

DOMSTOLENS BESLUT (sjätte avdelningen)
den 28 september 2006 *

I mål C-552/03 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 24 december 2003,

Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd, tidigare Van den Bergh Foods Ltd, Dublin (Irland), företrätt av M. Nicholson och M. Rowe, solicitors, biträdda av M. Biesheuvel och M. De Grave, advocaten, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av W. Wils, B. Doherty och A. Whelan, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

* Rättegångsspråk: engelska.

Masterfoods Ltd, Dublin, företrätt av P. Collins och M. Levitt, solicitors,

Richmond Ice Cream Ltd, tidigare Richmond Frozen Confectionery Ltd, Northallerton (Förenade kungariket), företrätt av I. Forrester, QC, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J. Malenovský samt domarna J.-P. Puissochet (referent) och U. Löhmus,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: R. Grass,

och efter att ha hört generaladvokaten,

följande

Beslut

- ¹ Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd, tidigare Van den Bergh Foods Ltd och ytterligare dessförinnan HB Ice Cream Ltd (nedan kallat HB) har yrkat att domstolen skall upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt

den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen (REG 2003, s. II-4653) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade förstainstansrätten klagandens talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 98/531/EG av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget (Ärendena nr IV/34.073, nr IV 34.395 och nr IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EGT L 246, s. 1) (nedan kallat det ifrågasatta beslutet). HB har även vid domstolen i första hand yrkat att domstolen skall ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet eller i andra hand att målet skall återförvisas till förstainstansrätten.

Bakgrund till tvisten

- 2 Bakgrunden till tvisten samt det ifrågasatta beslutet, förfarandet och yrkandena vid förstainstansrätten sammanfattas i punkterna 2–40 i den överklagade domen som det hänvisas till. Det väsentligaste kan utläsas ur de punkter i domen som återges nedan:

”2 [HB] är ett helägt dotterbolag i Unileverkoncernen och den största tillverkaren av glass i Irland, särskilt när det gäller individuellt förpackad lösglass. Sedan ett antal år tillbaka tillhandahåller HB sina detaljhandlare frysdiskar utan kostnad eller mot en obetydlig hyra. HB har förbehållit sig äganderätten till frysdiskarna, och tillhandahållandet sker under förutsättning att de används enbart för förvaring av glass tillverkad av HB (nedan kallad exklusivitetsklausulen). Enligt standardavtalet avseende frysdiskar kan det sägas upp av endera parten efter en uppsägningstid av två månader. HB underhåller frysdiskarna på egen bekostnad, utom vid oaktsamhet från detaljhandlarens sida.

- 3 Masterfoods Ltd (nedan kallat Mars) är ett dotterbolag till det amerikanska bolaget Mars Inc., som tog sig in på den irländska glassmarknaden år 1989.

- 4 Under sommaren 1989 började många detaljhandlare som HB tillhandahållit frysdiskar att förvara och visa Mars produkter i dessa. HB krävde då att exklusivetsklausulen skulle efterlevas.”

- 3 Detta gav upphov till en tvist mellan Mars och HB vid irländska domstolar och som efter en begäran om förhandsavgörande från Supreme Court (Irland) resulterade i domstolens dom av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Materfoods och HB (REG 2000, s. I-11369).

- 4 Förstainstansrätten fastslog i den överklagade domen också följande:

”9 Samtidigt med förfarandet vid de irländska domstolarna inkom Mars den 18 september 1991 med ett klagomål mot HB till kommissionen med stöd av artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Detta klagomål avsåg att HB tillhandahöll ett stort antal detaljhandlare frysdiskar som endast fick användas för produkter av detta märke.

- 10 Även Valley Ice Cream (Irland) Ltd lämnade den 22 juli 1992 ett klagomål mot HB till kommissionen.

- 11 I sitt meddelande om anmärkningar till HB av den 29 juli 1993 angav kommissionen att bolagets distributionssystem stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget [nu artiklarna 81 EG och 82 EG] ...

- 12 Efter ett antal möten med kommissionen föreslog HB, som alltjämt inte delade kommissionens uppfattning, vissa förändringar, bland annat av sitt distributionssystem, i syfte att det skulle undantas enligt artikel 85.3 i fördraget. Den 8 mars 1995 informerade HB kommissionen om dessa ändringar. Kommissionen angav i ett pressmeddelande av den 10 mars 1995 preliminärt att HB skulle erhålla ett sådant undantag. Den 15 augusti 1995 offentliggjorde kommissionen ett meddelande enligt artikel 19.3 i förordning nr 17. Meddelandet publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT C 211, s. 4).

- 13 Eftersom kommissionen emellertid inte ansåg att ändringarna medfört det önskade resultatet avseende fritt tillträde till försäljningsställena, lämnade kommissionen den 22 januari 1997 HB ett nytt meddelande om anmärkningar ... HB yttrade sig angående dessa anmärkningar.

- 14 Kommissionen antog den 11 mars 1998 det omtvistade beslutet.

- ...

- 15 Kommissionen angav i det omtvistade beslutet att HB:s distributionsavtal med exklusivitetsklausulen inte var förenligt med artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Kommissionen definierade den relevanta produktmarknaden som individuellt förpackad lösglass, och den relevanta geografiska marknaden som Irland (skälen 138 och 140). Den konstaterade att HB:s ställning på den relevanta marknaden var särskilt stark, vilket visas bland annat av dess marknadsandel under många år (se punkt 21 nedan). Denna styrkeposition återspeglas även i andelarna av den numeriska (79 procent) och vägda (94 procent) distributionen för de ifrågakvarande produkterna under månaderna augusti och september 1995, av varumärkets styrka samt omfattningen av och

populariteten för dess produktsortiment. HB:s ställning på lösglassmarknaden stärks ytterligare av Unilevers starka ställning, inte endast på de andra glassmarknaderna i Irland (hemglass och restauration), utan också på de internationella glassmarknaderna och på marknaderna för frysta livsmedel och konsumtionsvaror i allmänhet (skäl 141).

- 16 Kommissionen anförde att HB:s distributionsavtal avseende frysdiskar hos detaljhandlarna tillsammans medförde en begränsning av de avtalslutande detaljhandlarnas förmåga att i sina försäljningsställen lagra och saluföra lösglass från konkurrerande leverantörer, i de fall då de enda frysdiskar för lagring av lösglass i försäljningsställena har tillhandahållits av HB, de installerade frysdiskarna från HB sannolikt inte kommer att ersättas av frysdiskar ägda av detaljhandlarna eller av frysdiskar från konkurrenter och det inte är ekonomiskt genomförbart att avdela utrymme för installation av ytterligare en frysdisk. Denna begränsning har till följd att de konkurrerande leverantörerna är förhindrade att sälja sina produkter på dessa försäljningsställen och konkurrensen mellan leverantörer på den relevanta marknaden därmed begränsas (skäl 143). ... Bedömningen av den begränsande effekten gjordes mot bakgrund av effekten av alla liknande nät av frysdiskavtal som andra glassleverantörer hade på den relevanta marknaden samt mot bakgrund av eventuella ytterligare relevanta marknadsförhållanden (skälen 144 och 145).

- 17 Kommissionen kvantifierade därefter, för att visa deras betydelse, de restriktiva verkningarna av HB:s distributionsavtal. Den framhöll därvid att den begränsande effekten av ett nät av frysdiskavtal enligt vilka leverantören tillhandahåller en frysdisk på villkor att endast produkter från denna leverantör får lagras i den följer av det med nödvändighet begränsade utrymmet för försäljningsställena i detaljhandeln. ...

- 18 Kommissionen anförde att endast en liten del av de irländska detaljhandlarna, närmare bestämt 17 procent enligt Lansdowneundersökningen, har frysdiskar

utan exklusivitetsvillkor. ... Hos de återstående detaljhandlarna, som utgör 83 procent enligt Lansdowneundersökningen, har frysdiskar installerats av leverantörerna. Till dessa försäljningsställen har leverantörer som inte redan har frysdiskar på plats i dem inte tillträde utan att övervinna betydande hinder. På så sätt är sådana nytillkommande utestängda från dessa försäljningsställen. Fastän utestängningen inte är absolut i den meningen att detaljhandlaren genom avtal är förhindrad att sälja andra leverantörers produkter, kan försäljningsstället betecknas som stängt i den meningen att tillträde för konkurrerande leverantörer [i hög grad har försvårats] (skäl 149).

- 19 Kommissionen konstaterade att på ca 40 procent av alla försäljningsställen i Irland har HB tillhandahållit de enda frysdiskar för lagring av lösglass som finns installerade (skäl 156). En leverantör som önskar få tillträde för försäljning av sina lösglassprodukter i ett försäljningsställe i detaljhandeln (dvs. en nytillkommande till försäljningsstället) där det finns åtminstone en frysdisk med exklusivitetsvillkor kan endast få detta om försäljningsstället i fråga har frysdiskar utan exklusivitetsvillkor ... eller om leverantören kan övertyga detaljhandlaren att antingen ersätta en installerad frysdisk med exklusivitetsvillkor eller installera ytterligare en frysdisk vid sidan av redan installerade frysdiskar (skäl 157). Kommissionen bedömde (i skälen 158–183) på grundval av Lansdowneundersökningen att det var föga troligt att detaljhandlarna skulle vidta någon av dessa åtgärder ifall HB redan hade tillhandahållit en (eller flera) frysdiskar, och att 40 procent av detaljhandlarna i fråga var bundna till HB (skäl 184). Följaktligen hade konkurrerande leverantörer, i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget, utestängts från dessa försäljningsställen.

