



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

19. april 2012 *

»Appel — konkurrence — dominerende stilling — misbrug — markedet for maskiner til indsamling af brugte drikkevareemballager — beslutning, der fastslår en overtrædelse af artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54 — eksklusivitetsaftaler, individuelle mængdeforpligtelser og loyalitetsrabatter«

I sag C-549/10 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 18. november 2010,

Tomra Systems ASA, Asker (Norge)

Tomra Europe AS, Asker

Tomra Systems GmbH, Hilden (Tyskland)

Tomra Systems BV, Apeldoorn (Nederlandene)

Tomra Leergutsysteme GmbH, Wien (Østrig)

Tomra Systems AB, Sollentuna (Sverige)

Tomra Butikksystemer AS, Asker

ved advocaat O.W. Brouwer, advokat J. Midthjell og solicitor A.J. Ryan,

sagsøgere i første instans,

den anden part i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved E. Gippini Fournier og N. Khan, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne R. Silva de Lapuerta (refererende dommer), E. Juhász, G. Arestis og T. von Danwitz,

* Processprog: engelsk.

generaladvokat: J. Mazák

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. november 2011,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 2. februar 2012,

afsagt følgende

Dom

- 1 I appelskriftet har appellanterne (herefter »Tomra m.fl.«) nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 9. september 2010, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (sag T-155/06, Sml. II, s. 4361, herefter »den appellerede dom«), hvorved Kommissionen blev frifundet for en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2006) 734 endelig af 29. marts 2006 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/E-1/38.113 – Prokent/Tomra, herefter »den anfægtede beslutning«).

Sagens baggrund

- 2 I den appellerede dom har Retten redegjort for sagens faktiske omstændigheder på følgende måde:
 - »1 Tomra Systems ASA er moderselskabet i Tomra-koncernen. Tomra Europe AS samordner de europæiske forhandlerdatterselskabers aktiviteter inden for koncernen. De forhandlerdatterselskaber, der er omhandlet af denne sag, er Tomra Systems GmbH i Tyskland, Tomra System BV i Nederlandene, Tomra Leergutsysteme GmbH i Østrig, Tomra System AB i Sverige og Tomra Butikksystemer AS i Norge (herefter sammen med Tomra Systems ASA og Tomra Europe AS »sagsøgerne«). Tomra-koncernen fremstiller returautomater til tom drikkevareemballage (herefter »returautomater«), som er maskiner til indsamling af brugt drikkevareemballage, der identificerer den anbragte emballage ud fra bestemte parametre, såsom formen og/eller strekkoden, og beregner den pant, kunden skal have udbetalt. [...]
 - 2 Kommissionen [...] modtog den 26. marts 2001 en klage fra Prokent AG, som er et tysk selskab, der ligeledes virker inden for sektoren for indsamling af tom drikkevareemballage samt tilknyttede varer og tjenesteydelser. Prokent anmodede Kommissionen om at undersøge, om sagsøgerne havde misbrugt en dominerende stilling ved at hindre selskabet i at få adgang til markedet.
 - 3 Den 26. og 27. september 2001 foretog Kommissionen en kontrolundersøgelse hos Tomra Systems GmbH i Tyskland og Tomra Systems BV i Nederlandene. Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelsorganisation (EFTA) foretog på Kommissionens anmodning kontrolundersøgelser hos Tomra Systems ASA og dets datterselskaber i Norge. [...]
 - 4 Den 23. december 2002 erklærede sagsøgerne i en skrivelse til Kommissionen, at de bragte eksklusivitetsaftalerne til ophør og ikke længere ville anvende loyalitetsbonusordninger.
 - 5 Den 30. marts 2004 indleverede sagsøgernes advokat Tomra-koncernens program for at bringe sig i overensstemmelse med konkurrencen, der ville finde anvendelse fra den 1. april 2004.

- 6 Den 1. september 2004 sendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS og Tomra-koncernens datterselskaber i seks kontraherende medlemsstater inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«), som sagsøgerne besvarede den 22. november 2004. [...]

[...]

- 7 Den 29. marts 2006 vedtog Kommissionen [den anfægtede beslutning]. Kommissionen har heri fastslået, at sagsøgerne har tilsidesat artikel 82 EF og [...] artikel 54 [i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3, herefter »EØS-aftalen«)] i perioden fra 1998-2002 ved at iværksætte en udelukkelsesstrategi på det tyske, nederlandske, østrigske, svenske og norske marked for returautomater gennem eksklusivitetsaftaler, individualiserede mængdeforpligtelser og individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft, hvorved de har lukket markederne for konkurrence.

I – Det pågældende marked

- 8 Hvad angår markedet for de pågældende varer anføres det i den anfægtede beslutning, at Kommissionen for vurderingen heraf har taget udgangspunkt i princippet om, at der fandtes et specifikt marked for avancerede returautomater eller andre avancerede systemer, som bl.a. omfatter enhver returautomat, der kan installeres gennem en mur og forbindes med et teknikrum, og et overordnet marked, som omfatter såvel avancerede maskiner som mindre avancerede maskiner. Kommissionen besluttede imidlertid at anvende den bredeste markedsdefinition som arbejdsgrundlag, eftersom den medfører mere fordelagtige tal til gavn for sagsøgerne.
- 9 Hvad angår det pågældende geografiske marked har Kommissionen i den anfægtede beslutning fastslået, at konkurrencebetingelserne i EØS ikke var homogene i den vurderede periode, og at de pågældende geografiske markeder er de nationale markeder.

II – Dominerende stilling

- 10 Kommissionen har, efter at den bl.a. har fastslået, at sagsøgernes markedsandele i Europa konstant var højere end 70% før 1997, at de efter 1997 oversteg 95%, og at sagsøgernes markedsandel på alle de berørte markeder var mange gange større end konkurrenternes, i den anfægtede beslutning konstateret, at Tomra-koncernen var en virksomhed med en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54.

III – Misbrug

- 11 Det anføres i den anfægtede beslutning, at sagsøgerne har udarbejdet en strategi, der har konkurrencebegrænsende formål eller virkning, både i forhold til deres adfærd og koncernens interne drøftelser. Kommissionen har anført i beslutningen, at sagsøgerne tilsigtede at bevare deres dominerende stilling og deres markedsandele med midler, der navnlig består i at hindre nye udbyderes adgang til markedet, at sikre, at konkurrenterne forbliver svage ved at begrænse deres vækstmuligheder, og endelig ved at svække dem og fjerne dem ved enten at opkøbe dem eller ved andre midler. Det præciseres, at denne strategi blev iværksat ved underskrivelsen af 49 aftaler mellem 1998 og 2002 mellem sagsøgerne og et vist antal supermarkeds kæder i form af eksklusivitetsaftaler, der pålagde et mål med individuelle mængdeforpligtelser og individuelle bonusordninger med tilbagevirkende kraft.

- 12 Det følger ligeledes af den anfægtede beslutning, at selv om de aftaler, klausuler og betingelser, der ses i denne sag, indebærer andre forhold, såsom udtrykkelige eller de facto-eksklusivitetsklausuler, tilsagn eller løfter fra kunderne om at købe mængder, der svarer til en betydelig del af disse kunders behov, eller rabatorordninger med tilbagevirkende kraft forbundet med kundernes behov eller endog en kombination af disse forhold, skal de ifølge Kommissionen være fastsat i sagsøgernes almindelige politik for at opstille hindringer for eksisterende og potentielle konkurrenters markedsadgang, afsætningsadgang og vækstmuligheder og endelig for at udelukke dem fra markedet, hvorved der skabes en monopollignende situation.
- 13 For det første kan eksklusivitetsklausuler ifølge den anfægtede beslutning virke markedsafskærmende i kraft af deres beskaffenhed, for så vidt som de forpligter kunderne til at dække samtlige eller en væsentlig del af deres behov fra en dominerende leverandør. Eftersom sagsøgerne havde en dominerende stilling på markedet, og disse eksklusivitetsklausuler er blevet anvendt på en del af den samlede efterspørgsel, som Kommissionen kvalificerede som væsentlig, har Kommissionen i denne sag heraf udledt, at de eksklusivtetsaftaler, sagsøgerne har indgået, var af en sådan beskaffenhed, at de kunne have og faktisk har haft en markedsafskærmende virkning, der har fordrejet markedet. Det fastslås i den anfægtede beslutning, at der i denne sag ikke foreligger omstændigheder, der undtagelsesvis kunne berettige eksklusivitet eller lignende ordninger, og at sagsøgerne heller ikke har kunnet berettige deres praksis ud fra hensyn til omkostningsbesparelser.
- 14 Det tilføjes endvidere i den anfægtede beslutning, at prisnedslag for kundespecifikke mængder, der modsvare hele eller næsten hele efterspørgslen, har samme virkning som udtrykkelige eksklusivitetsklausuler, idet de foranlediger kunden til at dække samtlige eller næsten alle behov fra en dominerende virksomhed. Det samme gælder loyalitetsbonusser, dvs. bonusser, som er betinget af, at kunden dækker samtlige eller størstedelen af sine behov fra en dominerende leverandør. Det er ifølge Kommissionen ikke afgørende for de pågældende aftalers eller betingelsers konkurrencebegrænsende karakter, om den pligtige købsmængde er udtrykt i absolutte tal eller i forhold til en vis procentdel. Med hensyn til aftalerne indgået af sagsøgerne præciseres det i beslutningen, at de anførte mængdemål udgjorde kundespecifikke forpligtelser, som var forskellige fra den ene kunde til den anden, uanset kundens størrelse og købsmængde, og som enten svarede til hele kundens behov eller til størstedelen heraf eller endog oversteg behovene. Det tilføjes i den anfægtede beslutning, at sagsøgernes politik, som bestod i at binde kunder, navnlig nøglekunder, gennem aftaler, hvis formål var at udelukke konkurrenter fra markedet og nægte dem mulighed for vækst, med al tydelighed fremgår af dokumenter vedrørende sagsøgernes strategi, deres forhandlinger og de tilbud, kunderne modtog. I betragtning af beskaffenheden af markedet for returautomatløsninger og de særlige karakteristika for selve produktet, navnlig den gennemsigtige og ret forudsigelige efterspørgsel efter maskiner for hver enkelt kunde og for hvert enkelt år, har Kommissionen fastslået, at sagsøgerne havde det nødvendige kendskab til markedet, så de realistisk kunne anslå hver enkelt kundes omtrentlige efterspørgsel.
- 15 Hvad angår bonusordningerne har Kommissionen i den anfægtede beslutning endvidere bemærket, at de var skræddersyede for hver enkelt kunde, og tærsklerne var forbundne med kundens samlede behov eller en stor andel heraf. De blev fastlagt på grundlag af kundens anslåede behov og/eller tidligere indkøbsmængder. Tilskyndelsen til helt eller næsten udelukkende at købe fra sagsøgerne er i henhold til beslutningen særlig stærk, når tærskler som de af sagsøgerne anvendte kombineres med en ordning, hvorefter der opnås en bonus eller en mere fordelagtig tærskel i forhold til samtlige indkøb foretaget af kunden i den pågældende referenceperiode og ikke udelukkende i forhold til den indkøbsmængde, der overstiger den pågældende tærskel. I en ordning med tilbagevirkende kraft føler en kunde, der har påbegyndt indkøb fra sagsøgerne, en meget sandsynlig situation set i lyset af disses stærke markedsstilling, sig således stærkt tilskyndet til at nå den bonusudløsende tærskel for at nedbringe prisen på samtlige indkøb fra sagsøgerne. Det anføres, at denne tilskyndelse øges, jo nærmere kunden

kommer den pågældende tærskel. Kommissionen har fastslået, at kombinationen af en bonusordning med tilbagevirkende kraft og en tærskel eller tærskler, der modsvarer det samlede behov eller en stor andel heraf, udgjorde en betydelig tilskyndelse til at købe alt eller næsten alt udstyr fra sagsøgerne og kunstigt forøgede de omkostninger, der ville være forbundet med at skifte til en anden leverandør, selv for et mindre antal enheder. Kommissionen har heraf udledt, at de pågældende bonusordninger i overensstemmelse med retspraksis må betegnes som loyalitetsopbyggende og således som loyalitetsbonusordninger.

- 16 Endelig anføres det i den anfægtede beslutning, at selv om det [...] for at godtgøre, at der foreligger et misbrug i henhold til artikel 82 EF, er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til [formål] at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning, har Kommissionen fuldendt sin analyse ved at undersøge den sandsynlige virkning af sagsøgernes adfærd på markedet for returautomater. Det bemærkes i den henseende i den anfægtede beslutning, at sagsøgernes markedsandele på hvert af de pågældende fem nationale markeder under hele den undersøgte periode, dvs. fra 1998 til 2002, forblev forholdsvis stabil. Samtidigt forblev konkurrenternes markedsstilling temmelig svag og ustabil. En af disse, klageren, der klarede sig godt, [forlod] markedet i 2003 efter at have opnået en markedsandel på 18% på det tyske marked i 2001. Andre konkurrenter, der havde udvist potentiale og evne til at tilegne sig større markedsandele, blev fjernet ved, at sagsøgerne overtog dem, f.eks. Halton og Eleiko. Endvidere kom sagsøgernes udelukkelsesstrategi, som den gennemførtes i hele perioden fra 1998 til 2002, ifølge Kommissionen til udtryk i ændringerne i fordelingen af andelen af det bundne marked og markedsaktørernes afsætning. Nogle kunder påbegyndte ifølge den anfægtede beslutning endvidere at købe flere konkurrerende produkter efter udløbet af deres eksklusivitetsaftaler med sagsøgerne. Ud over fraværet af omkostningsfordele, der kunne berettigg sagsøgernes praksis, var der i denne sag heller ingen fordele for forbrugerne. Det fremgår således af den anfægtede beslutning, at prisen for sagsøgernes returautomater ikke faldt som følge af større afsatte mængder, og at prisen tværtimod forblev på samme niveau eller steg i løbet af det undersøgte tidsrum.

IV – Bøden

- 17 Det præciseres i den anfægtede beslutning, at vurderingen af grovheden af sagsøgernes misbrug bør tage hensyn til, at sagsøgerne bevidst iværksatte den pågældende praksis inden for rammerne af deres udelukkelsesstrategi, men ligeledes til det geografiske omfang af dette misbrug, nemlig den omstændighed, at den dækkede det geografiske område for fem EØS-lande: Tyskland, Nederlandene, Østrig, Sverige og Norge. Omvendt skal der ifølge Kommissionen ligeledes tages hensyn til, at overtrædelsen ikke dækker hele den undersøgte periode på hvert af de pågældende nationale markeder, og at overtrædelsens intensitet inden for hvert af de nationale markeder kan have været af forskellig grad på forskellige tidspunkter.
- 18 Særligt er det i 394. betragtning til den anfægtede beslutning præciseret, at overtrædelsen vedrører følgende områder og perioder:
- Tyskland: 1998-2002
 - Nederlandene: 1998-2002
 - Østrig: 1999-2001
 - Sverige: 1999-2002
 - Norge: 1998-2001

19 Kommissionen har fastslået, at der var tale om en alvorlig overtrædelse, og har fastsat bødens grundbeløb til 16 mio. EUR, idet den har lagt den femårige periode mellem 1998 og 2002 til grund. Bødens [udgangsbetrag] er forhøjet med 10% for hvert hele overtrædelsesår. Endelig anføres det i beslutningen, at der ikke foreligger skærpende og formildende omstændigheder.

20 Den anfægtede beslutnings dispositive del er affattet som følger:

»Artikel 1

[Sagsøgerne] har overtrådt artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 i tidsrummet 1998-2002 ved at gennemføre en udelukkelsesstrategi på de nationale markeder for returautomater i [Tyskland Nederlandene, Østrig, Sverige og Norge] ved brug af eksklusivtetsaftaler, individuelt forhandlede mængdeaftaler og individuelle bonusordninger med tilbagevirkende kraft, og således afskærmet konkurrencen på markederne.

Artikel 2

For ovennævnte overtrædelse pålægges [sagsøgerne] en solidarisk bøde på 24 mio. EUR.

[...]««

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 3 I forbindelse med deres annulationssøgsmål ved Retten til prøvelse af den anfægtede beslutning fremførte appellanterne seks anbringender.
- 4 Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen i det hele.

Parternes påstande

- 5 Appellanterne har nedlagt følgende påstande for Domstolen:
 - Den appellerede dom ophæves.
 - Domstolen træffer afgørelse i sagen og den anfægtede beslutning annulleres, eller størrelsen af den pålagte bøde nedsættes under alle omstændigheder, eller subsidiært, hvis Domstolen beslutter at undlade at træffe afgørelse i tvisten, hjemvises sagen til Retten med henblik på fornyet behandling af sagen i overensstemmelse med Domstolens dom.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger både i sagen for Retten og i sagen for Domstolen.
- 6 Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Om appellen

- 7 Til støtte for appellen har appellanterne fremført fem anbringender vedrørende for det første, at Retten har begået en retlig fejl ved sin efterprøvelse for så vidt angår Kommissionens konstatering af en konkurrencebegrænsende hensigt om at lukke markedet for konkurrence, for det andet en retlig fejl og manglende begrundelse, henset til den andel af den samlede efterspørgsel, som aftalerne skulle omfatte for at udgøre et misbrug, for det tredje en proceduremæssig fejl og en retlig fejl ved

vurderingen af rabatterne med tilbagevirkende kraft, for det fjerde en retlig fejl og manglende begrundelse ved afgørelsen af, om aftaler, i hvilke appellanterne udpeges som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, kan betegnes som »eksklusivitetsaftaler« og for det femte en retlig fejl ved undersøgelsen af bøden, henset til princippet om ligebehandling.

Det første anbringende vedrørende en retlig fejl ved Rettens efterprøvelse for så vidt angår Kommissionens konstatering af en konkurrencebegrænsende hensigt om at lukke markedet for konkurrence (den appellerede doms præmis 33-41)

Parternes argumenter

- 8 Tomra m.fl. er af den opfattelse, at Retten ved sin vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen havde godtgjort en konkurrencebegrænsende hensigt, har begået en retlig fejl ved at undlade at tage hensyn til beviselementer, som godtgør en vilje fra appellanternes side til at konkurrere på ydelser. En sådan undladelse er i strid med Rettens forpligtelse til at udøve en tilbundsgående retslig prøvelse vedrørende betingelserne for anvendelse af artikel 102 TEUF.
- 9 Tomra m.fl. har anført, at Kommissionen med urette har lagt appellanternes interne skrivelser til grund for at godtgøre en konkurrencebegrænsende hensigt hos disse, hvorved den forkastede de beviser, der kunne godtgøre, at appellanterne havde til hensigt at konkurrere på ydelser.
- 10 Tomra m.fl. har anført, at det fremgår af 97.-105. betragtning til den anfægtede beslutning, at den konkurrencebegrænsende hensigt udgjorde et væsentligt forhold i konklusionen vedrørende det forhold, at der forelå en konkurrencebegrænsende adfærd, og at denne betragtning spillede en afgørende rolle ved fastlæggelsen af overtrædelsen.
- 11 Kommissionen har gjort gældende, at anbringendet savner grundlag. Begrebet »misbrug« i artikel 102 TEUF er et objektivt begreb, hvorfor der ikke kræves en eventuel konkurrencebegrænsende hensigt.
- 12 Efter Kommissionens opfattelse er en sådan hensigt imidlertid ikke uden relevans for den generelle vurdering af en dominerende virksomheds adfærd. Et bevis for en sådan hensigt kan eventuelt være relevant med henblik på beregningen af bøden, særligt for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen er begået forsætligt eller uagtsomt.
- 13 Kommissionen har endvidere anfægtet appellanternes synspunkt om, at vurderingen af de subjektive elementer havde haft en afgørende betydning for konstateringen af, at der forelå en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF.
- 14 Kommissionen har i denne forbindelse understreget, at der ikke i appelskriftet identificeres eventuelle beviselementer vedrørende Tomra-koncernens hensigt om at konkurrere på ydelser, som ikke er blevet taget i betragtning af Retten, ligesom der heller ikke redegøres for, hvorledes sådanne beviser kunne rejse tvivl om vurderingen af den ekskluderende adfærd, som har fundet sted.
- 15 Kommissionen har tilføjet, at appellanterne ikke har godtgjort, at deres adfærd var begrundet i kommerciel henseende. Retten har således med rette fastslået, at der forelå en konkurrencebegrænsende strategi fra Tomra-koncernens side.

Domstolens bemærkninger

- 16 Med det første anbringende ønsker appellerterne i det væsentlige fastslået, at det er med urette, at Retten har tilsluttet sig Kommissionens hævdede konstatering vedrørende den omstændighed, at der forelå en konkurrencebegrænsende hensigt fra Tomra-koncernens side, særligt ved at undlade at tage hensyn til de interne dokumenter, som viste Tomra-koncernens vilje til at konkurrere på ydelser.
- 17 Med henblik på at vurdere dette anbringendes velbegrundethed skal det bemærkes, at begrebet misbrug af en dominerende stilling, som er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, er et objektivet begreb, som omfatter en adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, der på et marked, hvor konkurrencegraden allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den pågældende virksomhed, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence med hensyn til varer eller tjenesteydelser på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til følge at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence (jf. dom af 17.2.2011, sag C-52/09, TeliaSonera Sverige, Sml. I, s. 527, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).
- 18 Kommissionen er imidlertid i forbindelse med sin undersøgelse af en dominerende virksomheds adfærd og med henblik på at identificere et eventuelt misbrug af en sådan dominerende stilling forpligtet til at tage alle relevante faktiske omstændigheder vedrørende denne adfærd i betragtning (jf. i denne retning dom af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 67).
- 19 Det bemærkes i denne forbindelse, at når Kommissionen foretager en undersøgelse af en dominerende virksomheds adfærd, er den – idet undersøgelsen er nødvendig for at drage en konklusion vedrørende spørgsmålet, om der foreligger misbrug af dominerende stilling – nødvendigvis tvunget til at vurdere den pågældende virksomheds forretningsstrategi. I forbindelse hermed forekommer det normalt, at Kommissionen fremfører subjektive forhold, nemlig de motiver, der ligger til grund for den omhandlede forretningsstrategi.
- 20 Den omstændighed, at der foreligger en eventuelt konkurrencebegrænsende hensigt udgør således alene en ud af flere faktiske omstændigheder, som kan tages i betragtning med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling.
- 21 Kommissionen er imidlertid ikke forpligtet til at fastslå, at der findes en sådan hensigt hos den dominerende virksomhed, for at kunne anvende artikel 82 EF.
- 22 Det er i denne forbindelse med rette, at Retten har understreget i den appellerede doms præmis 36, at det er helt normalt, at den anfægtede beslutning hovedsageligt koncentrerer sig om appellerternes konkurrencebegrænsende adfærd, eftersom det netop er denne adfærd, Kommissionen skulle fastslå. En hensigt om at konkurrere på ydelser kan således, selv hvis den antages at være godtgjort, ikke bevise, at der ikke foreligger misbrug.
- 23 På denne baggrund har Retten ikke begået en retlig fejl ved ligeledes i den appellerede doms præmis 38 at fastslå, at begrebet misbrug er et objektivet begreb, således som det fremgår af denne doms præmis 20.
- 24 Retten har således konkluderet i den appellerede doms præmis 39, at Kommissionen i 97. ff. betragtning til den anfægtede beslutning har fastslået, at appellerternes adfærd, der er undersøgt i den sammenhæng, som den indgår i, og kombineret med en række andre forhold, herunder appellerternes interne dokumenter, kunne udelukke konkurrencen. Retten har ligeledes med rette præciseret i samme præmis i den appellerede dom, at Kommissionen på ingen måde udelukkende har støttet sig på appellerternes hensigt eller strategi for at begrunde dens konklusion om, at konkurrenceretten er tilsidesat. Det fremgår således af 284. betragtning, som indgår i beslutningens afsnit om

Kommissionens vurdering, og af den konkrete vurdering af den omhandlede adfærd i 286. ff. betragtning, at Kommissionen har understreget den objektive karakter af den overtrædelse af artikel 102 TEUF, som den havde fastslået.

- 25 Hvad angår argumentet om, at Retten skulle have foretaget en fejlagtig vurdering af en korrespondance udvekslet inden for Tomra-koncernen i sin argumentation vedrørende appellanternes forretningsstrategi, bemærkes i øvrigt, at det i henhold til fast retspraksis følger af artikel 256 TEUF og artikel 58, stk. 1, i statuttten for Den Europæiske Unions Domstol, at det alene er Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til artikel 256 TEUF kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget (jf. dom af 3.9.2009, sag C-535/06 P, Moser Baer India mod Rådet, Sml. I, s. 7051, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 26 Domstolen har således ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Rettens vurdering heraf udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre oplysningerne er gengivet urigtigt (jf. dommen i sagen Moser Baer India mod Rådet, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 27 Endvidere skal en urigtig gengivelse af omstændighederne fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne (jf. dommen i sagen Moser Baer India mod Rådet, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 Appellanterne har imidlertid ikke gjort en sådan fejlagtig gengivelse af beviserne gældende ved Domstolen.
- 29 Det første anbringende skal derfor forkastes.

Det andet anbringende vedrørende en retlig fejl og manglende begrundelse vedrørende den andel af den samlede efterspørgsel, som aftalerne skulle omfatte for at udgøre et misbrug (den appellerede doms præmis 238-246)

Parternes argumenter

- 30 Tomra m.fl. har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl og ikke har begrundet den omstændighed, at den har forkastet dette anbringende, tilstrækkeligt, for så vidt som den har fastslået, at de omtvistede aftaler omfattede en tilstrækkelig stor andel af den samlede efterspørgsel til at begrænse konkurrencen.
- 31 Tomra m.fl. er af den opfattelse, at Rettens argumentation i denne henseende bygger på udtryk såsom en »betydelig« andel eller »ikke-uvæsentlig« eller en »meget betydelig« andel. Følgelig har Retten på grund af anvendelsen af disse tvetydige udtryk ikke givet en tilstrækkelig begrundelse til støtte for dommen.
- 32 Tomra m.fl. har understreget, at Retten ikke har fremført nogen egnede kriterier til afgørelse af, om den omhandlede adfærd fandt anvendelse på en tilstrækkelig andel af markedet for effektivt at lukke dette for konkurrencen. Det eneste kriterium, som vedrører muligheden for at udelukke enhver

konkurrence, som den appellerede dom henviser til, fremgår af Rettens bemærkninger, hvorefter appellanternes konkurrenter skulle kunne konkurrere på hele markedet. Rettens betragtning om, at enhver eksklusivtidsaftale automatisk lukker det pågældende marked for konkurrencen, udgør en retlig fejl.

- 33 Tomra m.fl. har tilføjet, at Kommissionen burde have anvendt kriteriet om »minimumsstørrelsen for levedygtighed« eller enhver anden egnet metode til at afgøre, om de omtvistede aftaler var i stand til at lukke det pågældende marked for konkurrencen.
- 34 Kommissionen har anført, at der ikke kan være tvivl om, at appellanternes adfærd omfattede en meget betydelig andel af det omhandlede marked. Appellanterne har således selv anerkendt, at den omhandlede adfærd bandt omkring 39% af efterspørgslen i gennemsnit for de fem år og på de fem markeder samlet set.
- 35 Kommissionen har anført, at de omtvistede aftalers indvirkninger oftest afspejledes i væsentlige tilskyndelsesvirkninger udøvet på Tomra-koncernens kunder for så vidt angik deres valg af forsyning.
- 36 Kommissionen har endelig anført, at anvendelsen af udtryk, såsom »betydelig«, var fuldt ud begrundet i de relevante faktiske omstændigheder. Den begrundelse, som Retten skulle give, skulle således stå i relation til den omhandlede retsakt, hvilket var tilfældet i den foreliggende sag.

Domstolens bemærkninger

- 37 Det andet anbringende vedrører i det væsentlige spørgsmålet om rigtigheden af Rettens vurderinger vedrørende den relevante andel af det omhandlede marked, som skal være omfattet af de omtvistede aftaler, for at kunne fastslå, at disse kan lukke markedet for konkurrence.
- 38 Hvad angår spørgsmålet om graden af den pågældende virksomheds markedsdominans ved afgørelsen af, om virksomheden har gjort sig skyldig i misbrug, fremgår det af præmis 79 i TeliaSonera Sverige-dommen, at begrebet dominerende stilling i artikel 102 TEUF skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder.
- 39 Det fremgår i øvrigt af nævnte doms præmis 80 og 81, at denne bestemmelse ikke indfører nogen sondring eller grad i begrebet dominerende stilling. Når en virksomhed har en økonomisk styrke som den, der kræves i henhold til artikel 102 TEUF for at fastslå, at den har en dominerende stilling på et bestemt marked, skal dens adfærd bedømmes i henhold til denne bestemmelse. Markedsstyrken har ikke desto mindre i princippet konsekvenser for rækkevidden af virkningerne af den pågældende virksomheds adfærd snarere end for, om der som sådan består misbrug.
- 40 Som det fremgår af den appellerede doms præmis 239, har Kommissionen ganske vist ikke fastsat en præcis tærskel, over hvilken Tomra-koncernens praksis kunne udelukke konkurrenterne fra det pågældende marked.
- 41 Retten har imidlertid i den appellerede doms præmis 240 med rette tiltrådt Kommissionens betragtning om, at Tomra-koncernen ved at binde en væsentlig del af markedet har begrænset adgangen til en eller få konkurrenter og dermed begrænset konkurrencens intensitet på markedet som helhed.
- 42 Som Retten har bemærket i den appellerede doms præmis 241, kan en dominerende virksomheds binding af en væsentlig del af markedet nemlig ikke begrundes ved, at det godtgøres, at den del af markedet, der var åben for konkurrence, stadig er tilstrækkelig til at skabe plads til et begrænset antal

konkurrenter. De kunder, der befinder sig på den bundne del af markedet, skal have mulighed for at nyde godt af så meget konkurrence som muligt på markedet, og konkurrenterne skal kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed og ikke blot på en del heraf. Endvidere tilkommer det ikke den dominerende virksomhed at afgøre, hvor mange levedygtige konkurrenter der må konkurrere med den for den del af efterspørgslen, der stadig er åben for konkurrence.

- 43 Retten har endvidere præciseret i den appellerede doms præmis 242, at udelukkende en undersøgelse af omstændighederne i denne sag som den, Kommissionen har foretaget i den anfægtede beslutning, kan give mulighed for at afgøre, om en dominerende virksomheds praksis kan udelukke konkurrencen. Det ville imidlertid være kunstigt på forhånd at fastsætte, hvilken andel af det bundne marked der skal overskrides, for at en dominerende virksomheds praksis kan have en udelukkende virkning på konkurrenterne.
- 44 Retten har således efter denne vurdering af sagens faktiske omstændigheder fastslået i den appellerede doms præmis 243, at en betydelig del (to femtedele) af den samlede efterspørgsel i løbet af perioden og i de undersøgte lande var unddraget konkurrencen.
- 45 Rettens konklusion skal betragtes som værende uden retlige fejl.
- 46 Hvad angår appellanternes argument om, at Kommissionen burde have anvendt kriteriet om »minimumsstørrelsen for levedygtighed«, bemærkes blot, at Retten for det første med rette har fastslået, at det ikke med henblik på anvendelsen af artikel 102 TEUF var nødvendigt at fastsætte en præcis tærskel for bindingen af markedet, over hvilken den omhandlede praksis skal betragtes som misbrug, og for det andet, at henset til bemærkningerne i den appellerede doms præmis 243 var det under alle omstændigheder tilstrækkelig godtgjort i sagen, at den omhandlede praksis havde lukket markedet for konkurrencen.
- 47 Hvad endelig angår appellanternes argument om, at Retten ikke har givet en tilstrækkelig begrundelse vedrørende den andel af den samlede efterspørgsel, som de omtvistede aftaler skulle omfatte, for at kunne betragtes som værende udtryk for et misbrug, bemærkes, at det ikke i medfør af begrundelsespligten påhviler Retten i sin fremstilling udtømmende og et for et at behandle alle de argumenter, der er fremført af parterne i sagen, og at begrundelsen således kan fremgå indirekte, forudsat at de berørte parter kan få kendskab til begrundelsen for, at Retten ikke har godtaget deres argumenter, og således, at Domstolen kan råde over de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udøve sin prøvelsesret (jf. bl.a. dom af 16.7.2009, sag C-385/07 P, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6155, præmis 114 og den deri nævnte retspraksis).
- 48 Det fremgår imidlertid af samtlige ovennævnte forhold og særligt af den omstændighed, som er nævnt i denne doms præmis 46, at det ikke var nødvendigt at fastsætte en præcis tærskel for bindingen af markedet, at Retten ikke har tilsidesat sin begrundelsespligt, da den forkastede appellanternes ovennævnte argument.
- 49 Det andet anbringende må herefter forkastes i det hele.

Det tredje anbringende vedrørende en proceduremæssig fejl og en retlig fejl ved vurderingen af rabatterne med tilbagevirkende kraft (den appellerede doms præmis 258-272)

Parternes argumenter

- 50 Tomra m.fl. har anført, at Retten har begået en proceduremæssig fejl ved at foretage en urigtig gengivelse af de fremførte argumenter vedrørende rabatterne med tilbagevirkende kraft. Den appellerede dom er endvidere behæftet med en retlig fejl, for så vidt som Kommissionen ikke har godtgjort, at rabatterne med tilbagevirkende kraft medførte priser, der var lavere end omkostningerne.

- 51 Tomra m.fl. har anført, at Kommissionen ikke har undersøgt de omkostninger, som var relevante ved fastlæggelsen af det niveau, over hvilket appellanternes priser medførte ekskluderende virkninger. En sammenligning mellem priserne og omkostningerne ville have været afgørende ved vurderingen af rabatterne med tilbagevirkende krafts mulighed for at begrænse konkurrencen.
- 52 Appellanterne har ligeledes henvist til Kommissionens meddelelse med titlen »Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [...] artikel 82 [EF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd« (EUT 2009 C 45, s. 7, herefter »vejledningen«), idet de har gjort gældende, at det heraf netop fremgår, at der skal foretages en sådan sammenligning, når et påstået misbrug følger af en dominerende virksomheds priser.
- 53 Tomra m.fl. har præciseret, at Retten heller ikke har undersøgt, om de af appellanterne anvendte priser var lavere end kostprisen eller ej. Retten har særligt tilsidesat argumentet om, at Kommissionen for at fastslå, at rabatterne kunne have ekskluderende virkninger, burde have godtgjort, at prisen var så lav, at den lå under kostprisen.
- 54 Efter Kommissionens opfattelse skal tredje anbringende afvises, da det ikke er blevet gjort gældende ved Retten.
- 55 Hvad angår realiteten har Kommissionen gjort gældende, at anbringendet ikke er relevant, og at det under alle omstændigheder er ugrundet.
- 56 Kommissionen har anført, at selv hvis det antages, at appellanterne med rette kunne gøre gældende, at spørgsmålet om »negative priser« ikke var et centralt element i deres argumentation i første instans – hvilket ikke er tilfældet – har de ikke under appellen anfægtet Rettens konklusion om, at spørgsmålet om, hvorvidt konkurrenterne blev tvunget til at tilbyde »negative priser«, ikke var afgørende for konklusionen om, at den ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft, som Tomra-koncernen havde iværksat, var udtryk for misbrug.
- 57 Kommissionen har anført, at de omtvistede rabatter som regel finder anvendelse på mængder, der svarer til hver kundes samlede behov eller en stor andel heraf inden for en given referenceperiode.
- 58 Kommissionen har gjort gældende, at appellanterne har påberåbt sig en fejlagtig forståelse af den anfægtede beslutning, idet det antages, at godtgørelsen af, at der foreligger »negative priser«, var en forudgående betingelse for konstateringen af loyalitetsordningens karakter af misbrug.

Domstolens bemærkninger

- 59 Det skal først understreges, at det tredje anbringende særligt henviser til den påståede manglende undersøgelse i den appellerede dom af de argumenter, som appellanterne havde fremført i første instans vedrørende nødvendigheden af at sammenligne de af appellanterne anvendte priser med deres omkostninger.
- 60 Retten har således i den appellerede dom koncentreret sig om Kommissionens undersøgelse af Tomra-koncernens priser i forbindelse med de anvendte rabatter, og særligt spørgsmålet om, hvorvidt disse rabatter tvang konkurrenter til at anvende »negative priser« over for dennes kunder.
- 61 Appellanterne har således foreholdt Retten for det første at have behæftet den appellerede dom med en proceduremæssig fejl ved ikke at have undersøgt deres argumenter vedrørende forholdet mellem Tomra-koncernens omkostninger og dens priser, og for det andet at have begået en retlig fejl ved for så vidt angår realiteten ikke at have krævet, at Kommissionen, med hensyn til problemet, om

appellanternes rabatter har karakter af misbrug, skulle tage hensyn til betydningen af spørgsmålet om, hvorvidt de anvendte priser var lavere end deres gennemsnitlige marginale omkostninger på lang sigt eller ej.

- 62 Hvad angår spørgsmålet, om tredje anbringende skal antages til realitetsbehandling, bemærkes først, at det vedrører Rettens vurderinger i forbindelse med tredje led af andet og fjerde anbringende rejst i første instans, idet disse blev omgrupperet af Retten til ét samlet anbringende (jf. den appellerede doms præmis 198). Det pågældende led vedrørte de angiveligt urigtige og vildledende beviser og teorier, som Kommissionen havde lagt til grund for at vurdere evnen til at udelukke konkurrencen ved rabatter med tilbagevirkende kraft.
- 63 Retten har i denne forbindelse i den appellerede doms præmis 247 og 248 gengivet appellanternes argumentation for Retten, således som den fremgik af punkt 102-131 i stævningen i første instans.
- 64 Det fremgår af resuméet af den pågældende argumentation, at appellanterne navnlig havde gjort gældende, at Kommissionens teori om rabatterne med tilbagevirkende kraft var støttet på en betragtning om, at rabatterne med tilbagevirkende kraft gav Tomra-koncernen mulighed for at tilbyde »negative priser« eller »meget lave priser«. Det fremgår imidlertid af punkt 105 i stævningen i første instans, at Tomra m.fl. kritiserede Kommissionen for ikke at have undersøgt deres omkostninger. De har således anført, at Kommissionen i 165. betragtning til den anfægtede beslutning havde henvist til rabatter, der medfører »meget lave priser, muligvis endog negative priser«, men at den ikke havde undersøgt Tomra-koncernens omkostninger for at fastsætte det niveau, under hvilket priserne ville medføre udelukkelse eller være underbudspriser.
- 65 Henset til disse forhold skal det bemærkes, at argumentationen i tredje anbringende har været fremført tilstrækkeligt for Retten.
- 66 Heraf følger, at anbringendet skal antages til realitetsbehandling.
- 67 For så vidt angår realiteten bemærkes, at Kommissionen er af den opfattelse, at den manglende undersøgelse i den appellerede dom af argumentationen vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt Tomra-koncernens priser var lavere end deres gennemsnitlige marginale omkostninger på lang sigt, ikke har haft nogen indflydelse på den konklusion, som Retten nåede frem til vedrørende grundlaget for Kommissionens analyse af appellanternes rabatters karakter af misbrug.
- 68 Det er med rette, at Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 289, at det i forbindelse med beviset for, at der foreligger misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 102 TEUF, er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til formål at begrænse konkurrencen, eller at adfærden kan have denne virkning.
- 69 Hvad angår de rabatter, som en dominerende virksomhed tildeler sine kunder, har Domstolen understreget, at disse kan være i strid med artikel 102 TEUF, selv om de ikke svarer til nogen af de eksempler, der er nævnt i denne artikels stk. 2 (jf. i denne retning dommen i sagen British Airways mod Kommissionen, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).
- 70 For så vidt angår det tilfælde, at en dominerende virksomhed anvender en rabatordning, har Domstolen fastslået, at den pågældende virksomhed misbruger sin stilling, når den, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – i øvrigt uanset om denne indkøber for betydelige eller for mindre beløb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed (jf. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 461, præmis 89, og af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 71).

- 71 I denne forbindelse skal samtlige omstændigheder derfor tages i betragtning, navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke er begrundet i en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine forsyningskilder, har hindret konkurrenternes adgang til markedet eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen (jf. dommen i sagen *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen*, præmis 73).
- 72 Hvad angår nærværende sag fremgår det af den appellerede doms præmis 213, at en rabatordning skal betragtes som værende i strid med artikel 102 TEUF, hvis den har til formål at hindre, at den dominerende virksomheds kunder foretager indkøb hos konkurrerende producenter.
- 73 I modsætning til hvad appellanterne har gjort gældende, udgør opkrævningen af »negative priser«, dvs. priser under kostprisen, hos kunderne ikke en forudgående betingelse for at fastslå, at en dominerende virksomheds ordning med rabatter med tilbagevirkende kraft har karakter af misbrug.
- 74 Som Retten med rette har bemærket i den appellerede doms præmis 258, var tredje led af andet og fjerde anbringende rejst i første instans støttet på en urigtig forudsætning. Den omstændighed, at rabatordningerne med tilbagevirkende kraft tvinger konkurrenterne til at opkræve negative priser hos de af appellanternes kunder, der er begunstiget af en rabat, kan således ikke anses for at være en af de søjler, som den anfægtede beslutning er støttet på for at godtgøre, at appellanternes rabatordninger med tilbagevirkende kraft kan have konkurrencebegrænsende virkning. Retten har i øvrigt med rette bemærket i den appellerede doms præmis 259, at den anfægtede beslutning var støttet på en hel række andre overvejelser om appellanternes rabatter med tilbagevirkende kraft for at fastslå, at denne type praksis kunne udelukke konkurrenter i strid med artikel 102 TEUF.
- 75 Retten har i denne forbindelse nærmere bestemt bemærket, at det for det første fremgår af den anfægtede beslutning, at incitamentet til udelukkende eller næsten udelukkende at forsyne sig hos appellanterne er betydeligt større, når tærsklerne, som de af appellanterne anvendte, kombineres med en ordning, hvorefter fordelene forbundet med overskridelse af præmietærsklen eller en mere fordelagtig tærskel, alt efter omstændighederne, påvirker alle de køb, kunden foretager i den pågældende periode, og ikke udelukkende den købsmængde, der overstiger den pågældende tærskel (den appellerede doms præmis 260). For det andet udgjorde kombinationen af en særlig rabatordning for hver kunde og tærskler fastsat på grundlag af kundens skønnede behov og/eller den tidligere købsmængde et betydeligt incitament til at købe alle eller næsten alle de nødvendige maskiner hos appellanterne og forhøjede udgifterne til at skifte til en anden leverandør kunstigt for selv et lille antal enheder (den appellerede doms præmis 261 og 262). For det tredje fandt rabatter med tilbagevirkende kraft ofte anvendelse på nogle af Tomra-koncernens største kunder med henblik på at sikre sig deres loyalitet (jf. den appellerede doms præmis 263). Endelig har appellanterne ikke godtgjort, at deres adfærd var objektivt begrundet, eller at den skabte væsentlig øget effektivitet, som overvinder de konkurrencebegrænsende virkninger, der er skabt for forbrugerne (jf. den appellerede doms præmis 264).
- 76 Det fremgår således af de bemærkninger, der er anført i den appellerede doms præmis 260-264, som redegjort for ovenfor, at Retten er kommet frem til den konklusion, at tredje led af andet og fjerde anbringende rejst i første instans var baseret på en urigtig forudsætning på grund af beviskraften for så vidt angår den konkurrencebegrænsende karakter af den omhandlede rabatordning, ordningens særlige kendetegn uafhængigt af det præcise niveau for de anvendte priser.
- 77 Retten har således fulgt op på sin argumentation ved at bemærke i den appellerede doms præmis 266, at Kommissionen i den anfægtede beslutning for det første på ingen måde har anført, at ordningerne med rabatter med tilbagevirkende kraft systematisk førte til negative priser, og for det andet heller ikke har gjort gældende, at et sådant bevis er en forudgående betingelse for at fastslå, at disse rabatordninger udgør misbrug.

- 78 Retten har i denne forbindelse i den appellerede doms præmis 267 præciseret, at den udelukkelsesmekanisme, som rabatordningerne med tilbagevirkende kraft udgør, heller ikke kræver, at den dominerende virksomhed giver afkald på overskud, eftersom omkostningerne til rabatten er fordelt på et stort antal enheder. Ved tildelingen af en rabat med tilbagevirkende kraft kan den gennemsnitlige pris, den dominerende virksomhed opnår, meget vel være væsentligt højere end omkostningerne og skabe en stor gennemsnitlig fortjenstmargen. Imidlertid medfører rabatordningen med tilbagevirkende kraft, at den faktiske pris for kunderne for de sidste enheder er meget lav som følge af den afsmittende virkning. Retten har således forkastet appellanternes påstande om faktuelle fejl ved analysen i den anfægtede beslutning af det prisniveau, de anvendte, som værende irrelevante.
- 79 Retten har derfor med rette i det væsentlige fastslået i den appellerede doms præmis 269-271, at loyalitetsmekanismen lå i denne mulighed for leverandøren til at fortrænge sine konkurrenter ved at opsluge den andel af efterspørgslen, der er udsat for konkurrence. Når der foreligger et sådant forretningsinstrument, er det således ikke nødvendigt at foretage en vurdering af de konkrete virkninger af rabatterne på konkurrencen, idet det for at fastslå en tilsidesættelse af artikel 102 TEUF er tilstrækkeligt at godtgøre, at den omhandlede adfærd kan have sådanne virkninger, således som det er nævnt i denne doms præmis 68.
- 80 På denne baggrund kan den hævdede manglende undersøgelse i den appellerede dom af de argumenter, som appellanterne har fremført i første instans vedrørende nødvendigheden af at sammenligne de priser, som de har anvendt og deres omkostninger, som ligger til grund for såvel klagepunktet vedrørende en proceduremæssig fejl som klagepunktet vedrørende en retlig fejl, ikke behæfte den appellerede dom med en retlig fejl. Kommissionen har således godtgjort, at der foreligger misbrug af dominerende stilling på grundlag af andre betragtninger nævnt i den appellerede doms præmis 260-264, og Retten har med rette fastslået, at denne analyse var egnet og tilstrækkelig for at fastslå, at der forelå et sådant misbrug. Hverken Kommissionen eller Retten var således forpligtet til at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt Tomra-koncernens priser var lavere end deres gennemsnitlige marginale omkostninger på lang sigt eller ej, hvorfor dette anbringende ikke kan lægges til grund inden for rammerne af denne appelsag.
- 81 Appellanternes argumenter, hvorefter Kommissionens vejledning (jf. denne doms præmis 52) fastsætter, at der skal foretages en sammenlignende analyse af priser og omkostninger, kan ikke rejse tvivl ved denne vurdering. Som generaladvokaten har anført i punkt 37 i forslaget til afgørelse, kan meddelelsen, der blev offentliggjort i 2009, ikke være relevant for den retlige vurdering af en beslutning, såsom den anfægtede beslutning, der blev vedtaget i 2006.
- 82 Det følger i det hele af det ovenfor anførte, at det tredje anbringende skal forkastes.

Det fjerde anbringende vedrørende en retlig fejl og manglende begrundelse ved afgørelsen af, om aftaler, i hvilke appellanterne udpeges som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, kan betegnes som »eksklusivitetsaftaler« (den appellerede doms præmis 55-67)

Parternes argumenter

- 83 Tomra m.fl. har for det første anført, at Retten ikke har undersøgt eller givet en tilstrækkelig begrundelse for, om samtlige aftaler, hvori appellanterne blev kvalificeret som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører« af parterne, som Kommissionen har betragtet som eksklusivitetsaftaler, reelt tilsigtede, at appellanterne skulle være eneleverandører.
- 84 Tomra m.fl. har for det andet anført, at Retten har undladt at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt der i de aftaler, der ikke indeholdt en formel eksklusivitetsforpligtelse, fandtes andre incitament for appellanternes kunder til at købe udelukkende hos dem.

- 85 Kommissionen har gjort gældende, at det fjerde anbringende skal afvises, for så vidt som det anfægter Rettens vurdering af faktiske omstændigheder. Dette appelanbringende anfægter blot Rettens konstatering af, at de aftaler, der udpeger appellanterne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, medfører en eksklusivitetsforpligtelse. Spørgsmålet om, hvorvidt disse aftaler blev opfattet af parterne som en sådan forpligtelse, er et faktisk spørgsmål, som skal behandles på grundlag af de beviser, der er til rådighed, og ikke på grundlag af nationale retsregler vedrørende sådanne aftaler.
- 86 Kommissionen har understreget, at Retten ligeledes har undersøgt spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede aftaler indeholdt andre incitamenter til at handle udelukkende hos Tomra-koncernen. Det drejer sig i øvrigt om et nyt anbringende, som ikke kan antages til realitetsbehandling under appellen.
- 87 Kommissionen har endelig gjort gældende, at fjerde anbringende ikke opfylder kravene i artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement. Den eneste passage i appelskriftet, hvor appellanterne henviser til de aftaler, der udpeger Tomra m.fl. som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, er en fodnote, som blot anfører et begrænset antal aftaler uden nogen forklaring. En sådan fremstilling kan ikke anses for at være et tilstrækkeligt begrundet anbringende i overensstemmelse med ovennævnte bestemmelse i procesreglementet.

Domstolens bemærkninger

- 88 Med det fjerde anbringende har appellanterne rejst tvivl ved for det første Rettens vurderinger vedrørende den omstændighed, at de omtvistede aftaler, som udpeger appellanterne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, reelt tilsigter, at appellanterne skulle være eneleverandører, og for det andet Rettens manglende undersøgelse af spørgsmålet om, hvorvidt der i de aftaler, der ikke indeholdt en formel eksklusivitetsforpligtelse, fandtes andre mekanismer, såsom mængdeforpligtelser eller rabatter, som skulle tilskynde Tomra-koncernens kunder til at købe hos den.
- 89 Det bemærkes i denne forbindelse, at anbringendet angår Rettens vurderinger vedrørende de særlige kendetegn ved kontraktforholdet mellem appellanterne og deres kunder. Kommissionen har i den anfægtede beslutning vurderet disse kendetegn, idet den har taget hensyn til en lang række faktiske omstændigheder, som gjorde sig gældende med hensyn til disse kontraktforhold.
- 90 Retten har i den appellerede doms præmis 57 fastslået, at det er på grundlag af de beviser, som Kommissionen havde til rådighed, at den i den anfægtede beslutning kvalificerede de forskellige aftaler som appellanterne havde indgået, som »eksklusive« eller »foretrukne«, og at aftalerne blev forstået således, uafhængigt af om de var eksigible i henhold til national ret.
- 91 Retten har i denne forbindelse som eksempel i den appellerede doms præmis 58-66 og 88-197 foretaget en lang række vurderinger vedrørende de forretningsmæssige forhold mellem Tomra-koncernen og dens kunder. Retten har herved undersøgt appellanternes argumenter vedrørende disse forholds kendetegn tilbundsgående, samtidig med at den har fundet dem uden relevans, for så vidt angår Kommissionens kvalificering af de pågældende forhold.
- 92 Alle disse vurderinger vedrørte, således som generaladvokaten har anført i punkt 60 i forslaget til afgørelse, virkningerne af Tomra-koncernens praksis og de beviser, der var fremlagt for Retten i denne henseende, særligt for så vidt angår de mekanismer, der skulle give de forskellige kunder incitament til at købe udelukkende hos appellanterne.
- 93 Det følger heraf, at appellanternes argumentation herom tilsigter at rejse tvivl ved Rettens vurderinger af de faktiske omstændigheder.

- 94 Det er alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den behandler, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, der er fremlagt for den, er følgelig ikke, medmindre de er gengivet urigtigt, et retsspørgsmål, der som sådan er undergivet Domstolens prøvelsesret under en appelsag (jf. dom af 21.6.2001, forenede sager C-280/99 P – C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4717, præmis 78, og af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 48 og 49).
- 95 Det skal tilføjes, at appellanterne ikke har gjort gældende, at Retten skulle have foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder i forbindelse med sine vurderinger.
- 96 Det følger ligeledes af ovenstående, at Retten i modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, detaljeret har undersøgt, om de omtvistede aftaler indeholdt incitaments til udelukkende at købe hos Tomra-koncernen, hvorfor den appellerede dom ikke er behæftet med manglende begrundelse på dette punkt.
- 97 Hvad endelig angår argumentet om, at Retten burde have taget hensyn til andre incitamentsforhold for appellanternes kunder, bemærkes, at som generaladvokaten har anført i punkt 71 og 72 i forslaget til afgørelse, var Retten ikke forpligtet til at undersøge dette argument i forbindelse med de klagepunkter, der var fremført for den.
- 98 Det følger heraf, at argumentet skal betragtes som en nyt retligt anbringende.
- 99 Det følger af Domstolens praksis, at en anerkendelse af en adgang for en part til først for Domstolen at fremføre et anbringende, som parten ikke har fremført for Retten, ville være ensbetydende med at give parten ret til at forelægge Domstolen – der har en begrænset kompetence i appelsager – en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet ved Retten (jf. dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 59).
- 100 Følgelig må det fjerde anbringende afvises.

Det femte anbringende vedrørende en retlig fejl ved undersøgelsen af bøden, henset til princippet om ligebehandling (den appellerede doms præmis 310-321)

Parternes argumenter

- 101 Tomra m.fl. har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at pålægge appellanterne en bøde, der er væsentlig højere end den bøde, der er pålagt andre virksomheder i en tilsvarende situation.
- 102 Kommissionen er af den opfattelse, at appellanternes argument ikke er retligt begrundet. Kommissionens tidligere beslutningspraksis kan ikke selv bruges som retlig ramme for bøderne på konkurrenceområdet.
- 103 Kommissionen har anført, at den overtrædelse, som appellanterne kritiseres for, var entydig og begået forsætligt. Der var ingen særlige omstændigheder, som kunne begrunde en nedsættelse af bøden. Bødens grundbeløb, som blev fastsat til 16 mio. EUR, lå inden for intervallet fastsat for alvorlige overtrædelser.

Domstolens bemærkninger

- 104 Det bemærkes, at Domstolen flere gange har fastslået, at Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke udgør den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet, og at beslutninger vedrørende andre sager alene er af vejledende karakter for så vidt angår forekomsten af forskelsbehandling (jf. dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 205, og af 24.9.2009, forenede sager C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P og C-137/07 P, Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8681, præmis 233).
- 105 Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan ikke berøve den mulighed for at forhøje dette niveau, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Unionens konkurrencepolitik, idet denne alene er defineret ved Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1) (jf. i denne retning dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 227).
- 106 Domstolen har således understreget, at for at denne politik kan gennemføres effektivt, må Kommissionen til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikens krav (jf. dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 109).
- 107 Det skal tilføjes, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (jf. dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33).
- 108 Det er således med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 314 forkastede appellanternes argument om sammenligningen af den bøde, Tomra-koncernen blev pålagt, og de bøder, Kommissionen har pålagt ved andre beslutninger på konkurrenceområdet.
- 109 Under disse omstændigheder har Retten ikke under sin vurdering vedrørende størrelsen af den pålagte bøde tilsidesat princippet om ligebehandling.
- 110 Appellanternes femte anbringende i appelsagen kan derfor ikke lægges til grund.
- 111 På grundlag af det ovenfor anførte bør appellen forkastes i det hele.

Sagens omkostninger

- 112 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af samme reglements artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da appellanterne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

- 1) **Appellen forkastes.**
- 2) **Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB og Tomra Butikksystemer AS betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter