vegne skrivelsen af 5. august 1992, idet han angav, at han på grund af omstændighederne havde været forhindret i at reagere tidligere. Han understregede, at klagerne ønskede at fastholde deres klager, og han anmodede samtidig Kommissionen om at forlænge fristen, idet han gjorde opmærksom på, at Kommissionen havde lovet at afsluttet sagerne ved en formel beslutning, der kunne gøres til genstand for søgsmål. For så vidt angår handelsaftalerne, gjorde klagernes advokat bl.a. gældende, at forskellene mellem størrelsen af henholdsvis brugsgebyret og det i handelsaftalerne fastsatte gebyr ikke var objektivt begrundet, og

at Kommissionens standpunkt med hensyn til påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne var det modsatte af det standpunkt, der blev indtaget i 1988-beslutningen, hvor handelsaftalerne blev betragtet som en integrerende del af VBA's regler. For så vidt angår Cultra-aftalerne gjorde han bl.a. gældende, at påvirkningen af handelen mellem medlemsstater skulle bedømmes på baggrund af VBA's samlede regler, og at de pågældende virksomheders omsætning lå over den grænse, der er fastsat i Kommissionens meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning.

26. Kommissionen besvarede ikke klagernes skrivelse af 22. december 1992. Da klagernes advokat var blevet udsat for en alvorlig forværring af sin helbredstilstand, valgte klagerne en ny advokat den 3. november 1993. Denne anmodede ved skrivelse af 9. december 1993 Kommissionen om at tage stilling til skrivelsen af 22. december 1992.

27. Ved skrivelse af 20. december 1993 besvarede Kommissionen denne skrivelse, idet den under henvisning til sidste afsnit i Kommissionens skrivelse af 5. august 1992 anførte følgende:

»Ved modtagelsen af skrivelsen af 22. december 1992 havde den frist på fire uger, der var givet Deres klient til at fremsætte bemærkninger til den rekommanderede skrivelse af 5. august 1992, været udløbet i flere måneder.

Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence tog af egen drift hensyn til de oplysninger, der blev givet i Deres skrivelse af 22. december 1992. En foreløbig undersøgelse, som blev foretaget på daværende tidspunkt, gav imidlertid ikke grundlag for en indgriben i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86.«

III — Rettens dom

28. Virksomhederne VGB, Florimex, Inkoop Service Aalsmeer og Verhaar har anfægtet Kommissionens stillingtagen, der er indeholdt i skrivelsen af 20. december 1993.

Indstævnte har fremsat en formalitetsindsigelse begrundet i, at den anfægtede retsakt ikke har karakter af en beslutning. Ved kendelse af 14. juli 1994 har Retten henskudt formalitetsindsigelsen til afgørelse i forbindelse med sagens realitet.

I den nu indankede dom har Retten antaget sagen til realitetsbehandling og til dels givet sagsøgerne medhold for Retten, idet den

har annulleret Kommissionens beslutning »for så vidt som Kommissionen herved afviser sagsøgernes klager, hvorefter [VBA's] handelsaftaler I, II og III er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1«.

IV — Realiteten

Hovedsøgsmålet

29. Appellanten har fremført fem anbringender til støtte for påstanden om ophævelse af Rettens dom. For det første, at Retten med urette har forkastet VBA's formalitetsindsigelse mod annullationssøgsmålet; for det andet, at der foreligger tilsidesættelse og urigtig anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1; for det tredje og det fjerde, at der foreligger tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, og endelig for det femte, at der er sket tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF).

Første anbringende: Annullationssøgsmålet bør afvises

30. Med dette anbringende gør appellanten gældende, at Retten med urette har forkastet den formalitetsindsigelse, som VBA har fremsat mod VGB's søgsmål. Appellanten har nærmere bestemt bestridt de betragtninger, som Retten har fremført i dommens præmis 76-88, for så vidt som Retten har udtalt, at Kommissionen ikke med føje kunne formode, at VBA's klage var trukket tilbage med den begrundelse, at klageren ikke havde svaret inden for den frist på fire uger, der udtrykkeligt er nævnt i den meddelelse, der blev sendt i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 99/63. Ifølge appellanten må det antages, at fristen var tvingende, og at den manglende overholdelse af denne frist — modsat det, Retten udtalte — medfører endelig henlæggelse af klagen. Ifølge appellanten kan det heller ikke antages, således som Retten har gjort det, at denne henlæggelse i det foreliggende tilfælde har indebåret en tilsidesættelse af de pågældende virksomheders ret til kontradiktion: For appellanten er sikringen af disse rettigheder netop forbundet med fastsættelsen af frister, der muliggør, at den administrative procedure forløber forskriftsmæssigt.

Indstævnte har gjort gældende, at artikel 6 og de øvrige bestemmelser på området på ingen måde foreskriver en forpligtelse for klageren til at fremsætte sine bemærkninger — for så vidt angår en meddelelse som den i denne sag omhandlede — inden for den af Kommissionen angivne frist, idet klagen ellers vil blive henlagt. Rettens analyse, hvorefter Kommissionen har ret til at henlægge en klage, når den berørte virksomhed ikke rettidigt har fremsat bemærkninger, kan ikke legitimere, at Kommissionen nægter at tage hensyn til

senere oplysninger, som fremlægges efter udløbet af frister fastsat af administrationen, og dette uden hensyn til, om der foreligger eller ikke foreligger objektive hensyn, der kan begrunde den påberåbte forsinkelse.

31. Jeg skal for det første bemærke, at Kommissionen under sagen for Retten har fremsat en formalitetsindsigelse med hensyn til VGB's søgsmål begrundet i den omstændighed, at retsakten ikke havde karakter af en endelig beslutning, at den skulle kvalificeres enten som en forberedende retsakt, der ikke afsluttede den administrative procedure, eller som en retsakt, der blot bekræftede den i meddelelsen af 5. august 1992 indeholdte beslutning om at henlægge klagen.

Retten lagde ikke indsigelsen til grund: Den udtalte, at den anfægtede beslutning indebar en endelig afvisning af de klager, der var blevet indgivet af VGB og de øvrige berørte virksomheder. Retten har nærmere bestemt, og hvad angår den foreliggende sag, ikke lagt Kommissionens argument til grund, hvorefter »sagsøgerne allerede havde mistet deres status som klagere [og dermed som parter, der havde en interesse i at få fastslået, at Kommissionen havde tilsidesat de konkurrenceregler, som de klagede over] på tidspunktet for deres skrivelse af 22. december 1992«, fordi de ikke havde indgivet bemærkninger vedrørende indholdet af meddelelsen af 5. august 1992 inden for den frist på fire uger, der var nævnt i denne meddelelse.

Det anføres i den appellerede dom herom, at »selv om Kommissionen således i princippet er berettiget til at drage konsekvenserne af, at en klager ikke besvarer en skrivelse i henhold til artikel 6, stk. 1, inden for den frist, der er fastsat i overensstemmelse med artikel 6 i forordning nr. 99/63, såfremt fristen er rimelig, findes det ikke at kunne formodes, at klageren uigenkaldeligt har givet samtykke til, at hans klage henlægges, blot fordi fristen er overskredet. Det ville nemlig ikke være foreneligt med kontradiktionsprincippet, hvis Kommissionen kunne henlægge klagen, såfremt særlige omstændigheder kan forklare overskridelsen af en frist, som Kommissionen selv har fastsat«.

Ifølge Retten er retten til at fremsætte bemærkninger efter udløbet af den frist, som Kommissionen har fastsat, baseret på andre grunde, nemlig: a) den omstændighed, at den frist på fire uger, der var angivet i meddelelsen, faldt sammen med en ferieperiode; b) den omstændighed, at virksomhederne ved flere lejligheder havde givet udtryk for den interesse, som de havde i en beslutning vedrørende lovligheden af den aftale, som de havde klaget over, og endelig c) den omstændighed, at objektive omstændigheder begrundede forsinkelsen med indgivelse af bemærkninger.

Retten fastslog, at »Kommissionen ikke [findes] at have været berettiget til alene på grundlag af overskridelsen af den i skrivelsen af 5. august 1992 fastsatte frist

og uden at tage kontakt med sagsøgerne at antage, at deres klager måtte betragtes som henlagt inden den 22. december 1992«.

Ifølge Retten var det alene den anfægtede beslutning af 20. december 1993, der gjorde det muligt at træffe afgørelse om endelig afvisning af klagen. Retten baserede denne konklusion på følgende betragtninger: »I deres skrivelse af 22. december 1992 svarede sagsøgerne udførligt på skrivelsen af 5. august 1992, idet de understregede, at de fastholdt deres klager, således at proceduren kunne fortsættes. De anmodede endvidere særligt Kommissionen om at træffe en formel beslutning vedrørende deres klager i overensstemmelse med dens løfte herom under den administrative procedure. I sin skrivelse af 9. november 1993 anmodede sagsøgernes nye advokat Kommissionen om at tage stilling til skrivelsen af 22. december 1992. Det fremgår af Kommissionens skrivelse af 20. december 1993, hvorved Kommissionen besvarede denne anmodning, at den behandlede skrivelsen af 22. december 1992, og at den konkluderede, at de heri indeholdte bemærkninger ikke gav 'grundlag for en indgriben i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86'«.

VBA har i sin appel, der er iværksat af Rettens dom, i det væsentlige gentaget en række argumenter, der tidligere var blevet påberåbt af Kommissionen til støtte for den formalitetsindsigelse, som den havde fremsat. VBA har ganske vist ikke bestridt, at klagerne i sidste ende er blevet afvist, men er af den opfattelse, at henlæggelsen burde have været foretaget ved meddelelsen af 5. august 1992 og ikke ved den anfægtede beslutning, der blot udgør en rent bekræftende retsakt. Da de pågældende virksomheder således ikke har reageret på meddelelsen af 5. august 1992 inden for de frister, som Kommissionen har fastsat, burde henlæggelsen have været anset for endelig, og virksomhederne burde derfor have mistet ret til, at Kommissionen udtaler sig om realiteten i deres klage.

32. Disse argumenter må forkastes, eftersom de er baseret på en urigtig fortolkning af reglerne vedrørende den administrative procedure til konstatering af tilsidesættelse af konkurrencereglerne og på en urigtig fremstilling af de faktiske omstændigheder.

Det er derfor nødvendigt at give en kort oversigt over de bestemmelser, der i den foreliggende sag er relevante med hensyn til den administrative procedure på området for anvendelse af konkurrencereglerne. Når Kommissionen modtager en klage over tilsidesættelse af konkurrencereglerne i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17, indhenter den oplysninger ved en række forudgående kontakter til de klagende. Såfremt den er af den opfattelse, at oplysningerne ikke godtgør eksistensen af tilsidesættelse, sender Kommissionen derefter en meddelelse til klagerne i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63. Det foreskrives i denne bestemmelse, at såfremt de fra parterne tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at indlede en procedure, afviser Kommissionen klagerne, idet den

»underretter [...] ansøgerne om begrundelsen herfor og fastsætter en frist, inden for hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger«. Det er først efter at have modtaget disse oplysninger, at Kommissionen vedtager den endelige beslutning om at henlægge sagen.

Den eneste retsakt, som inden for rammerne af denne procedure kan anfægtes for Retten, er den endelige retsakt, som indebærer den endelige afslutning af proceduren. Meddelelsen i henhold til artikel 6, som formulerer forvaltningens foreløbige stillingtagen i forhold til realiteten i klagen, udgør en forberedende retsakt, der ikke kan gøres til genstand for et søgsmål [12].

33. Der opstår i det foreliggende tilfælde spørgsmålet om at identificere den retsakt, der har afsluttet den administrative procedure. Det er herved hensigtsmæssigt at foretage en opdeling af de forskellige faser i proceduren. Klagerne vedrørende de pågældende overtrædelser er blevet indgivet mellem maj og november 1988. Efter en række kontakter mellem administrationen og de berørte virksomheder vedtog Kommissionen den 5. august 1992 meddelelsen, der navnlig angik »handelsaftalerne« og »Cultra-aftalerne«. Denne meddelelse sluttede med følgende vendinger: »På grundlag af denne — foreløbige — bedømmelse af Deres begæring, agter jeg derfor at undlade at gennemføre en formel procedure og at afslutte sagen. Jeg vil træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik herpå, medmindre De inden for en frist på fire uger tilkendegiver, at De ønsker at fastholde Deres klage med henblik på en fortsættelse af proceduren, og angiver de argumenter, De ønsker at fremføre i dette øjemed.«

De udtryk, som anvendes i denne skrivelse, viser klart, at Kommissionen meddelte klagerne en midlertidig stillingtagen med hensyn til eksistensen af den påberåbte overtrædelse, med hensyn til hvilken Kommissionen kun udtrykker sin *hensigt* om ikke at efterkomme klagen. Kommissionen opfordrer desuden parterne til at fremsætte deres bemærkninger inden for en frist på fire uger, idet den tilføjer, at såfremt klagerne ikke fremsætter bemærkninger, *vil den træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på en endelig henlæggelse af klagen.* Det er således med rette, at Retten — hvilket ikke er blevet kritiseret af appellanten — har kvalificeret denne meddelelse som en skrivelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 for så vidt angår klagerne vedrørende de handelsaftaler, der blev indgået af VBA og organisationen i grossistcentret Cultra.

12 — Det er ubestridt, at Retten i dommen af 10.7.1990 i sagen Automec mod Kommissionen (sag T-64/89, Sml. II, s. 367) har defineret tre faser i den administrative procedure vedrørende konstateringen af eventuelle overtrædelser af konkurrencereglerne. Den første fase begynder med indgivelsen af klagen i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 og afsluttes med en beslutning om at henlægge klagen. Alle Kommissionens retsakter forud for den endelige beslutning må anses for forberedende retsakter og kan derfor ikke gøres til genstand for retslig prøvelse. Såfremt Fællesskabets retsinstanser skulle træffe afgørelse vedrørende en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, ville de blive tvunget til »at foretage en vurdering af spørgsmål, som Kommissionen endnu ikke har haft lejlighed til at udtale sig om«. Retten har med denne udtalelse baseret sig på Domstolens dom af 11.11.1981 i sagen IBM mod Kommissionen (sag 60/81, Sml. s. 2639), der afviste et søgsmål anlagt til prøvelse af en meddelelse af klagepunkter med den begrundelse, at den havde forberedende karakter i forhold til den endelige beslutning. Retten udtalte, at »når dette er tilfældet for meddelelsen om klagepunkterne, hvis retlige vigtighed er større end meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, følger heraf, at sidstnævnte meddelelse heller ikke kan betragtes som en beslutning« (præmis 45, 46 og 47). Dommen i sagen Automec mod Kommissionen er blevet efterfulgt af en fast retspraksis, hvorved det er blevet fastslået, at annullationssøgsmål til prøvelse af meddelelser i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 eller andre retsakter, som ligger forud for den endelige beslutning om klagen, ikke kan antages til realitetsbehandling.

Klagerne har først indgivet bemærkninger den 22. december 1992, dvs. efter udløbet af den frist på fire uger, der var blevet meddelt dem. Kommissionen har i december 1993 efter begæring fra klagerne reageret ved at vedtage den anfægtede retsakt, hvori den anførte følgende:

»Ved modtagelsen af skrivelsen af 22. december 1992 havde den frist på fire uger, der var givet Deres klient til at fremsætte bemærkninger til den rekommanderede skrivelse af 5. august 1992, været udløbet i flere måneder.

Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence tog af egen drift hensyn til de oplysninger, der blev givet i Deres skrivelse af 22. december 1992. En foreløbig undersøgelse, som blev foretaget på daværende tidspunkt, gav imidlertid ikke grundlag for en indgriben i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86.«

I dette brev, hvis vendinger er både upræcise og alt andet end klare, synes Kommissionen at have begrænset sig til at udtale, at den i mangel af reaktion fra virksomhederne inden for den fastsatte frist havde fulgt de hensigter, som den havde givet udtryk for i sin skrivelse i henhold til artikel 6, og at den således havde foretaget en endelig henlæggelse af klagerne.

34. Domstolen skal i den foreliggende sag træffe afgørelse om, hvorvidt klagernes forsinkede fremsættelse af bemærkninger i forhold til de af administrationen fastsatte frister ændrer den karakter af forberedende retsakt, som er knyttet til meddelelsen af 5. august 1992, og den karakter af endelig retsakt, som er knyttet til den anfægtede beslutning af 20. december 1993.

Efter min opfattelse er den ved præmis 85, 86 og 87 i Rettens dom foretagne kvalifikation af den anfægtede beslutning som en retsakt, der har karakter af en beslutning, ikke behæftet med noget fejlskøn. Som jeg har anført ovenfor, blev denne skrivelse tilsendt klagerne under en fremskreden fase af den administrative procedure, nemlig efter meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 og efter parternes fremsættelse af bemærkninger. Denne skrivelse udgør desuden efter sit indhold den første og eneste retsakt, hvorved klagerne meddeltes endeligt afslag på deres klager. Dette afslag kan nemlig ikke gå tilbage til meddelelsen i henhold til artikel 6, hvori Kommissionen udtrykkeligt havde givet udtryk for sin hensigt om at træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på henlæggelse, såfremt parterne ikke fremsatte bemærkninger. I den anfægtede beslutning gav Kommissionen således meddelelse om en endelig stillingtagen vedrørende de omstændigheder, som der var henvist til i klagerne. Hensigten om at tillægge retsakten en endelig karakter fremgår endvidere af den omstændighed, at Kommissionen ikke gav virksomhederne nogen frist til at fremsætte eventuelle yderligere bemærkninger. Det skal herved bemærkes, at Domstolen, også på konkurrenceområdet, i dommen i sagen SFEI m.fl.

mod Kommissionen, der blev afsagt i 1994 [13], har ophævet Rettens kendelse, der havde afvist et annullationssøgsmål til prøvelse af en retsakt fra Kommissionen, der ifølge Retten i Første Instans indebar en foreløbig vurdering af de omstændigheder, der klagedes over, og som derfor havde foreløbig karakter. Domstolen udtalte, at en skrivelse, der var blevet tilstillet de berørte parter under den administrative procedure, og hvorved Kommissionen meddelte, at den indstillede sin undersøgelse uden at give parterne mulighed for at fremsætte bemærkninger, udgør en endelig retsakt, der som sådan kan annulleres. Domstolen udtalte i nævnte dom, at »en skrivelse om, at en sag henlægges, kan derfor ikke betragtes som en foreløbig stillingtagen eller en forberedende foranstaltning, medmindre Kommissionen klart har tilkendegivet, at sagen henlægges under forbehold af, at parterne ikke fremsætter supplerende bemærkninger«.

Såfremt man betragter den omhandlede beslutning som en retsakt, der bekræfter den tidligere meddelelse, vil det svare til at antage, at når de berørte virksomheder fremsætter deres bemærkninger vedrørende en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 uden at overholde den frist, som er blevet dem meddelt, er Kommissionen ikke længere forpligtet til at træffe en beslutning, der afslutter proceduren. Domstolen har formelt anerkendt eksistensen af denne forpligtelse i 1997 i dommen i sagen Guérin automobiles mod Kommissionen [14], og dette selv i en sag som den foreliggende, hvori Kommissionen udtrykkeligt i meddelelsen i henhold til artikel 6 har givet udtryk for at ville vedtage en endelig retsakt som afslag på klagen, såfremt de berørte virksomheder ikke reagerede, og dette selv om virksomhederne selv gav udtryk for deres interesse i en endelig stillingtagen fra administrationen vedrørende de påklagede overtrædelser.

Jeg mener, at forsinkelsen med virksomhedernes indgivelse af bemærkninger højest kan fritage Kommissionen for forpligtelsen til at tage hensyn til nye »forsvarsargumenter«, uden for så vidt at fritage den for forpligtelsen til at tage hensyn til nye faktiske omstændigheder, som eventuelt er blevet fremført af de berørte efter fristens udløb. Det er nemlig ikke muligt at udlede af den skrivelse, der er blevet sendt i henhold til artikel 6, at Kommissionen, såfremt virksomhederne fremfører bemærkninger af denne art efter udløbet af fristen for indgivelse af bemærkninger, på ingen måde er forpligtet til at tage

13 — Domstolens dom af 16.6.1994, sag C-39/93 P, Sml. I, s. 2681, navnlig præmis 27-30.

14 — Domstolen har anerkendt eksistensen af denne forpligtelse for Kommissionen i dom af 18.3.1997, sag C-282/95 P, Guérin automobiles mod Kommissionen, Sml. I, s. 1503, navnlig i præmis 33-39. Domstolen udtalte, at klagerne havde ret til at indlede et passivitetssøgsmål i henhold til EF-traktatens artikel 175 (nu artikel 232 EF), såfremt Kommissionen efter at have sendt en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 og efter at have modtaget parternes bemærkninger undlader enten at indlede en procedure eller at træffe en endelig beslutning inden for en rimelig frist. Domstolen besvarede således et spørgsmål, der ikke var blevet besvaret efter Domstolens dom af 18.10.1979, sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173, præmis 17 og 18, hvori den havde udtalt, at underretningen »indebærer, at sagen henlægges«, og at der ikke i den foreliggende sag forelå elementer, som udgjorde en situation, hvori Kommissionen undlod at træffe afgørelse, som ville have kunnet gøres til genstand for et søgsmål i henhold til traktatens artikel 175. I dommen i sagen Guérin automobiles mod Kommissionen udtalte Domstolen, at efter fremsendelsen af meddelelsen, der indeholder en foreløbig stillingtagen, såfremt Kommissionen ikke vedtager en endelig beslutning om at afvise klagen eller formelt at indlede den administrative procedure, havde klagerne ret til at anlægge et passivitetssøgsmål med henblik på at få fastslået, at Kommissionen eventuelt ulovligt havde undladt at træffe beslutning.

hensyn hertil. Den manglende eksistens af en forpligtelse af denne art for Kommissionen vil skade borgernes ret til at fremføre nye forhold vedrørende tilsidesættelse af konkurrencereglerne, der tidligere er blevet gjort til genstand for klager, som Kommissionen har henlagt, og vil herved kunne skade selve den ret, der tillægges alle berørte ved artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 til at påtale overtrædelser af konkurrencereglerne [15].

Dernæst er den omstændighed, at den anfægtede beslutning som begrundelse begrænser sig til at henvise til en tidligere retsakt, der åbenbart har karakter af at være midlertidig, ikke tilstrækkelig til at gøre den til en bekræftende retsakt. Det står nemlig fast, at begrundelsen til en retsakt kan fremføres på grundlag af forhold, der dikteres af den generelle sammenhæng, såsom dem, der udledes af indholdet af forberedende retsakter. Det er dette synspunkt, Domstolen selv har indtaget i den for nylig afsagte dom i sagen Ufex m.fl. mod Kommissionen, som vedrørte en beslutning om at afvise en klage vedrørende tilsidesættelse af konkurrencereglerne. Under stadfæstelse af Rettens dom i samme tvist udtalte Domstolen, at Kommissionen i beslutningen om endeligt at afvise en klage udtrykkeligt kunne henvise til meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, fordi der »i begrundelsen for en forvaltningsakt kan henvises til andre retsakter og navnlig lægges vægt på indholdet af en tidligere retsakt, især hvis den er konneks« [16]. Mens Kommissionen i den beslutning, der blev anfægtet i sagen Ufex m.fl. mod Kommissionen, gengav indholdet af skrivelsen i henhold til artikel 6, har den i den foreliggende sag begrænset sig til at henvise til den forudgående retsakt uden at gengive indholdet, end ikke summarisk. Under alle omstændigheder er der efter min opfattelse intet, som forbyder Kommissionen at begrunde en retsakt, som den vedtager, ved at begrænse sig til at gentage indholdet af en anden retsakt, som er vedtaget inden for rammerne af samme procedure, navnlig når denne har forberedende karakter.

35. På grundlag af disse betragtninger mener jeg, at det første anbringende om ophævelse af Rettens dom savner grundlag.

Det andet, tredje, fjerde og femte anbringende: forskelsbehandling til skade for leverandører uden for kooperativet

36. Med den andet, tredje, fjerde og femte anbringende har VGB gjort gældende, at Retten i det væsentlige har anlagt en

15 — Jf. herved dommen i sagen GEMA mod Kommissionen, præmis 17 og 18. Jf. endvidere — med hensyn til muligheden for at genåbne den administrative procedure, når der er indtrådt nye omstændigheder, der kan påvirke Kommissionens stillingtagen med hensyn til eksistensen af en eventuel påtalt overtrædelse, og som kan indebære tilbagekaldelse eller ændring af en beslutning fra Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 — Rettens dom af 28.10.1993, sag T-83/92, Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169, og af 8.6.1995, sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1533, samt Domstolens dom af 1.10.1998, sag C-279/95 P, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. I, s. 5609.

16 — Domstolens dom af 4.3.1999, sag C-119/97 P, Sml. I, s. 1341.

åbenbar urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder, for så vidt som den henviser til en forskelsbehandling til skade for virksomheder uden for kooperativet, som ønsker at sælge deres produkter på VBA's område. Denne forskelsbehandling, som Retten har forbundet med forskellen mellem de gebyrer, der pålægges eksterne virksomheder for at få adgang til kooperativets strukturer og tjenesteydelser, eksisterer ikke, thi den forskellige behandling vedrørte virksomheder, der tilbød forskellige tjenesteydelser, og som VBA derfor ikke var forpligtet til at sikre en identisk behandling. Der var dels de leverandører, som direkte forsynede virksomheder beliggende på kooperativets område, dels de leverandører, med hvilke der var indgået handelsaftaler. Retten har med urette fastslået, at VBA ikke har godtgjort, at aftaleforholdene til de eksterne virksomheder havde et forskelligt indhold, og at der derfor eksisterede en privilegeret behandling til fordel for virksomheder, der lejede lokaler hos VBA. VBA har imidlertid under sagen for Retten fremlagt eksemplarer af handelsaftaler: Det fremgår heraf, at de virksomheder, der havde indgået sådanne aftaler, var forpligtet til at leje VBA's lokaler — og derfor til at betale leje til kooperativet — og at de desuden var forpligtet til at forsyne VBA med en bestemt type produkter. Appellanten har anført, at Retten ved denne urigtige fremstilling af de faktiske omstændigheder har tilsidesat konkurrencereglerne, og navnlig traktatens artikel 85, stk. 1, ved at antage, at de aftaler, der var indgået af VBA, var forbudte aftaler. Retten har endvidere tilsidesat selve princippet om forbud mod forskelsbehandling ved at anvende kriterierne om ligebehandling på kontrakter, der har et forskelligt indhold, mens det er ubestridt, at dette princip indebærer forbud mod at anvende forskellig behandling for identiske ydelser. Endelig er den appellerede dom behæftet med en retlig fejl, idet Retten, ved at kvalificere Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder som urigtig, har henvist til præmis 192 og 193 i Rettens dom af samme dato i de forenede sager T-70/92 og T-71/92, mens Retten i samme dom ikke havde fastslået, at der forelå en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder, men snarere, at der forelå en manglende begrundelse.

Indstævnte har i det væsentlige fremført to anbringender til støtte for deres opfattelse, hvorefter der foreligger forskelsbehandling. For det første er der ikke i det foreliggende tilfælde tale om forskelsbehandling mellem to kategorier af aftaler, således som VBA har hævdet, men mellem forskellige kategorier af virksomheder. Med andre ord straffer VBA's reglementer de virksomheder, som foretager direkte forsyninger, der ikke finder sted under kooperativets kontrol, idet de pålægges et gebyr på 10% af produkternes samlede salgspris, dvs. et gebyr, som er langt højere end det gebyr, som pålægges de leverandører, der lejer lokaler beliggende inden for VBA's område, og som ikke har indgået særlige leveringskontrakter. Denne forskel i behandlingen udgør en hindring for adgangen til det nederlandske blomstermarked for de virksomheder, der netop har til hensigt at distribuere andre produkter end dem, der sælges på VBA's område, og især produkter,

som har oprindelse uden for Nederlandene. Indstævnte har for det andet understreget, at Retten har taget hensyn til samtlige særegenheder ved disse to typer aftaler, og at disse faktiske omstændigheder derfor er blevet fastslået i Rettens dom og ikke kan undersøges under appellen, hvor Domstolen alene skal træffe afgørelse om, hvorvidt der er anlagt en urigtig fortolkning eller en urigtig anvendelse af retsregler.

37. Efter min opfattelse er anbringenderne til støtte for ophævelse af Rettens dom vedrørende realiteten i søgsmålet for Retten baseret på et enkelt klagepunkt, nemlig at Retten har anlagt en urigtig vurdering med hensyn til den diskriminerende behandling af de forskellige leverandører, der ikke er medlem af VBA. VBA har på grundlag af dette argument om, at der foreligger ulovlighed, påberåbt sig, at der er sket overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, overtrædelse og urigtig anvendelse af det generelle princip om forbud mod forskelsbehandling og endelig overtrædelse af traktatens artikel 190.

Det er ikke desto mindre klart, at dette klagepunkt vedrører fremstillingen af de faktiske omstændigheder i de dele af den appellerede dom, hvori Retten ved en sammenligning af situationen for de eksterne leverandører kommer til det resultat, at der ikke foreligger lighed i de forskellige virksomheders situation over for kooperativet, og på grundlag af de faktiske omstændigheder, som den har konstateret, konkluderer, at forskellen i de satser, der gælder for disse virksomheder, er ubegrundet og derfor diskriminerende. Forskelsbehandlingen beror på forskellen mellem det gebyr, der betales af leverandører, der leverer deres produkter direkte inden for VBA's område, hvilket gebyr ifølge indstævnte andrager 10% af disse varers bruttopris, og det gebyr på 3% af varernes pris, som skal betales af de leverandører, som har indgået de såkaldte »handelsaftaler«. Retten har herved udtalt, at Kommissionen i sin meddelelse af 1992 udtrykkeligt har erklæret: »Hvis man sammenligner de økonomiske byrder, VBA pålægger de handlende, der har indgået handelsaftaler, og de handlende, der ikke har indgået sådanne aftaler, må man konkludere, at de handlende, der har indgået handelsaftaler, er privilegerede.« Retten tilføjede, at der ikke var ført bevis for, at »de forhandlere, med hvem der er indgået handelsaftaler, påtager sig forpligtelser over for VBA, som kan begrunde forskellen mellem 3%-reglen og brugsgebyret«. På grundlag af denne forudsætning konkluderede den, at den anfægtede beslutning »indeholder en faktisk fejl eller en fejlvurdering, for så vidt som det konstateres, at forskellen mellem brugsgebyret og det gebyr på 3%, som anvendes i forbindelse med handelsaftalerne, er berettiget, fordi der gælder sådanne forpligtelser« (præmis 116-119).

Klagepunktet vedrører således ikke den retlige subsumption af aftalen og dermed anvendeligheden i det foreliggende tilfælde af artikel 85, stk. 1, litra d), men i det væsentlige Rettens undersøgelse af muligheden for på grundlag af de forhold, der fremgår af den anfægtede beslutning, at kvalificere de forskellige virksomheders ydelser som ligeværdige. En sådan vurdering henhører under fremstillingen af de faktiske omstændigheder i Retten i Første Instans' dom og kan derfor ikke gøres til

genstand for en fornyet undersøgelse under appel. VBA synes at henvise til en forvansket gengivelse af bevismidlerne foretaget af Retten, idet den hævder, at det fremgår af de kontraktformularer, der er blevet fremlagt for Retten i Første Instans, at de virksomheder, der har indgået sådanne aftaler, var forpligtet til at overholde en række forpligtelser, der netop skulle begrunde forskellene i de pågældende gebyrer. Det fremgår imidlertid af dommen, at Retten ikke har undladt at tage hensyn til sådanne forhold — i præmis 116 henviser den udtrykkeligt til den leje, der betales af leverandører, der har indgået handelsaftaler — og at Retten med hensyn til spørgsmålet om forskelsbehandling mellem VBA's leverandører har baseret sin vurdering på en generel og omfattende undersøgelse af forholdene mellem de forskellige eksterne leverandører og appellantens kooperativ.

Det er derfor ikke muligt at finde et grundlag for VBA's klagepunkt, der er baseret på en påstået retlig fejl, som Retten skulle have begået ved udtrykkeligt at henvise — for at godtgøre eksistensen af en vurderingsfejl begået af Kommissionen — til de betragtninger, som den selv har fremført i præmis 192 og 193 i dommen i de forenede sager T-70/92 og T-71/92. Som jeg tidligere har anført i mit forslag til afgørelse i sagen VBA mod Florimex m.fl. (sag C-265/97 P), og navnlig med hensyn til de omhandlede præmisser 192 og 193, har Retten foretaget en fælles gennemgang af anbringenderne vedrørende en retlig fejl og utilstrækkelig begrundelse, der bl.a. var blevet fremført af Florimex med henblik på at opnå annullation af Kommissionens beslutning af 2. juli 1992.

38. På grundlag af alle disse bemærkninger mener jeg, at VBA's fire anbringender bør forkastes.

Om kontraappellen

39. Indstævnte har iværksat kontraappel mod den del af Rettens dom, der ikke giver dem medhold i deres påstand om annullation af Kommissionens beslutning på de punkter, som vedrører dennes vurdering af »Cultra-aftalerne«. De er af den opfattelse, at den omstændighed, at de ikke fik medhold i deres annullationspåstand, skyldes en urigtig vurdering af disse kontrakter, idet Retten har udtalt sig om disse aftalers virkninger, idet den har gennemgået dem uafhængigt af kooperativets øvrige interne regler, hvilket således førte til at bekræfte Kommissionens analyse, hvorefter de nævnte aftaler ikke har nogen virkning på fællesmarkedet, og at traktatens artikel 85, stk. 1, derfor ikke finder anvendelse. Retten har ikke taget hensyn til den omstændighed, at grossistcentret ikke alene har foretaget transaktioner for småhandlende, men også for større virksomheder, og at der også er blevet foretaget salg af produkter bestemt til udførsel.

Jeg mener, at disse klagepunkter vedrører fremstillingen og ikke vurderingen af de faktiske omstændigheder, idet de argumenter, som de indstævnte har fremført, angår virkningerne på markedet af transaktioner foretaget inden for Cultra-centret og forhold af rent økonomisk karakter mellem disse transaktioner og de transaktioner, der

i almindelighed blev foretaget inden for kooperativets område. Jeg mener derfor, at kontraappellen bør forkastes, og dette netop, fordi den er baseret på anbringender, som ikke kan lægges til grund i forbindelse med appellen.

Sagens omkostninger

40. I medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i henhold til artikel 118 finder anvendelse under appel, dømmes den tabende part til at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I det foreliggende tilfælde foreslår jeg på baggrund af indstævntes udtrykkelige anmodning herom Domstolen at pålægge appellanten at betale disse virksomheder de omkostninger, de har afholdt, bortset fra omkostningerne i forbindelse med kontraappellen. Herudover foreslår jeg Domstolen at bestemme, at Kommissionen i medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 4, skal bære sine egne omkostninger.

Forslag til afgørelse

41. På grundlag af disse bemærkninger foreslår jeg Domstolen:

1) at forkaste appellen

2) at forkaste den kontraappel, der er iværksat af Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV og M. Verhaar BV

3) at pålægge Coöperatieve Vereniging De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer BA (VBA) at betale omkostningerne i forbindelse med denne del af sagen til Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Florimex BV, Inkoop Service Aalsmeer BV og M. Verhaar BV, bortset fra omkostningerne i forbindelse med kontraappellen.