- 20 Kommissionen slog vidare fast i det omtvistade beslutet att avtalen med exklusiviteitsklausulen inte var berättigade till undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget, eftersom de inte bidrog till att förbättra distributionen av varor (skälen 222–238), att konsumenterna inte tillförsäkrades en skäligen andel av den vinst som uppnås (skälen 239 och 240), att de inte var oundgängliga för att

uppnå de påstådda fördelarna och att de gjorde det möjligt för HB att sätta konkurrensen ur spel på en stor del av den relevanta marknaden (skälen 242–246).

- 21 Vad gäller tillämpningen av artikel 86 i EG-fördraget anförde kommissionen att HB hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, eftersom det under lång tid haft en volym- och värdeandel på mer än 75 procent av den relevanta marknaden (skälen 259 och 261).

- 22 Kommissionen angav att HB missbrukar, i strid mot artikel 86, sin dominerande ställning på den relevanta marknaden genom att företaget uppmuntrar detaljhandlare ... som inte har frysdiskar för lagring av lösglass som de antingen själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glassleverantör än HB, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor, och att [d]enna uppmuntran tar sig formen av ett erbjudande att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare och att underhålla dem utan någon direkt kostnad för dessa detaljhandlare (skäl 263).”

Den överklagade domen

- 5 HB har i punkt 41 i den överklagade domen åberopat sju grunder till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring. Den första är att förstainstansrätten gjort uppenbart oriktiga bedömningar av de faktiska omständigheterna, vilket lett till en felaktig rättstillämpning. Den andra är att artikel 85.1 i EG-fördraget har åsidosatts. Den tredje är att artikel 85.3 i EG-fördraget har åsidosatts. Den fjärde är att artikel 86 i EG-fördraget har åsidosatts. Den femte är att äganderätten inte har respekterats, vilket medfört att allmänna rättsprinciper och artikel 222 i EG-fördraget har åsidosatts (nu artikel 295 EG). Den sjätte är att artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) har åsidosatts. Den sjunde är att de grundläggande principerna för gemenskapsrätten och väsentliga formföreskrifter har åsidosatts.

- 6 Förstainstansrätten prövade HB:s två första grunder gemensamt. HB gör här gällande att kommissionen har begått ett antal uppenbara fel när den bedömde huruvida, och i vilken omfattning, det förelåg en avskärmning av den relevanta marknaden på grund av distributionsavtalen mellan HB och de irländska detaljhandlarna (nedan kallade distributionsavtalen).
- 7 Förstainstansrätten fann i punkt 80 i den överklagade domen att rätten för det första skall pröva huruvida kommissionen har visat att exklusivitetsklausulen i praktiken medförde en exklusiv inköpsförpliktelse begränsad till vissa försäljningsställen och huruvida kommissionens bedömning av graden av avskärmning av den relevanta marknaden var korrekt. Förstainstansrätten uttalade för det andra, att om så är fallet, skall det prövas huruvida avskärmningen är så omfattande att den innebär en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget. Förstainstansrätten konstaterade i detta sammanhang i punkt 82 i den överklagade domen att den inte endast kan pröva exklusivitetsklausulens verkningar i sig eller endast pröva de avtalsmässiga begränsningar som distributionsavtalen medför för de enskilda detaljhandlarna. I punkt 83 i domen uttalade förstainstansrätten följande:

”Vid prövningen av huruvida HB:s distributionsavtal omfattas av förbudet i artikel 85.1 i EG-fördraget, skall det enligt rättspraxis prövas huruvida alla liknande avtal på den relevanta marknaden och övriga omständigheter i dessa avtals ekonomiska och rättsliga sammanhang visar att avtalens kumulativa verkan är att hindra nya konkurrenters tillträde till marknaden. Om det visar sig att så inte är fallet, skall de enskilda avtal som ingår i avtalsnätet inte anses skada konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget. Om det däremot visar sig att det är svårt att få tillträde till marknaden skall det undersökas i vilken utsträckning de omtvistade avtalen bidrar till den kumulativa verkan, med hänsyn till att det bara är de avtal som i väsentlig mån bidrar till en eventuell avskärmning av marknaden som är förbjudna ... [se domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935, punkterna 23 och 24; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65, och förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen, REG 1995, s. II-1533, punkt 99].”

- 8 Förstainstansrätten fastslog i punkt 86 i den överklagade domen, eftersom de uppgifter i studien som kommissionen grundat sin bedömning på inte ifrågasatts, att det endast är 17 procent av försäljningsställena för lösglass som har en egen frysdisk och således har möjlighet att lagra glass från vilken tillverkare som helst. Hos övriga detaljhandlare, som utgör 83 procent av samtliga handlare, ägs frysdiskarna av den som tillhandahåller glassen och det är då endast leverantörens glass som får förvaras i frysdiskarna. Enligt de handlingar som förstainstansrätten har grundat sin bedömning på kommer dessutom mer än 60 procent av de frysdiskar som tillhandahållits av en tillverkare från HB.
- 9 Förstainstansrätten fastslog likaså i punkt 87 i den överklagade domen att de försäljningsställena som är viktigast för försäljningen av lösglass har små ytor och följaktligen särskilda svårigheter att installera ytterligare en frys. Förstainstansrätten underkände i detta sammanhang HB:s invändningar att kommissionen hade överskattat detaljhandlarnas utrymmesbegränsningar. Förstainstansrätten godtog i punkterna 89 och 90 i den överklagade domen kommissionens bedömning att HB:s tillhandahållande av frysdiskar utan kostnad, populariteten hos HB:s varor samt omfattningen av HB:s sortiment samt de fördelar som försäljningen av dess varor innebar inte gav de detaljhandlare som endast hade en eller flera frysdiskar som tillhörde HB något skäl att ändra sin situation, vilket ytterligare underströk HB:s dominerade ställning på marknaden.
- 10 Förstainstansrätten stödde sig i punkterna 93–98 i den överklagade domen, för att visa att exklusivitetsklausulen innebar en konkurrensbegränsning, på flera faktiska omständigheter, bland annat att Mars, under det år som exklusivitetsklausulen inte respekterades av detaljhandlarna, uppnådde en marknadsandel på 42 procent som sjönk till under 20 procent efter High Courts (Irland) beslut år 1990 som gick Mars emot, och i vilket Mars förbjöds att uppmana detaljhandlarna att lagra dess glassar i HB:s frysdiskar. Förstainstansrätten fastslog således följande i punkt 98 i den överklagade domen:

”Det var även korrekt av kommissionen att, avseende särdragen hos de ifrågavarande varorna och det förevarande ekonomiska sammanhanget, slå fast att HB:s nät av

distributionsavtal och tillhandahållande av frysdisk utan kostnad med användning av exklusivitetsklausulen haft en påtagligt avhållande verkan på detaljhandlarna när det gäller installation av en egen frysdisk eller en frysdisk från en annan tillverkare, och att den i praktiken bundit de försäljningsställen som endast haft tillgång till en frysdisk från HB, det vill säga 40 procent av den relevanta marknaden. Även om de detaljhandlare som endast haft tillgång till HB:s frysdisk teoretiskt haft möjlighet att sälja glassar från andra tillverkare, har exklusivitetsklausulen nämligen begränsat detaljhandlarnas affärsmässiga frihet och fått dem att välja att sälja HB:s varor på sina försäljningsställen.”

11 Förstainstansrätten godtog dessutom inte, i punkterna 99–104 i den överklagade domen, HB:s olika invändningar att de försäljningsställen som var stängda från konkurrens från annan glass än den som tillhandahölls av HB inte utgjorde 40 procent av försäljningsställena, som kommissionen bedömde i det ifrågasatta beslutet, utan endas. 6 procent, vilket inte medförde någon märkbar begränsning av konkurrensen på den relevanta marknaden.

12 Förstainstansrätten tillfogade följande i punkt 105 i den överklagade domen:

”HB har uppgett att den ensamrätt till frysdiskar som följer av exklusivitetsklausulen inte skall anses utgöra en ensamrätt till försäljningsstället eftersom detaljhandlarna har möjlighet att när som helst säga upp sitt distributionsavtal med HB. Denna möjlighet utgör emellertid inte på något sätt ett hinder mot den faktiska tillämpningen av ifrågasatt avtal så länge den inte utnyttjats. Bedömningen av avtalens faktiska verkan på den relevanta marknaden skall således ske utifrån faktisk löptid (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 111). Såsom kommissionen visat ... sägs HB:s distributionsavtal i genomsnitt upp vart åttonde år. Vad HB anfört om möjligheten att säga upp distributionsavtal medför således inte någon annan bedömning, eftersom denna möjlighet inte bidrar till att minska graden av avskärmning av marknaden.”

- 13 Förstainstansrätten godtog inte heller HB:s invändning att ett åsidosättande av artikel 85.1 i fördraget endast kan slås fast efter att det har visats, med tillämpning av en "rule of reason", huruvida en eventuell begränsning av detaljhandlarnas handlingsfrihet faktiskt medförde en konkurrensbegränsning.
- 14 Förstainstansrätten fastslog vidare i punkterna 108–111 i den överklagade domen att utöver HB:s del av distributionsavtalsnätet som omfattar omkring 40 procent av samtliga försäljningsställen på marknaden så avskärmar också de avtalsnät som andra glassleverantörer än HB har skapat på den relevanta marknaden denna marknad, såtillvida att detaljhandlarna underkastas liknande villkor även om dessa leverantörer varken har samma ställning eller samma popularitet som HB på den relevanta marknaden. Förstainstansrätten fastslog således att avtalsnäten i realiteten omfattar 83 procent av den relevanta marknaden.
- 15 Förstainstansrätten fastslog också i punkterna 113–118 i den överklagade domen att utöver den bundenhet som följer av distributionsavtalsnäten visar övriga omständigheter avseende det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket dessa avtalsnät ingår att distributionsavtalen kan påverka konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget, och att de väsentligt bidrar till en avskärmning av den relevanta marknaden, genom bland annat den investering det innebär att köpa ett större antal frysdiskar till försäljningsställena för att säkerställa en jämn distribution av leverantörens varor och den omständigheten att andra lösglassleverantörer endast har mycket begränsade marknadsandelar på den relevanta marknaden.
- 16 Förstainstansrätten godtog således inte den första eller den andra grunden som HB anfört till stöd för sin talan.

- 17 Vad beträffar den tredje grund som HB anfört och som avser huruvida det har skett en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget, fann förstainstansrätten i punkt 138 i den överklagade domen att kommissionen har prövat HB:s distributionsavtal mot bakgrund av vart och ett av de fyra villkor som anges i artikel 85.3 i EG-fördraget.
- 18 Vad beträffar det första villkoret, att undantag kan medges från förbudet i artikel 85.1 för avtal som "bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande", påpekade förstainstansrätten i punkt 139 i den överklagade domen följande:

"En sådan förbättring kan [inte] anses liktydig med alla de fördelar som parterna genom avtalet kan uppnå inom sin produktions- eller distributionsverksamhet. Förbättringen skall särskilt innebära väsentliga objektiva fördelar som kan kompensera de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (se domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, 502; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277 och domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 180).

- 19 Förstainstansrätten fann i punkterna 140 och 141 i den överklagade domen att kommissionen följaktligen med rätta beaktat de hinder för den relevanta marknaden som exklusivitetsklausulen innebar och den försvagning av konkurrensen som detta medförde när den bedömde distributionsavtalen mot bakgrund av det första villkoret i artikel 85.3 i fördraget. Förstainstansrätten påpekade i punkt 142 i den överklagade domen att de fördelar som säkerställdes genom dessa avtal och som bestod i att detaljhandlarna tillhandahölls frysdiskar utan kostnad även kan uppnås utan exklusivitetsklausulen.

- 20 Förstainstansrätten fann även i punkt 143 i den överklagade domen att kommissionens bedömning, att det inte är sannolikt att HB skulle upphöra att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlarna om dess möjlighet att föreskriva en exklusivitetsklausul för dessa frysdiskar begränsades, inte var uppenbart felaktig.
- 21 Eftersom det första villkoret i artikel 85.3 i fördraget inte är uppfyllt fann förstainstansrätten i punkt 144 i den överklagade domen att talan inte skall bifallas på den tredje grund som HB har anfört till stöd för sin talan.
- 22 Vad beträffar den fjärde grund som HB anfört och som avser frågan huruvida artikel 86 i fördraget har tillämpats felaktigt, godtog förstainstansrätten i punkt 156 i den överklagade domen kommissionens bedömning att HB är en oundgänglig handelspartner för många detaljhandlare på den relevanta marknaden och att HB har en dominerande ställning på denna marknad. Förstainstansrätten uttalade således i punkt 158 i den överklagade domen att det åvilar HB en särskild skyldighet att inte genom sitt agerande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den relevanta marknaden.
- 23 Förstainstansrätten erinrade i punkt 159 i den överklagade domen om att även om det är en allmänt tillämpad affärsmetod på den relevanta marknaden att tillhandahålla frysdiskar med förbehåll om ensamrätt, vilket inte kan förbjudas i en normal konkurrenssituation, gäller inte denna bedömning när konkurrensen på denna marknad till följd av ett företags dominerande ställning redan är begränsad. Förstainstansrätten fann således att kommissionen hade fog för sin bedömning att HB missbrukat sin dominerande ställning på marknaden genom att förmå sina detaljhandlare att godta avtal om tillhandahållande av frysdiskar med förbehåll om ensamrätt.

- 24 Förstainstansrätten godtog inte i punkt 161 i den överklagade domen invändningen som huvudsakligen härrör från generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande inför dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), eftersom kommissionen i det ifrågasatta beslutet inte påstod att HB:s frysdiskar utgjorde ett ”väsentligt medel” och att det inte är nödvändigt för HB att överlåta tillgångar eller att träffa avtal med andra än dem företaget väljer.
- 25 Förstainstansrätten godtog inte heller i punkt 162 i den överklagade domen HB:s invändning att kommissionen i sin bedömning av artikel 86 i fördraget endast återanvände de omständigheter som utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget.
- 26 Vad beträffar den femte grunden, nämligen huruvida kommissionen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att inte ha respekterat äganderätten och genom att ha åsidosatt artikel 222 i fördraget, fann förstainstansrätten i punkt 171 i den överklagade domen att HB inte berövas äganderätten till frysdiskarna genom det ifrågasatta beslutet och att HB inte hindras att hyra ut dessa på affärsmässiga villkor och från att exploatera sina tillgångar kommersiellt. Det ifrågasatta beslutet inskränker således inte heller HB:s utövande av äganderätten till sin egendom.
- 27 Förstainstansrätten godtog inte heller i punkt 172 i den överklagade domen HB:s invändning om de olägenheter som uttagandet av en särskild hyra för dess frysdiskar skulle medföra för företaget. Förstainstansrätten godtog inte heller HB:s invändning att företaget skulle hamna i en sämre ställning än konkurrenterna, som kunde fortsätta att tillhandahålla frysdiskar utan kostnad för detaljhandlarna. Förstainstansrätten framföll att HB:s distributionsavtal, i motsats till konkurrenternas, väsentligt bidrar till avskärmningen av den relevanta marknaden och dessutom är en del i en av marknadsaktörernas dominerande ställning.

- 28 Förstainstansrätten godtog inte den sjätte grund som HB anført till stöd för sin talan och som avsåg frågan huruvida artikel 190 i fördraget har åsidosatts. Förstainstansrätten påpekade särskilt, i punkt 178 i den överklagade domen, att kommissionen har lämnat en tillfredsställande förklaring till varför den ändrat sin ursprungligen positiva bedömning i meddelandet av den 15 augusti 1995, nämligen att de förändringar av distributionssystemet som HB föreslagit inte skulle ha medfört det förväntade fria tillträdet till försäljningsställena.
- 29 Förstainstansrätten godtog inte heller den sjunde grund som anförts av HB till stöd för sin talan och som avsåg frågan huruvida grundläggande gemenskapsrättsliga principer har åsidosatts.
- 30 Förstainstansrätten godtog inte, i punkterna 193 och 194, HB:s invändning att berättigade förväntningar har åsidosatts genom att bland annat påpeka att kommissionen inte har lämnat HB några tydliga försäkringar angående konsekvenserna av de åtaganden som meddelats i skrivelsen av den 8 mars 1995 och att meddelandet av den 15 augusti 1995 endast utgjorde en preliminär bedömning från kommissionens sida som kan ändras bland annat för att beakta tredjemans synpunkter.
- 31 Förstainstansrätten godtog dessutom inte, i punkterna 197–200 i den överklagade domen, HB:s invändningar att subsidiaritetsprincipen, principen om skyldigheten till lojalt samarbete samt rättssäkerhetsprincipen har åsidosatts.
- 32 Förstainstansrätten fann, i punkt 202 i den överklagade domen, att det ifrågasatta beslutet inte innebar någon omotiverad eller oproportionerlig begränsning av HB:s äganderätt till sina frysdiskar och inte heller utgjorde någon godtycklig eller diskriminerande begränsning av dess förmåga att konkurrera med andra leverantörer. Förstainstansrätten godtog dessutom inte, i punkt 205 i den överklagade domen, HB:s invändning att artikel 4 i det ifrågasatta beslutet, där kommissionen uppmanade HB att genast upphöra med sina fastställda överträdelser och att inte vidta några åtgärder med motsvarande syfte eller verkan, skulle vara oproportionerlig.

- 33 Förstainstansrätten godtog, i punkt 207 i den överklagade domen, inte HB:s invändning att väsentliga formföreskrifter och motiveringskyldigheten har åsidosatts i det ifrågasatta beslutet. Rätten godtog inte heller invändningen att det var nödvändigt att förlänga förhandlingarna för att hitta en lösning med anledning av att 1995 års uppgörelse gått omstyr.
- 34 Förstainstansrätten ogillade således HB:s talan i dess helhet och förpliktade HB att ersätta kommissionens rättegångskostnader. Förstainstansrätten beslutade även att Mars och Richmond Icke Cream Ltd (nedan kallat Richmond) skulle bära sina egna rättegångskostnader.

Partenas yrkanden

- 35 HB har yrkat att domstolen skall
- i dess helhet eller till viss del upphäva den överklagade domen, med undantag från punkt 3 i domslutet, enligt vilken Mars och Richmond förpliktades att bära sina egna rättegångskostnader,
 - ogiltigförklara kommissionens beslut i dess helhet eller till viss del, eller i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten,
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

- 36 Kommissionen har yrkat att överklagandet skall avvisas eller ogillas och att HB skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i domstolen.
- 37 Mars och Richmond har likaså yrkat att överklagandet skall avvisas eller ogillas och att HB skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Bedömning av överklagandet

- 38 I enlighet med artikel 119 i domstolens rättegångsregler kan domstolen, om det är uppenbart att överklagandet helt eller delvis inte kan tas upp till prövning, eller om överklagandet helt eller delvis är uppenbart ogrundat, vid varje tidpunkt, med referentens rapport som underlag och efter att ha hört generaladvokaten, avvisa eller ogilla överklagandet helt eller delvis genom motiverat beslut.

Den första grunden: frågan huruvida artikel 85.1 i fördraget har åsidosatts

- 39 HB har genom den första grunden ifrågasatt förstainstansrättens bedömning att exklusivitetsklausulen märkbart kan påverka konkurrensen och att den bidrar till avskärmningen av den relevanta marknaden. Grunden har två delar. Med den första delgrunden har HB gjort gällande att förstainstansrättens bedömning av exklusivitetsklausulens påverkan på konkurrensen är felaktig och att den överklagade domen är otillräckligt motiverad i detta avseende. Med den andra delgrunden har HB gjort gällande att förstainstansrätten har felbedömt i vilken omfattning som HB:s konkurrenter har bidragit till avskärmningen av marknaden.

Den första grundens första del

— Parternas argument

- 40 HB har ifrågasatt förstainstansrättens bedömning att exklusivetsklausulen ger upphov till snedvridningar vid detaljhandlarnas val av leverantör.
- 41 HB har hävdad att den omständigheten att detaljhandlarna i praktiken sällan använder sig av möjligheten att säga upp distributionsavtalen saknar betydelse för bedömningen av hur exklusivetsklausulen begränsar konkurrensen. HB har i detta sammanhang hänvisat till domen i det ovannämnda målet *Delimitis*.
- 42 HB har ifrågasatt de objektiva och detaljerade indikationer som förstainstansrätten använde sig av i punkterna 93–95 för att påvisa att det i Irland finns en efterfrågan på glass från andra tillverkare, när sådana erbjuds, och den omständigheten, som nämns i punkt 97 i den överklagade domen, att ett betydande antal detaljhandlare är benägna att lagra lösglass från ett flertal tillverkare, under förutsättning att de får lagra dem i samma frysdisk. HB har även hävdad att det saknas en motivering i denna fråga. HB har också påpekat att den bevisning som *Richmond* har lagt fram under förhandlingen i förstainstansrätten avseende företagets erfarenheter på den brittiska marknaden, har lagts fram för sent och därför inte endast är oacceptabla, utan också att de är odetaljerade och saknar betydelse för bedömningen av den relevanta marknaden.
- 43 HB har även hävdad att det föreligger en motsättning mellan punkt 92 i den överklagade domen, i vilken det påpekas att detaljhandlarna lagrar glass av andra märken, vid sidan av HB:s i samma frysdisk, när de anser att de är fria att göra det,

och punkt 94 i samma dom, i vilken det hänvisas till en undersökning av vilken det framgår att cirka 40 procent av detaljhandlarna skulle lagra annan glass än HB:s glass om exklusivitetsklausulerna i tillverkarnas distributionsavtal upphörde. 60 procent av detaljhandlarna har enligt HB angett att de inte skulle lagra glass från andra tillverkare än HB om inte exklusivitetsklausulen fanns.

44 HB har påpekat att en uppsägning av exklusivitetsklausulen över huvud inte medför att de distributions- och leveransavtal som ingåtts med berörda detaljhandlare sägs upp, vilket förstainstansrätten låter förstå i punkterna 89–111 i den överklagade domen.

45 HB har dessutom gjort gällande att den överklagade domen är otillräckligt motiverad, eftersom det bonussystem (nedan kallat bonussystemet) som HB använde sig av med avseende på de detaljhandlare som har egen frysdisk inte har undersökts. HB har i sin svarsinlaga påpekat att förekomsten av detta bonussystem inte är en separat invändning utan är en del av en större invändning som HB har anfört mot det ifrågasatta beslutet. Denna grund innebär att kommissionen och förstainstansrätten inte har gjort en korrekt bedömning av konkurrenternas möjligheter att få tillträde till marknaden. HB har fasthållit betydelsen av denna invändning i svarsinlagan och vid förhandlingen i förstainstansrätten.

46 Kommissionen, Mars och Richmond anser att HB:s invändningar endast avser faktiska omständigheter och därför skall avvisas eftersom de dessutom är grundlösa.

47 Mars och Richmond anser att, det enligt domen i målet Delimitis, är distributionsavtalens faktiska längd som skall bedömas enligt artikel 85.1 i fördraget. Richmond har även påpekat att förstainstansrätten inte nöjde sig med att fastslå att detaljhandlarna hade en teoretisk möjlighet att lagra konkurrerande varor på sina försäljningsställen utan med rätta bedömde konkurrenternas faktiska och konkreta möjligheter att få tillträde till den relevanta marknaden.

- 48 Richmond har påpekat att dess beräkning av företagets marknadsandel i Förenade kungariket var korrekt.
- 49 Kommissionen har erinrat om att bonussystemet har tillämpats sedan år 1995 på kommissionens initiativ, eftersom kommissionen betvivlade att HB fakturerade samtliga detaljhandlare kostnaden för en frysdisk utan att skilja mellan vilka som använde en HB-frysdisk och vilka som inte gjorde det.
- 50 Kommissionen och Richmond har hävdat att HB fram till detta steg i förfarandet aldrig har åberopat bonussystemet som en omständighet som i sig kan motivera att det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras och att invändningen inte skall tas upp till sakprövning. Kommissionen tillade att HB i praktiken endast har utnyttjat bonussystemets förekomst till stöd för invändningen att leverans av glass inte hade samband med leverans av frysdiskar. Invändningen bedömdes av förstainstansrätten i punkterna 113 och 114 i den överklagade domen. Mars har påpekat att HB:s hänvisningar till det ifrågasatta beslutet och till undersökningen endast avser hur bonussystemet fungerar i praktiken och inte innehåller något rättsligt argument.
- 51 Kommissionen och Richmond har påpekat att förstainstansrätten inte är skyldig att besvara alla parternas yrkanden. Kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 10 december 1998 i mål C-221/97 P., Schröder m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-8255), punkt 24, och av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen (REG 2001, s. I-1611), punkt 121.
- 52 Mars har dessutom gjort gällande att bonussystemet inte har den effekt för att öppna den relevanta marknaden för konkurrens som HB har anfört och att det enligt den ovannämnda domen i målet Delimitis inte krävs att kommissionen eller domstolen prövar hur det förhåller sig med avseende på de försäljningsställen som inte är stängda för konkurrens. Richmond anser dessutom att den bonus som utdelas i detta system var otillräcklig för att uppmuntra detaljhandlarna att anskaffa egna frysdiskar.

— Domstolens bedömning

- 53 Vid bedömningen av verkningarna av ett avtal på konkurrensen skall hänsyn tas till det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i och i vilket det, tillsammans med andra avtal, kan ha en kumulativ inverkan på konkurrensen (se, bland annat, dom av den 12 december 1967 i mål 23/67, Brasserie de Haecht, REG 1967, s. 525, och domen i det ovannämnda målet *Delimitis*, punkt 14).
- 54 Härav följer, såsom förstainstansrätten påpekade i punkt 84 i den överklagade domen, att de avtalade begränsningar som ålagts detaljhandlarna inte bara skall prövas formellt och rättsligt, utan även med beaktande av det specifika ekonomiska sammanhang i vilket distributionsavtalen förekommer.
- 55 Förstainstansrätten har således inte gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkt 105 i den överklagade domen fann att det är distributionsavtalens faktiska löptid som skall beaktas för att bedöma deras faktiska verkan på den relevanta marknaden, eftersom möjligheten att säga upp distributionsavtalen inte utgör ett hinder mot den faktiska tillämpningen av ifrågavarande avtal så länge den inte utnyttjas.
- 56 Det är således uppenbart att HB:s invändning härvidlag är uppenbart ogrundad.
- 57 Bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen är dessutom inte underställd domstolens kontroll inom ramen för ett överklagande, utom då det är uppenbart att förstainstansrätten har missuppfattat dessa omständigheter (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 29 april 2004 i mål C-470/00 P, Parlamentet mot Ripa di Meana m.fl., REG 2004, s. I-4167, punkt 40 och däri anförd rättspraxis).

- 58 HB har genom att bestrida de olika faktiska omständigheter som förstainstansrätten grundade sin bedömning på i punkterna 93–95 i den överklagade domen, för att fastställa exklusivitetsklausulens inverkan på den relevanta marknaden ifrågasatt förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna utan att visa att förstainstansrätten har felbedömt desamma eller uppenbart har missuppfattat bevisningen.
- 59 Frågan huruvida uppsägningen av exklusivitetsklausulen i själva verket innebär att distributionsavtalen sägs upp eller inte är även det en fråga som avser faktiska omständigheter.
- 60 Härav följer att det är uppenbart att HB:s invändningar inte kan tas upp till sakprövning.
- 61 HB har inte heller åberopat sådana allvarliga omständigheter som kan påvisa en motsättning mellan punkt 92 i den överklagade domen, i vilken det uttalas att detaljhandlarna skulle lagra glass av andra märken än HB:s om de fick lov att göra det, och punkt 94 i samma dom, av vilken det framgår att cirka 40 procent av detaljhandlarna enligt B & A-undersökningen uppgav att de skulle lagra ett större sortiment om exklusivitetsklausulerna i tillverkarnas distributionsavtal upphörde.
- 62 Härav följer att det är uppenbart att HB:s invändning är ogrundad.
- 63 Vad slutligen beträffar HB:s invändning att förstainstansrätten inte har företagit någon prövning av bonussystemet skall det påpekas att förstainstansrätten, vilket kommissionen korrekt har påpekat, inte var skyldig att närmare bedöma varje invändning som parterna har åberopat, särskilt när de inte är tillräckligt klara och detaljerade och inte stöds av detaljerad bevisning (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Connolly mot kommissionen, punkt 121).

- 64 Det följer i detta sammanhang inte av handlingarna att bonussystemet var en av HB:s viktiga invändningar vid förstainstansrätten för att visa att exklusivitetsklausulen inte inverkade menligt på konkurrensen.
- 65 HB har dessutom, såtillvida som bolaget har åberopat bonussystemets betydelse för de detaljhandlare som har egen frysdisk, inte angett några omständigheter som visar att förekomsten av detta system skulle ha ändrat förstainstansrättens bedömning av exklusivitetsklausulens inverkan på den relevanta marknaden.
- 66 Förstainstansrätten kan således inte kritiseras för att inte i detalj ha bemött en invändning som kan anses vara irrelevant till följd av den bedömning som förstainstansrätten gjort av exklusivitetsklausulernas inverkan på detaljhandlarnas affärsmässiga frihet att välja vilka varor de vill saluföra på sina försäljningsställen.
- 67 Det är således uppenbart att denna invändning inte kan tas upp till sakprövning.
- 68 Härav följer att det är uppenbart att den första grundens första del i vissa delar inte skall tas upp till sakprövning och att det i andra delar är uppenbart att talan inte kan bifallas på denna grund.

Den första grundens andra del

— Parternas argument

- 69 HB har hävdad att förstainstansrätten har gjort en felbedömning när den bedömde vilken inverkan som HB:s konkurrenters distributionsavtal har för avskärmningen av

den relevanta marknaden. HB anser att förstainstansrätten inte kunde dra slutsatsen att avtalsnätet på denna marknad påverkade 83 procent av försäljningsställena, eftersom 27 procent av dessa inte objektivt sett var stängda, i den mån detaljhandlarna hade beslutat att ha frysdiskar från mer än en tillverkare. HB har även påpekat att förstainstansrätten inte kunde jämföra HB:s distributionsavtal med konkurrenternas, eftersom konkurrenterna varken har samma ställning eller samma popularitet på marknaden. HB anser likaså att förstainstansrätten borde ha prövat avtalens löptid och faktiska tillämpning. HB har även ifrågasatt påståendet att företaget skulle ha medgett att 83 procent av försäljningsställena i Irland var stängda för konkurrenterna.

70 HB har i sin svarsinlaga påpekat att förstainstansrätten kraftigt har överdrivit den kumulativa verkan av avskärmningen av den relevanta marknaden till följd av distributionsavtalsnätet, vilket kan jämföras med bevisförvanskning.

71 HB har ifrågasatt förstainstansrättens bedömning att det saknas ett objektivt samband mellan att endast använda frysdiskar från HB för HB:s glass och leverans av lösglass. HB anser att detta påstående strider mot vad som sägs i punkt 143 i den överklagade domen, i vilken det uttalas att tillhandahållande av frysdiskar på ett stort antal försäljningsställen på hela den geografiska marknaden utgör en objektiv förbättring. HB har dessutom påpekat att den affärsmetod som består i att försäljningsställen i Nordirland, som använder HB:s frysdiskar, faktureras en nominell hyra, som oftast inte ens tas ut, inte överensstämmer med förstainstansrättens bedömning att HB kunde ta ut en motsvarande hyra av detaljhandlarna i Irland för att täcka kostnaderna för att tillhandahålla och underhålla en frysdisk.

72 HB har även ifrågasatt förstainstansrättens bedömning i punkt 113 i den överklagade domen, att leverantören, på den relevanta marknaden, kostnadsfritt skall kunna

erbjuda en frysdisk och underhålla den, genom att påpeka att förstainstansrätten inte har tagit tillräcklig hänsyn dels till den omständighet att detaljhandlarna på 17 procent av försäljningsställena har egna frysdiskar, dels till att det fanns ett bonussystem för irländska detaljhandlare som sålde HB-glass men som inte installerat HB:s frysdiskar.

- 73 HB har slutligen påpekat att förstainstansrätten inte på ett tillfredsställande sätt har visat att de begränsade marknadsandelar som innehas av HB:s konkurrenter delvis beror på exklusivitetsklausulen och att förstainstansrätten således har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den bedömde att policyn att endast använda HB-frysdiskar för HB-glass utgjorde ett hinder för dessa konkurrenters tillträde till marknaden.
- 74 Kommissionen anser att HB:s invändningar grundas på bedömningar av faktiska omständigheter som inte skall tas upp till sakprövning. Kommissionen har tillfogat att invändningarna under alla omständigheter är ogrundade.
- 75 Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrättens påpekande i punkt 111 i den överklagade domen, att avtalsnätet på den relevanta marknaden berör 83 procent av försäljningsställena, speglar den omständigheten att endas. 17 procent av detaljhandlarna har egna frysdiskar, vilket är en viktig omständighet vid bedömningen av om det föreligger ett hinder för att få tillträde till denna marknad.
- 76 Kommissionen har ifrågasatt att det finns ett objektiva samband mellan att endast ha HB-glass i en HB-frysdisk och leverans av glass och anser att HB:s invändningar är inkonsekventa, såtillvida som HB har hävdade att det är tillhandahållande av frysdisk som är avgörande, samtidigt som HB har påstått att det är möjligt att leverera glass utan att det finns någon exklusivitetsklausul. Kommissionen har påpekat att fördelarna att ha god tillgång till lösglass beror på att det tillhandahålls en frysdisk och inte på exklusivitetsklausulen. Kommissionen har dessutom erinrat

om att det inte är trovärdigt att påstå att ett företag som HB inte kan ta ut hyra av detaljhandlarna som vederlag för att de använder HB-frysdiskar.

- 77 Kommissionen anser att det har visats i det ifrågasatta beslutet att det föreligger ett orsakssamband mellan exklusivitetsklausulen och den begränsade marknadsandel som HB:s konkurrenter har på den relevanta marknaden. Kommissionen har i denna fråga bland annat hänvisat till skälen 143–184 och 185–200 i det ovannämnda beslutet.
- 78 Mars och Richmond har huvudsakligen anfört liknande invändningar som kommissionen.
- 79 Mars har även påpekat att HB inte har visat, trots att det finns ett nät av distributionsavtal som innebär att HB:s frysdiskar endast får användas för HB-glass och som påverkar 83 procent av försäljningsställena på den relevanta marknaden, att det finns faktiska och konkreta möjligheter för andra leverantörer att ta sig in på och att expandera på denna marknad.
- 80 Mars har ifrågasatt HB:s bedömning att förekomsten av ett objektiva samband mellan exklusivitetsklausulen och leverans av glass kan medföra att det inte är möjligt att anse klausulen som ett hinder för konkurrenternas tillträde till den berörda marknaden. Mars har gjort gällande att varje eventuell fördel i form av större tillgång på lösglass skall bedömas som en del av distributionsavtalsnätets allmänna verkan.
- 81 Mars anser att förstainstansrättens slutsats med avseende på de begränsade marknadsandelar som innehas av HB:s konkurrenter är en följd av den bedömning av exklusivitetsklausulens negativa följder som gjorts i den överklagade domen.

- 82 Mars har gjort gällande att HB inte har angett någon rättslig invändning till stöd för påståendet att förstainstansrätten skulle ha felbedömt bevisningen genom att kraftigt ha överdrivit graden av avskärmning av den relevanta marknaden.
- 83 Richmond har, i motsats till HB:s påstående, påpekat att förstainstansrätten inte har uttalat att 83 procent av försäljningsställena på marknaden inte var konkurrensutsatta, men att det distributionsavtalsnät som finns på marknaden påverkar dessa försäljningsställena. Richmond anser således att denna invändning från HB är innehållslös. Richmond anser också att den omständigheten att andra leverantörer än HB inte är lika populära som HB på den relevanta marknaden inte nödvändigtvis medför att den avskärningsgrad som dessa leverantörer påverkas av bör minskas som en följd av detta.

— Domstolens bedömning

- 84 Bedömningen av ett avtals konsekvenser innebär att det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet är en del av skall beaktas och där avtalet i kombination med andra avtal kan ha en kumulativ påverkan på konkurrensen (domarna i de ovannämnda målen Brasserie de Haecht, 537, och Delimitis, punkt 14).
- 85 För att bedöma om flera avtal hindrar tillträdet till den berörda marknaden måste det göras en avgränsning mot samtliga liknande avtal som förbinder olika nationella tillverkare med ett större antal försäljningsställena. Härvidlag beror tillträdet till marknaden för dessa avtalsnät bland annat på antalet försäljningsställena som tillverkarna har i förhållande till de försäljningsställena som inte är knutna till en tillverkare, avtalens giltighetstid och de kvantiteter som avtalet avser (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Delimitis, punkt 19).

- 86 Förstainstansrätten fann i punkt 111 i den överklagade domen att kommissionen med rätta har beaktat, vid bedömningen av en eventuell kumulativ verkan, inte bara HB:s distributionsavtal, men också de olika avtalsnät avseende frysdiskar där en exklusivitetsklausul används av andra tillverkare i Irland. Enligt förstainstansrätten innebär den omständigheten att dessa tillverkare också tillhandahöll frysdiskar till detaljhandlarna på likartade villkor som HB, och att samma utrymmesbegränsningar råder, att det var korrekt att slå fast att de svårigheter som konstaterats, på de försäljningsställen som endast hade en frysdisk från HB, att övertala dessa detaljhandlare att byta ut denna eller komplettera HB:s frysdisk med en ytterligare frysdisk också gäller för alla andra frysdiskar som tillhandahålls med förbehåll om exklusivitet, även om övriga tillverkare inte har samma ställning och popularitet som HB på den relevanta marknaden.
- 87 HB har genom att ifrågasätta denna bedömning i praktiken ifrågasatt förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna. HB har dessutom inte lagt fram några bevis för att förstainstansrätten har felbedömt de faktiska omständigheterna eller bevisningen av vad som kännetecknar de andra leverantörernas avtal.
- 88 Härav följer att det är uppenbart att den andra delen av den första grund som HB anfört inte kan tas upp till sakprövning.
- 89 HB har dessutom inte angett något närmare skäl som skulle bevisa att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när rätten fann att den omständighet att HB låter detaljhandlarna i Nordirland betala en separat hyra för tillhandahållandet av frysdiskar utgör en relevant omständighet vid bedömningen av om det är möjligt att ta ut en hyra för liknande avtal som HB har ingått med detaljhandlare i Irland. Det skall dessutom påpekas att förstainstansrätten inte endast har grundat sin bedömning på HB:s praxis i Nordirland men i punkt 114 i den överklagade domen även har slagit fast att HB inte har visat att det

skulle vara svårt att ta ut en separat hyra för att tillhandahålla frysdiskar i Irland, vilket HB inte har ifrågasatt.

90 På samma sätt har inte HB angett någon omständighet som möjliggör att förstainstansrättens bedömning i punkt 113 i den överklagade domen kan ifrågasättas. Enligt förstainstansrättens bedömning skall leverantören kostnadsfritt kunna erbjuda en frysdisk och underhålla den på den relevanta marknaden. I vilket fall som helst leder inte den omständigheten, som HB har påpekat, att detaljhandlarna på 17 procent av försäljningsställena har egna frysdiskar till att förstainstansrätten har felbedömt de faktiska omständigheter och den bevisning som tillhandahållits rätten. HB har dessutom endast hänvisat till bonussystemets existens utan att ange omständigheter som skulle kunna visa att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den inte beaktade detta i bedömningen.

91 Förstainstansrätten har slutligen funnit att HB:s konkurrenter, åtminstone delvis, har en så begränsad marknadsandel på grund av HB:s affärsmetod att tillhandahålla frysdiskar med en exklusivitetsklausul, vilket framgår av den rapport i vilken det påpekades att Mars marknadsandelar samt att företagen Valleys och Leadmores marknadsandelar minskade åren innan det ifrågasatta beslutet fattades. HB har inte heller angett några omständigheter som visar att bristen på detaljerade upplysningar från förstainstansrättens sida, i fråga om orsakssambandet mellan exklusivitetsklausulen och varför HB:s konkurrenter har en så begränsad marknadsandel samt om andra möjliga omständigheter, som för övrigt inte uttryckligen angetts av HB, som skulle kunna förklara dessa obetydliga marknadsandelar, skulle utgöra en felaktig rättstillämpning.

92 HB har genom att framföra dessa olika invändningar försökt att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

- 93 Härav följer att den andra delen av den första grund som HB har anfört till stöd för överklagandet uppenbart inte kan tas upp till sakprövning och att grunden följaktligen skall avvisas.

Den andra grunden: frågan huruvida artikel 85.3 i fördraget har åsidosatts

Parternas argument

- 94 HB har påpekat att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av det första villkoret i artikel 85.3 i fördraget. Den felaktiga rättstillämpningen bestod i att bevisbördan förlades felaktigt.
- 95 HB anser sig ha visat att exklusivitetsklausulen är till fördel för detaljhandlarna eftersom lösglassen är lättare geografiskt tillgänglig och att denna fördel skulle minska om exklusivitetsklausuler var förbjudna.
- 96 HB anser att det i denna situation är kommissionen som skall bevisa att de objektiva fördelarna med distributionsavtalen uppvägs av deras negativa effekter på konkurrensen och att kommissionen endast får använda bevis som är tillräckligt precisa och samstämmiga.
- 97 HB har särskilt ifrågasatt kommissionens bedömning att det, även om exklusivitetsklausuler var förbjudna, är föga troligt att HB, förutom vid ett mindre antal tillfällen, skulle upphöra att leverera frysdiskar till sina kunder. HB har hävdade att den överklagade domen är bristfälligt motiverad på denna punkt.

- 98 Kommissionen har gjort gällande att denna grund utgör ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna, nämligen av hur HB skulle ha agerat om exklusivitetsklausuler var förbjudna, och därför inte skall tas upp till sakprövning.
- 99 Kommissionen har dessutom påpekat att det är uppenbart att talan inte kan bifallas på denna grund. Kommissionen har understrukt att det är det företag som ansöker om ett undantag enligt artikel 85.3 som skall visa att samtliga villkor som föreskrivs i denna bestämmelse har uppfyllts och att det inte är tillräckligt för att bevilja ett undantag att det föreligger vissa fördelar, såtillvida som det anges i rättspraxis att avtalets fördelar skall vara större än dess nackdelar. Kommissionen har i denna fråga hänvisat till domen i det ovannämnda målet Consten och Grundig mot kommissionen. Kommissionen anser således att HB skall visa att de begränsningar som distributionsavtalen innebär var ett bakomliggande villkor för den fördel som vunnits och att dessa fördelar skall vara större än nackdelarna för konkurrensen. Kommissionen anser inte att HB har fullgjort denna bevisbörda.
- 100 Kommissionen har också hänvisat till skälen 222–247 i det ifrågasatta beslutet. I dessa skäl bedömdes de olika kumulativa villkoren i artikel 85.3 i fördraget och kommissionen har påpekat att HB inte har ifrågasatt bedömningen att konsumenterna inte garanteras en skälig del av den vinst som uppstår till följd av avtalen.
- 101 Mars och Richmond har i stort anfört samma invändningar som kommissionen.

Domstolens bedömning

- 102 Förstainstansrätten har med rätta uttalat, i punkt 136 i den överklagade domen, att det vid en ansökan om undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, i första hand ankommer på de berörda företagen att inför kommissionen lägga fram sådan bevisning att det kan fastställas att avtalet uppfyller villkoren i denna bestämmelse (se, för ett motsvarande resonemang, domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1984, s. 19, punkt 52; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437).
- 103 HB hade således bevisbördan för att exklusivitetsklausulen uppfyllde de kumulativa villkoren i artikel 85.3. Vad beträffar det första villkoret skulle HB bland annat ha visat att exklusivitetsklausulen bidrog till att förbättra tillverkningen och distributionen av de berörda varorna på ett sådant sätt att denna förbättring inte skulle ha uppnåtts om möjligheten att ha exklusivitetsklausuler hade begränsats.
- 104 Förstainstansrätten medgav, i punkt 143 i den överklagade domen, att förekomsten av frysdiskar avsedda för försäljning av lösglass på ett stort antal försäljningsställen på hela den geografiska marknaden, som till stor del utgörs av HB:s nätverk av frysdiskar, utgör en väsentlig objektiv förbättring för distributionen av dessa varor. Förstainstansrätten fann dock att det inte är sannolikt att HB skulle upphöra att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlarna, utom i ett litet antal fall, om dess möjlighet att föreskriva en exklusivitetsklausul för dessa frysdiskar begränsades. Förstainstansrätten påpekade bland annat att HB inte har visat att kommissionen gjort en uppenbart felaktig bedömning genom att anse att den affärsmässiga verkligheten för ett företag som HB, som önskar bibehålla sin ställning på den relevanta marknaden, är att se till att finnas på så många försäljningsställen som möjligt. Förstainstansrätten påpekade likaså att kommissionen, tvärtemot vad HB har gjort gällande, inte har stannat vid att presumera att HB skulle fortsätta att

tillhandahålla frysdiskar på den relevanta marknaden, utan har gjort en prognos avseende den relevanta marknads funktion efter antagandet av det ifrågasatta beslutet.

- 105 Det följer således av den överklagade domen att kommissionen har anfört relevanta omständigheter för att visa att exklusivitetsklausulen inte bidrog till att förbättra tillverkning och distributionen av lösglass och att HB inte har lyckats visa att det första villkoret i artikel 85.3 i fördraget var uppfyllt.
- 106 Härav följer att förstainstansrätten inte har tillämpat bevisbörderegeln i artikel 85.3 i fördraget felaktigt och att det är uppenbart att talan inte kan bifallas på denna grund.

Den tredje grunden: frågan huruvida artikel 86 i fördraget har åsidosatts

Parternas argument

- 107 HB har påpekat att förstainstansrättens bedömning är motsägelsefull såtillvida att förstainstansrätten har uttalat att syftet med exklusivitetsklausulen inte är att begränsa konkurrensen (punkt 80 i den överklagade domen) och att den är en allmänt tillämplad affärsmetod på den relevanta marknaden (punkt 159 i den överklagade domen) och att den har tillkommit på detaljhandlarnas begäran (punkt 160 i den överklagade domen), för att därefter slå fast att det var frågan om ett missbruk av artikel 86 i fördraget. HB anser även att förstainstansrätten inte har

gett en tillräcklig motivering varför den har kommit fram till en annan slutsats än High Court, som fann att exklusivitetsklausulen var affärsmässigt befogad.

- 108 HB har även påpekat att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning i två fall genom att dels tillämpa artikel 86 i fördraget och därutöver ha lämnat en bristfällig motivering.
- 109 HB anser för det första att förstainstansrätten inte har redogjort för skälen för sin bedömning att exklusivitetsklausulen leder till snedvridningar i detaljhandlarnas val och att denna del i bedömningen härrör från förstainstansrättens bedömning av artikel 85.1 i fördraget. HB har påpekat att exklusivitetsklausulen är en sedvanlig affärsmetod som i sig varken är konkurrensbegränsande eller utgör missbruk och att den har underkänts av förstainstansrätten endast på grund av dess påstådda betydelse för avskärmningen av den relevanta marknaden, med följd att det endast är artikel 85 i fördraget som borde ha tillämpats och inte artikel 86.
- 110 HB har tillfogat att det är felaktigt att dra slutsatsen att en affärsmetod utgör missbruk när ett tillhandahållande av en frysdisk för lösglass ger en möjlighet som annars inte skulle ha funnits.
- 111 HB anser att den bevisning som getts in till förstainstansrätten inte kan motivera antagandet att distributionsavtalen utgör ett hinder i detaljhandlarnas rätt att välja fritt, vilket även innebär ett val att inte sälja konkurrerande varor.

- 112 HB har påpekat att den överklagade domen är motsägelsefull, eftersom förstainstansrätten i punkt 108 i domen fastslog att den omständigheten att 40 procent av försäljningsställena påverkas av distributionsavtalen inte räcker för att kunna dra slutsatsen att konkurrensen snedvrids, medan förstainstansrätten i punkt 160 i den överklagade domen har fastslagit att det i praktiken är HB som har orsakat denna konkurrenssnedvridning genom att bolaget har åsidosatt sitt särskilda ansvar som leverantör till 40 procent av försäljningsställena.
- 113 HB anser för det andra att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fann att räckvidden av domen i målet Bronner begränsades till väsentliga medel. HB anser nämligen att om det följer av denna dom att ägaren endast kan förpliktas att ge tredjeman tillträde när distributionssystemet anses utgöra ett väsentligt medel, så följer det också av detta att ägarens skyldighet att minska konkurrensen genom att ge tredjeman tillträde till systemet bör vara mindre tvingande, när systemet inte utgör ett väsentligt medel. HB anser följaktligen att kommissionen inte kan ålägga bolaget, vars frysdiskar har bedömts inte vara ett väsentligt medel, en skyldighet att främja konkurrensen och förenkla tillträdet för tredjeman, genom att ge konkurrenterna tillträde till en betydande del av dess frysdiskar på motsvarande villkor, vilket är en skyldighet som åligger ägarna av väsentliga medel.
- 114 HB har även påpekat att förstainstansrätten, i punkt 161 i den överklagade domen, har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fastslog att det inte var nödvändigt, för att tillämpa det ifrågasatta beslutet, att HB avyttrade sina tillgångar eller ingick avtal med andra än dem som bolaget valt, för att därefter föreskriva att bolaget skall ställa några tillgångar, nämligen frysdiskutrymme, till förfogande för konkurrenter som inte valts av HB.
- 115 HB har dessutom gjort gällande att den överklagade domen är bristfälligt motiverad i detta avseende.

- 116 Kommissionen har genmält att HB:s invändningar delvis saknar grund och delvis inte kan tas upp till sakprövning.
- 117 Kommissionen har inledningsvis påpekat att det är förstainstansrätten som skall pröva det ifrågasatta beslutets rättsenlighet mot bakgrund av dess motivering samt parternas argument och att förstainstansrätten inte är bunden av en dom från en nationell domstol.
- 118 Kommissionen anser därefter att HB inte har angett på vilket sätt förstainstansrättens rättstillämpning var felaktig när rätten fann att bedömningen av artikel 86 i fördraget endast var en återanvändning av bedömningen av artikel 85 i fördraget.
- 119 Kommissionen har slutligen tillfogat att — såtillvida som syftet med denna invändning är att försöka visa att allmänna affärsmetoder, som, när de används av ett företag med dominerande ställning, medför att en betydande del av den relevanta marknaden stängs för konkurrens, endast kan bedömas enligt artikel 85 i fördraget och inte artikel 86 — det är fråga om en ny grund som följaktligen inte kan tas upp till sakprövning men att det även är uppenbart att talan inte kan bifallas på denna grund.
- 120 Kommissionen har påpekat att HB:s invändningar, dels att tillhandahållandet av frysdiskar möjliggör försäljning, dels att förstainstansrättens bedömning skulle vara

motsägelsefull, inte kan tas upp till sakprövning såtillvida som det då är frågan om en prövning av den ekonomiska bedömningen av de faktiska omständigheterna.

- 121 Kommissionen har även påpekat att förstainstansrätten inte heller har funnit att de affärsmetoder som tillämpas av ett företag med en dominerande ställning på marknaden och som medför att exklusivitetsklausulen tillämpas på 40 procent av försäljningsställena utgör ett missbruk men att det är uppenbart missbruk att ett sådant företag försöker att få ensamrätt för sina varor på så många försäljningsställen som möjligt, vilket närmast utgör den totala försäljningen av de berörda varorna. HB:s invändning är under dessa omständigheter ogrundad.
- 122 Kommissionen anser att det är uppenbart att talan inte kan bifallas med stöd av HB:s invändning om väsentliga medel, såtillvida som de glassar som tillverkas av HB distribueras av självständiga detaljhandlare, vilka tillhandahåller frysdiskar av HB, mot ersättning. Kommissionen har härvidlag påpekat att det inte rör sig om tillgångar, som HB innehar för eget bruk och att missbruket är en följd av HB:s försök att kontrollera hur dessa självständiga detaljhandlare använder frysdiskarna. Kommissionen tillade att det var korrekt av förstainstansrätten att notera att HB genom det ifrågasatta beslutet varken förpliktades att lämna ifrån sig en immateriell tillgång eller att ingå avtal med andra än dem som valts av HB.
- 123 Kommissionen anser att en affärsmetod är otillåten enligt artikel 86 i fördraget om metoden innebär att ett företag som intar en dominerande ställning saluför varor eller tjänster på ett sådant sätt att köparens möjlighet att fritt välja leverantörer tas bort eller begränsas som en följd av affärsmetoden eller medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas eller det finns en risk för att konkurrenterna slås ut. Kommissionen har i detta sammanhang bland annat hänvisat till dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), och av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951), punkt 44.

- 124 Mars har, liksom kommissionen, påpekat att förstainstansrätten i punkt 96 i den överklagade domen har uttalat att Unilever-koncernen, som är HB:s moderbolag, ansåg det vara av avgörande betydelse för HB:s affärsmässiga framgång att exklusivitetsklausulen för att använda frysdiskarna bestod och att syftet med denna klausul var att begränsa konkurrensen. Mars har härvidlag hänvisat till de dokument, som det hänvisas till i skälen 65–68 i det ifrågasatta beslutet och som förstainstansrätten hänvisade till i punkt 96 i den överklagade domen.
- 125 Mars har dessutom påpekat att den omständigheten att en affärsmetod är vanlig på marknaden eller att exklusivitetsklausulen ingår på detaljhandlarnas begäran inte utesluter att det föreligger ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Mars har härvidlag hänvisat till domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 89, samt till domarna av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. 249), punkt 149, och av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, British Gypsum mot kommissionen (REG 1995, s. I-865).
- 126 Mars anser att förstainstansrätten har motiverat sin bedömning tillräckligt. Rätten fann att exklusivitetsklausulen snedvrider detaljhandlarnas val och förstainstansrätten har härvid bland annat hänvisat till punkterna 92, 102 och 160 i den överklagade domen. Mars har dessutom gjort gällande att det inte finns någon motsättning mellan förstainstansrättens bedömning med stöd av artikel 86 i fördraget och punkt 108 i domen, eftersom denna punkt avser en självständig och oberoende bedömning av artikel 85 i fördraget.
- 127 Mars och Richmond har påpekat att den ovannämnda domen i målet Bronner saknar betydelse i detta mål, eftersom det inte är frågan om ett mål som berör tredjemans tillgång till "väsentliga medel". Richmond har även påpekat att det missbruk som omtalas i det ifrågasatta beslutet är annorlunda, eftersom det avser den affärsmetod som används av HB för att få detaljhandlarna att använda HB:s frysdiskar och inte den omständigheten att de detaljhandlare som inte har ingått exklusivitetsklausulen inte kan använda HB:s frysdiskar. Mars och Richmond anser dessutom att HB genom det ifrågasatta beslutet varken åläggs att överföra tillgångar eller att ingå avtal med personer som inte HB självt har valt. Richmond har tillfogat

att kommissionen har tillagts behörighet att vidta alla nödvändiga åtgärder för att bringa en överträdelse att upphöra.

Domstolens bedömning

- 128 Det skall erinras om att gemenskapsdomstolarna inte är bundna av hur en nationell domstol har bedömt frågan huruvida en exklusivitetsklausul är förenlig med gemenskapsrätten.
- 129 Begreppet missbruk av dominerande ställning är ett objektiva begrepp som omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91). Domstolen har i detta sammanhang uttalat att den omständigheten att avtal har ingåtts på begäran av medkontrahenter till det företag som intar en dominerande ställning inte innebär att det inte skulle vara tal om missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 89).
- 130 Förstainstansrätten har dessutom inte uttalat, i punkt 80 i den överklagade domen, att syftet med exklusivitetsklausulen inte var att begränsa konkurrensen på den relevanta marknaden utan snarare att klausulen inte formellt utgör någon exklusiv inköpsförpliktelse som syftar till att begränsa konkurrensen på den relevanta marknaden.

- 131 Det är således uppenbart att talan inte kan bifallas med stöd av HB:s invändning att den överklagade domen skulle vara motsägelsefull.
- 132 Det följer vidare av fast rättspraxis att det i ett överklagande tydligt skall anges vad som kritiseras i den dom som det yrkas upphävning av samt de grunder som särskilt anförs till stöd för detta yrkande (se bland annat beslut av den 17 september 1996 i mål C-19/95 P, San Marco mot kommissionen, REG 1995, s. I-4435, punkt 37).
- 133 HB:s invändning, att förstainstansrättens bedömning att distributionsavtalen snedvrider detaljhandlarnas val i själva verket härrör från förstainstansrättens bedömning av artikel 85.1 i fördraget med följd att bedömningen helt saknar räckvidd eller självständigt syfte, överensstämmer inte med de villkor som angetts i punkt 132. Det kan inte utläsas ur en sådan invändning om HB:s syfte är att ifrågasätta att den överklagade domen är tillräckligt motiverad, att bedömningen av artikel 85 i fördraget har återanvänts eller själva principen att tillämpa artikel 86 i detta mål. HB har inte heller lagt fram några rättsliga argument för de två sistnämnda antagandena, som särskilt skulle stödja denna invändning.
- 134 Det är således uppenbart att denna invändning från HB inte kan tas upp till sakprövning.
- 135 HB:s invändning att exklusivitetsklausulen inte utgör ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, eftersom klausulen möjliggör en glassförsäljning som inte skulle ha kommit till stånd utan den, är dessutom en begäran om att domstolen skall pröva de faktiska omständigheterna på nytt, och det är följaktligen uppenbart att talan inte kan bifallas på denna grund.

136 Det råder dessutom ingen motsättning mellan punkterna 108 och 160 i den överklagade domen, såtillvida att de avser separata bedömningar av artikel 85 respektive artikel 86 i fördraget. Förstainstansrättens bedömning i punkt 160 i domen skall dessutom läsas i sitt sammanhang, särskilt tillsammans med punkterna 158 och 159 i samma dom, i vilka det påpekas att ett företag som innehar en dominerande ställning har ett särskilt ansvar och att konkurrensen redan är begränsad på den relevanta marknaden på grund av denna dominerande ställning. Härav följer att det är uppenbart att talan inte kan bifallas med stöd av HB:s invändning.

137 Det är slutligen uppenbart att talan inte kan bifallas med stöd av HB:s invändning att de rättsprinciper som angavs i domen i det ovannämnda målet Bronner har tillämpats felaktigt, såtillvida att HB genom det ifrågasatta beslutet, vilket förstainstansrätten fastslog i punkt 161 i den överklagade domen, inte åläggs att sälja en immateriell tillgång eller ingå avtal med personer som HB inte självt har valt. Frysdiskarna är, som kommissionen har påpekat, i motsats till vad som gällde i den ovannämnda domen i målet Bronner, inte immateriella tillgångar som HB innehar för att utnyttja självt, utan nyttjandet av frysdiskarna upplåts frivilligt till självständiga företag som betalar för nyttjandet. Det är således uppenbart att talan inte kan bifallas med stöd av HB:s invändning att bolaget genom det ifrågasatta beslutet har ålagts en skyldighet som är minst lika betungande som den skyldighet som åvilar ägarna av ett väsentligt medel. Det förefaller inte heller som om förstainstansrätten har grundat sin bedömning endast på rapporten att det inte är tal om ett väsentligt medel eller som om förstainstansrätten på denna punkt har lämnat en ofullständig motivering i den överklagade domen.

138 Härav följer att det är uppenbart att den tredje grunden i vissa delar inte kan tas upp till sakprövning och att det är uppenbart att talan i andra delar inte kan bifallas på denna grund, och talan skall således ogillas i dessa delar.

Den fjärde grunden: frågan huruvida väsentliga formföreskrifter har åsidosatts

Parternas argument

- 139 HB har först påpekat att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 48.1 i förstainstansrättens rättegångsregler samt rätten till ett opartiskt förfarande genom att tillåta att bevis som avser Richmonds erfarenheter i Förenade kungariket lades fram av bolaget under förhandlingen utan att HB fått möjlighet att kommentera dem och utan att Richmond gav någon förklaring till varför bevisen lagts fram så sent.
- 140 HB har därefter påpekat att den omständigheten att förstainstansrätten har lagt HB:s affärsmetod, som består i att ta ut en hyra för de frysdiskar som tillhandahålls detaljhandlare i Nordirland, till grund för sin bedömning innebär att HB:s rätt till ett opartiskt förfarande har åsidosatts, såtillvida som denna invändning varken har varit särskilt betydelsefull i det ifrågasatta beslutet eller i kommissionens yttrande till förstainstansrätten.
- 141 HB har slutligen påpekat att förstainstansrätten har förlagt bevisbördan fel vid sin bedömning av villkoren för att tillämpa artikel 85.3 i fördraget.
- 142 Vad beträffar de bevis som Richmond har lagt fram har kommissionen påpekat att artikel 48.1 i förstainstansrättens rättegångsregler inte gäller för bevis som läggs fram av intervenienter. Kommissionen anser att bestämmelsen i artikel 116.6 i rättegångsreglerna, i vilken det föreskrivs att intervenienter får yttra sig muntligen, skulle förlora sin betydelse om intervenienter inte fick lägga fram bevisning för sina ståndpunkter.

- 143 Kommissionen har gjort gällande att det i artikel 48.1 i förstainstansrättens rättegångsregler under alla omständigheter endast föreskrivs en motiverings-skyldighet om bevisen läggs fram för sent och inte ett generellt förbud mot att lägga fram bevis, med följd att framläggandet, även om denna bestämmelse skulle tillämpas med avseende på intervenienter, inte hade medfört något rättsstridigt i detta mål, eftersom bevisen lagts fram av en intervenient som för första gången vände sig till förstainstansrätten.
- 144 Kommissionen och Mars har påpekat att HB har haft möjlighet att vid förhandlingen kommentera de bevis som Richmond har lagt fram och att förstainstansrättens bedömning, att många detaljhandlare skulle lagra glass av andra märken än HB i samma frysdisk om de fick lov till det under alla omständigheter har tillräckligt stöd av annan bevisning som lagts fram inför förstainstansrätten.
- 145 Vad beträffar den omständigheten att HB tar ut en hyra av detaljhandlare i Nordirland för tillhandahållandet av frysdiskar, har kommissionen gjort gällande att HB inte på någon tidpunkt har ifrågasatt uppgifterna om denna affärsmetod, som nämns i skäl 127 i det ifrågasatta beslutet. Kommissionen har påpekat att det av skäl 219 i samma beslut framgår att HB även kan ta ut hyra från detaljhandlare i Irland och att den generella frågan huruvida det är möjligt att ta ut ett vederlag för att använda en frysdisk fullt ut har diskuterats mellan parterna. Kommissionen anser dessutom inte att förstainstansrätten är skyldig att lämna upplysningar om utfallet av sin bedömning i förväg eller om vilka konkreta uppgifter i handlingarna som förstainstansrätten kommer att lägga till grund för bedömningen.
- 146 Mars anser att frågan om HB:s affärsmetod att ta ut hyra från detaljhandlare i Nordirland saknar betydelse för prövningen i sak av den överklagade domen, eftersom det ifrågasatta beslutet är fullständigt och korrekt motiverat i detta avseende. Mars anser även att HB:s invändning att förstainstansrätten har åsidosatt reglerna om bevisbördans fördelning i artikel 85.3 i fördraget saknar grund.

- 147 Richmond har påpekat att omständigheterna rörande bolagets ställning på den brittiska marknaden inte skall ses som ett nytt bevis och att dessa omständigheter endast har framförts för att belysa och förstärka invändningen att ett betydande antal detaljhandlare, om de kunde, skulle förvara glass av ytterligare ett märke i samma frysdisk. Richmond har påpekat att det är förstainstansrätten som skall bedöma samtliga framlagda bevis, med förbehåll för den omständigheten att de kan ha förvanskats. Richmond har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111), punkt 118. Richmond anser att det är tillåtet enligt artikel 116 i förstainstansrättens rättegångsregler att underbygga sina invändningar med bevis såväl under det skriftliga förfarandet som under det muntliga förfarandet och att HB inte har ifrågasatt de omständigheter som Richmond lagt fram vid förhandlingen.

Domstolens bedömning

- 148 Det följer av domstolens fasta rättspraxis att när ett av de huvudargument som förstainstansrätten har använt är tillräckligt för att motivera domslutet påverkar de fel som kan vidlåda ett annat huvudargument, som också anges i den berörda domen, under alla omständigheter inte domslutet, med följd att den grund varigenom dessa huvudargument anförs är irrelevant, och talan kan därför inte bifallas på denna grund (se, bland annat, dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot Succhi di Frutta, REG 2004, s. I-3801, punkt 68 och däri anförd rättspraxis).
- 149 Invändningen i den överklagade domen angående Richmonds erfarenheter i Förenade kungariket utgör endast en av flera invändningar som skall styrka förstainstansrättens bedömning att ett betydande antal detaljhandlare skulle lagra glass av andra märken än HB i samma frysdisk om det var tillåtet.

- 150 Bedömningen stöds tillika av andra faktiska omständigheter som förstainstansrätten har grundat sin bedömning i punkterna 93–97 i den överklagade domen på.
- 151 HB:s invändning är följaktligen irrelevant.
- 152 Dessutom har den omständigheten att HB, vilket kommissionen har påpekat, tar ut hyra från detaljhandlare i Nordirland för att använda HB:s frysdiskar redan nämnts i skäl 217 i det ifrågasatta beslutet och den generella frågan huruvida HB kan ta ut en hyra av detaljhandlare som använder HB:s frysdiskar har diskuterats utförligt mellan parterna. Förstainstansrätten har dessutom inte, som anges i punkt 89 i detta beslut, endast grundat sin bedömning på HB:s affärsmetoder i Nordirland för att visa att HB kunde ta ut en hyra av de detaljhandlare som använder en av HB:s frysdiskar på den relevanta marknaden, men förstainstansrätten har även i punkt 114 i den överklagade domen slagit fast att HB inte har kunnat visa att det vore omöjligt att ta ut en separat hyra för tillhandahållandet av frysdiskar i Irland, vilket HB inte har ifrågasatt.
- 153 Det är således uppenbart att talan inte kan bifallas med stöd av denna invändning från HB.
- 154 Eftersom domstolen i punkt 106 i detta beslut inte har godtagit HB:s invändning att förstainstansrätten har tillämpat en omvänd bevisbörda avseende artikel 85.3 i fördraget saknas det anledning att pröva denna invändning än en gång.

- 155 Det är således uppenbart att talan inte kan bifallas på den fjärde grunden.
- 156 Eftersom talan inte kan bifallas på någon av de grunder som HB har anfört till stöd för sitt överklagande skall överklagandet ogillas.

Rättegångskostnader

- 157 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118 i samma regler, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen, Mars och Richmond har yrkat att HB skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom HB har tappat målet, skall HB förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (sjätte avdelningen) följande:

- 1) **Överklagandet ogillas.**

- 2) **Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter