

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer — uitgebreid)

8 juni 1995 *

In zaak T-7/93,

Langnese-Iglo GmbH, vennootschap naar Duits recht, te Hamburg (Duitsland), vertegenwoordigd door M. Heidenhain, B. M. Maassen en H. Satzky, advocaten te Frankfurt am Main, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Hoss, advocaat aldaar, Côte d'Eich 15,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. Langeheine, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door A. Böhlke, advocaat te Frankfurt am Main, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

* Procestaal: Duits.

Mars GmbH, vennootschap naar Duits recht, te Viersen (Duitsland), vertegenwoordigd door J. Sedemund, advocaat te Keulen, en J. E. Pheasant, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Molitor, advocaat aldaar, Rue des Bains 14A,

interveniente,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van beschikking 93/406/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Langnese-Iglo GmbH (Zaak IV/34.072) (PB 1993, L 183, blz. 19),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, D. P. M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner en A. Kalogeropoulos, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 16 november 1994,

het navolgende

Arrest

De aan het beroep ten grondslag liggende feiten

1 Bij brief van 6 december 1984 verzocht het Bundesverband der deutschen Süßwarenindustrie e. V. — Fachsparte Eiscreme (hierna: „Bundesverband”) de Commissie om een „formele verklaring” betreffende de verenigbaarheid met artikel 85, lid 1, van het Verdrag van de exclusiviteitsovereenkomsten die de Duitse producenten van consumptie-ijs met hun klanten hadden gesloten. Bij brief van 16 januari 1985 liet de Commissie het Bundesverband weten, dat zij geen gevolg kon geven aan het verzoek om een beschikking voor de gehele sector te geven.

2 Bij brief van 7 mei 1985 meldde de Duitse onderneming Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (hierna: „Schöller”) bij de Commissie een „standaardovereenkomst inzake levering” aan, die haar betrekkingen met haar detailhandelaars regelt. Op 20 september 1985 zond het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie de advocaat van Schöller een administratieve brief waarmee de procedure wordt afgesloten (hierna: „administratieve brief”). In die brief staat te lezen:

„Op 2 mei 1985 hebt u krachtens artikel 2 van verordening nr. 17 namens de vennootschap Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG verzocht om een negatieve verklaring voor een overeenkomst inzake levering van consumptie-ijs.

Verder hebt u de overeenkomst bij wijze van voorzorgsmaatregel overeenkomstig artikel 4 van die verordening aangemeld. Nadien hebt u bij brief van 25 juni 1985 een model overgelegd van de overeenkomsten die de vennootschap Schöller in de toekomst zou sluiten.

Bij brief van 23 augustus 1985 hebt u duidelijk aangegeven, dat de in de aangemelde standaardovereenkomst opgenomen exclusieve afnameverplichting voor de klant, welke gepaard gaat met een concurrentieverbod, voor het eerst met een termijn van zes maanden kan worden opgezegd tegen het einde van het tweede jaar van de overeenkomst, en vervolgens met een zelfde opzegtermijn tegen het einde van elk jaar.

Blijkens de gegevens waarover de Commissie beschikt en die voor het grootste deel bestaan uit hetgeen u in uw verzoek hebt aangegeven, zal de vaste duur van in de toekomst te sluiten overeenkomsten niet meer dan twee jaar bedragen. De gemiddelde duur van de overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs die uw cliënte voornemens is te sluiten, zal dus veel minder dan vijf jaar bedragen, de in verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 (PB 1983, L 173, blz. 5) gestelde voorwaarde voor een groepsvrijstelling voor exclusieve afnameovereenkomsten.

Hieruit blijkt duidelijk, dat de door de vennootschap Schöller gesloten overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs, zelfs in aanmerking genomen het aantal soortgelijke overeenkomsten, met name niet tot gevolg hebben, dat voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging wordt uitgeschakeld. De toegang van derde ondernemingen tot de detailhandel blijft gewaarborgd.

De door de vennootschap Schöller aangemelde overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs zijn derhalve verenigbaar met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag. De Commissie ziet derhalve geen enkele reden om op te treden tegen de door uw cliënte aangemelde overeenkomsten.

De Commissie behoudt zich evenwel het recht voor, de zaak opnieuw te bezien wanneer bepaalde elementen, feitelijk of rechtens, waarop deze beoordeling berust, merkbaar veranderen.

Bovendien wil ik uw cliënte erop wijzen, dat voor de bestaande overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs een soortgelijke beoordeling geldt, zodat deze niet behoeven te worden aangemeld indien hun vaste duur na 31 december 1986 niet meer dan twee jaar bedraagt en zij vervolgens met een termijn van maximaal zes maanden tegen het einde van elk jaar kunnen worden opgezegd.

(...)”

3 Op 18 september 1991 diende Mars GmbH (hierna: „Mars”) bij de Commissie een klacht in tegen verzoekster en Schöller wegens schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag en verzocht zij om voorlopige maatregelen ter voorkoming van de ernstige en onherstelbare schade die haars inziens zou voortvloeien uit de ernstige belemmering van de verkoop van haar consumptie-ijs in Duitsland door de met de mededingingsregels strijdige overeenkomsten die Langnese en Schöller met een groot aantal detailhandelaars hebben gesloten.

4 Bij beschikking van 25 maart 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/34.072 — Mars/Langnese en Schöller — Voorlopige maatregelen; hierna: „beschikking van 25 maart 1992”) verbood de Commissie verzoekster en Schöller bij wege van voorlopige maatregel, zakelijk weergegeven, met betrekking tot de consumptie-ijsartikelen „Mars”, „Snickers”, „Milky Way” en „Bounty”, wanneer deze in eenpersoonsporties aan de consumenten worden aangeboden, gebruik te maken van de rechten die voortvloeiden uit door hen zelf of ten gunste van hen gesloten overeenkomsten waarbij de detailhandelaars zich ertoe hadden verbonden uitsluitend consumptie-ijs van deze producenten af te nemen, aan te bieden en/of te verkopen. Verder trok de Commissie de toepassing van haar verordening (EEG) nr. 1984/83 van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 5; rectificatie PB 1984, L 79, blz. 38; hierna: „verordening nr. 1984/83”) in met betrekking tot de door verzoekster gesloten exclusiviteitsovereenkomsten, voor zover dit nodig was voor de toepassing van bovengenoemd verbod.

- 5 In die omstandigheden heeft de Commissie, teneinde ten gevolge op de beschikking van 25 maart 1992 een eindbeschikking over de betrokken „leveringsovereenkomsten” te geven, op 23 december 1992 beschikking 93/406/EEG inzake een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag tegen Langnese-Iglo GmbH (Zaak IV/34.072) (PB 1993, L 183, blz. 19; hierna: „beschikking”) gegeven, waarvan het dispositief luidt als volgt:

„Artikel 1

De door Langnese-Iglo GmbH gesloten overeenkomsten op grond waarvan in Duitsland gevestigde detailhandelaren verplicht zijn om voor wederverkoop bestemd ijs in kleine verpakkingen¹ uitsluitend van genoemde onderneming te betrekken (exclusiviteit met betrekking tot de verkooppunten), zijn in strijd met artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

Artikel 2

In zoverre de in artikel 1 genoemde overeenkomsten aan de voorwaarden voor de groepsvrijstelling uit hoofde van verordening (EEG) nr. 1984/83 voldoen, wordt daaraan het voordeel van de toepassing van deze verordening onthouden.

Artikel 3

Langnese-Iglo GmbH is gehouden binnen drie maanden na de kennisgeving van deze beschikking de wederverkopers waarmee zij overeenkomsten zoals in artikel

¹ — In de zin van de toelichting bij de produktclassificatie van de afdeling „ijsprodukten” van het Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e. V. (stand op 21 mei 1990).

1 bedoeld, heeft gesloten die nog van kracht zijn, van de bewoordingen van de artikelen 1 en 2 in kennis te stellen en hen op de nietigheid van de betrokken overeenkomsten te wijzen.

Artikel 4

Het is Langnese-Iglo GmbH tot en met 31 december 1997 verboden overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, te sluiten.

(...)"

- 6 Dezelfde dag gaf de Commissie jegens Schöller beschikking 93/405/EEG van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (Zaken IV/31.533 en IV/34.072) (PB 1993, L 183, blz. 1).

Procedure

- 7 Bij een op 6 april 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van 25 maart 1992 ingesteld, en bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft zij om voorlopige maatregelen verzocht (zaken T-24/92 en T-24/92 R).

- 8 Bij beschikking in kort geding van 16 juni 1992 heeft de president van het Gerecht voorlopige maatregelen gelast (zaken T-24/92 R en T-28/92 R, Langnese-Iglo en Schöller Lebensmittel, Jurispr. 1992, blz. II-1839).
- 9 Bij een op 2 februari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief heeft verzoekster het Gerecht overeenkomstig artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering laten weten, dat zij afstand deed van instantie, en bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 1 april 1993 is zaak T-24/92 doorgehaald in het register van het Gerecht.
- 10 Bij een op 19 januari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster krachtens artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag, dat de tekst van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag overneemt, het onderhavige beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld.
- 11 Bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster tevens krachtens de artikelen 185 van het Verdrag en 104 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking verzocht.
- 12 Bij een op 3 februari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Mars verzocht in de procedure T-7/93 R te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Bij een op 4 februari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Mars tevens verzocht in de procedure T-7/93 te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 13 Bij beschikking van 19 februari 1993 heeft de president van het Gerecht Mars toegelaten tot interventie in zaak T-7/93 R en uitspraak gedaan op het door verzoekster ingediende verzoek om opschorting van tenuitvoerlegging (zaken T-7/93 R en T-9/93 R, Langnese-Iglo en Schöller, Jurispr. 1993, blz. II-131).

- 14 Bij beschikking van 12 juli 1993 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht Mars toegelaten tot interventie in zaak T-7/93 en een door verzoekster krachtens artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht ingediend verzoek om vertrouwelijke behandeling toegewezen.

- 15 Ook Schöller heeft een beroep tot nietigverklaring van de tot haar gerichte beschikking ingesteld (zaak T-9/93). Mars is ook toegelaten tot interventie in die zaak.

- 16 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer — uitgebreid) besloten zonder voorafgaande maatregelen van instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Wel heeft het partijen bij brief van 26 september 1994 verzocht schriftelijk te antwoorden op een aantal vragen. Verzoekster en verweerster hebben deze vragen beantwoord bij brieven van respectievelijk 21 en 19 oktober 1994. Bij beschikking van 9 november 1994 heeft de president van de Tweede kamer — uitgebreid een door verzoekster krachtens artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht ingediend verzoek om vertrouwelijke behandeling toegewezen met betrekking tot een aantal gegevens in de antwoorden van partijen op de gestelde vragen.

- 17 De bij genoemde beschikkingen van 12 juli 1993 en 9 november 1994 gelaste vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens is ter terechtzitting in acht genomen. Dit is ook gebeurd in het onderhavige arrest.

- 18 Ter terechtzitting van 16 november 1994 zijn partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

- 19 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
- de beschikking van de Commissie nietig te verklaren;
 - de Commissie in de kosten te verwijzen;
 - interveniënte te verwijzen in de kosten die verzoekster door de interventie zijn opgekomen.
- 20 Verweerster concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep ongegrond te verklaren;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen.
- 21 Interveniente Mars concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep ongegrond te verklaren;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen.

- 22 Tot staving van haar beroep voert verzoekster vijf middelen aan; ten eerste, onregelmatige betekening van de beschikking doordat de Commissie heeft nagelaten bepaalde bijlagen te betekenen; ten tweede, schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen doordat de Commissie niet is gebleven bij het standpunt dat zij in de administratieve brief van 20 september 1985 had ingenomen; ten derde, schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag; ten vierde, schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag en schending van het evenredigheidsbeginsel, doordat de Commissie voor alle litigieuze leveringsovereenkomsten de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling heeft ingetrokken; ten vijfde, schending van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17”).

Het middel inzake onregelmatige betekening van de beschikking

- 23 Verzoekster betoogt, dat er een gebrek kleeft aan de betekening van de beschikking, omdat de Commissie heeft nagelaten een aantal daarin aangehaalde bijlagen samen met de beschikking te betekenen. In haar verzoekschrift heeft zij verklaard, zich het recht voor te behouden aanvullende opmerkingen te maken ingeval die bijlagen haar worden betekend.
- 24 Volgens de Commissie gaat het om de bijlagen 1 en 2 bij de Eurostat-tabellen. Die tabellen, die in de desbetreffende passage van de mededeling van punten van bezwaar van 15 juli 1992 zijn genoemd, zijn samen met de mededeling aan verzoekster toegestuurd, en deze laatste heeft ze tijdens de administratieve procedure niet aangevochten.
- 25 De Commissie wijst erop, dat de beschikking geen bijlagen bevat en aldus is betekend. Haars inziens is de beschikking trouwens niet ontoereikend gemotiveerd.

- 26 Het Gerecht stelt vast, dat verzoekster geen repliek heeft ingediend. Daarin had zij aanvullende opmerkingen kunnen maken tot staving van haar grief en had zij met name kunnen antwoorden op de stelling van de Commissie, dat de betrokken bijlagen haar tijdens de administratieve procedure zijn overgelegd. Bovendien heeft verzoekster dit punt ter terechtzitting niet aangesneden.
- 27 In die omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat het middel feitelijke grondslag mist en derhalve moet worden afgewezen.

Het middel inzake schending van het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 28 Verzoekster betoogt, dat ingevolge het beginsel van het gewettigd vertrouwen, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een van de grondbeginselen van de Gemeenschap is (zie arresten van 5 mei 1981, zaak 112/80, Dürbeck, Jurispr. 1981, blz. 1095, en 10 januari 1992, zaak C-177/90, Kühn, Jurispr. 1992, blz. I-35), de Commissie had moeten blijven bij het standpunt dat zij in haar administratieve brief had ingenomen. Wanneer de Commissie ondernemingen een administratieve brief stuurt, kan zij volgens dit beginsel slechts van de door haar diensten verrichte beoordeling afwijken, indien de feitelijke omstandigheden zijn veranderd of indien die beoordeling op basis van onjuiste mededelingen is verricht (zie arrest Hof van 11 december 1980, zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775, en inzonderheid de conclusie van advocaat-generaal Reischl, blz. 3796, 3803). Het is duidelijk, dat de Commissie de zaak niet opnieuw kan bezien omdat zij haar juridische beoordeling heeft gewijzigd. Indien dit het geval zou zijn, zou het sturen van een administratieve brief geen enkele zin hebben.

- 29 Verder zijn de feitelijke kenmerken van de betrokken markt niet merkbaar veranderd sedert de administratieve brief. Wat het verschijnen van Mars en Jacobs Suchard op de markt betreft, vormt de komst van Mars geen objectieve rechtvaardigingsgrond om de zaak opnieuw te bezien of om af te wijken van het in de administratieve brief ingenomen standpunt, daar „de toegang van derde ondernemingen tot de detailhandel gewaarborgd blijft”, zoals in die verklaring wordt verlangd.
- 30 In die omstandigheden en gelet op het feit, dat de Commissie niet kan aantonen dat de administratieve brief op basis van onjuiste of onvolledige mededelingen is verkregen, of dat de kenmerken, zowel feitelijk als rechtens, van de markt voor consumptie-ijs sedert die brief merkbaar zijn veranderd, is de Commissie gebonden door de in die brief vervatte beoordeling.
- 31 Ook al was de administratieve brief tot Schöller gericht, de Commissie en degenen — waaronder verzoekster — die bij de door de brief van het Bundesverband van 6 december 1984 ingeleide procedure waren betrokken, waren overeengekomen, dat de door Schöller in mei 1985 verrichte aanmelding van haar overeenkomsten inzake de levering van consumptie-ijs en haar tegelijkertijd ingediende verzoek om een negatieve verklaring, voor alle leden van het Bundesverband golden. De administratieve brief geldt derhalve voor alle exclusiviteitsovereenkomsten op de markt voor consumptie-ijs.
- 32 De Commissie wijst er allereerst op, dat de administratieve brief tot Schöller is gericht. Alleen al om die reden bindt hij haar niet jegens verzoekster. Bovendien blijkt uit de inhoud en de context van die brief, dat hij betrekking had op de door Schöller verrichte aanmelding van haar „overeenkomsten inzake de levering van consumptie-ijs”.
- 33 Ten tweede vormt de intrede van Mars en Jacobs Suchard op de markt, gelijk in punt 151 van de beschikking wordt gezegd, een feitelijke omstandigheid die

rechtvaardigt dat de zaak opnieuw wordt gezien. Administratieve brieven kunnen geen grotere bindende kracht hebben dan de formele beschikkingen die zij in het kader van de praktische toepassing van de mededingingsregels vervangen. Volgens artikel 8, lid 3, sub a, van verordening nr. 17 kan de Commissie formele vrijstellingsbeschikkingen intrekken of wijzigen, „indien de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zijn gewijzigd”. De betrokken administratieve brief berustte op een voorlopig onderzoek en bevatte volgens vaste praktijk een uitdrukkelijk voorbehoud, volgens hetwelk de zaak opnieuw zou worden gezien, wanneer „(...) bepaalde elementen, feitelijk of rechtens, waarop deze beoordeling berust, merkbaar veranderen (...)”.

- 34 Het is juist de door Mars opgedane ervaring die de afscherming van de markt aan het licht heeft gebracht en derhalve aanleiding heeft gegeven tot een nieuw onderzoek. Wegens de procedurele waarborgen van artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbende en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, blz. 2268; hierna: „verordening nr. 99/63”) is de Commissie overigens gehouden de haar door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken (zie arrest Gerecht van 18 september 1992, zaak T-24/90, Automec, Jurispr. 1992, blz. II-2223).

Beoordeling rechtens

- 35 Zonder dat behoeft te worden onderzocht, of verzoekster mocht aannemen, dat de beoordeling die de Commissie in haar administratieve brief aan Schöller had verricht, ook voor haar gold, en zonder dat dienaangaande getuigen dienen te worden gehoord, zoals verzoekster heeft voorgesteld, kan worden volstaan met de vaststelling, dat die administratieve brief er hoe dan ook niet aan in de weg kon staan, dat de Commissie de klacht van Mars onderzocht.

- 36 Volgens de rechtspraak is een administratieve brief als die welke aan Schöller is gestuurd nadat deze in 1985 haar leveringsovereenkomsten had aangemeld, noch een beschikking houdende negatieve verklaring noch een beschikking als bedoeld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag in de zin van de artikelen 2 en 6 van verordening nr. 17, daar die administratieve brief niet overeenkomstig de bepalingen van die verordening is vastgesteld (zie arresten Hof van 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79-3/79, *Giry en Guerlain*, Jurispr. 1980, blz. 2327; zaak 99/79, *Lancôme*, Jurispr. 1980, blz. 2511, en zaak 37/79, *Marty*, Jurispr. 1980, blz. 2481, alsmede arrest *L'Oréal*, reeds aangehaald). In die zaken heeft het Hof beklemtoond, dat de betrokken administratieve brieven zonder inachtneming van de publiciteitsvoorschriften van artikel 19, lid 3, van verordening van nr. 17 waren verzonden en evenmin waren bekendgemaakt overeenkomstig artikel 21, lid 1, van die verordening.
- 37 Verder gaat het om een administratieve brief waarbij de Commissie de betrokken onderneming, te weten Schöller, liet weten, dat er voor haar geen aanleiding bestond om tegen de betrokken overeenkomsten op te treden, daar deze in de omstandigheden van het concrete geval verenigbaar waren met de mededingingsregels van het Verdrag, en dat de zaak derhalve kon worden afgesloten. Dat de Commissie die administratieve brief in haar Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid van 1985 heeft vermeld en daar enige toelichtingen bij heeft gegeven, wijzigt het rechtskarakter van die brief niet. Tijdens de schriftelijk procedure heeft verzoekster overigens zelf toegegeven, dat volgens punt VII van de toelichting bij formulier A/B een administratieve brief slechts aangeeft, wat de diensten van de Commissie op basis van de gegevens waarover zij op dat ogenblik beschikken, van de betrokken zaak vinden.
- 38 Ten slotte blijkt uit het door de Commissie ter terechtzitting gehouden pleidooi, dat deze destijds slechts een voorlopig onderzoek van de marktvoorwaarden heeft verricht. Dat onderzoek was hoofdzakelijk gebaseerd op de door Schöller verstrekte informatie, ook ter zake van de gegevens die zijn gebruikt voor de afbakening van de destijds relevant geachte markt en voor de berekening van de bindingsgraad, zijnde het percentage verkooppunten dat door exclusiviteitsovereenkomsten is gebonden en het percentage omzet dat door die verkooppunten wordt gerealiseerd. De Commissie heeft zich in haar administratieve brief overigens het recht voorbehouden, de zaak opnieuw te bezien indien een merkbare wijziging intreedt

in bepaalde elementen, feitelijk of rechtens, waarop haar beoordeling was gebaseerd. Een dergelijk voorbehoud is trouwens de gangbare administratieve praktijk van de Commissie op dit gebied.

39 Met betrekking tot de vraag, of er sedert de administratieve brief een merkbare wijziging is ingetreden in de feitelijke omstandigheden, blijkt uit de processtukken, dat twee nieuwe concurrenten, Mars en Jacobs Suchard, op de markt zijn verschenen. Vaststaat bovendien, dat interveniënte Mars een bijzondere concurrent is, die slechts een beperkt assortiment van produkten aanbiedt en een marketingbeleid voert dat verschilt van dat van haar voornaamste concurrenten. Verder heeft de Commissie na de klacht van Mars kennis gekregen van bijkomende belemmeringen van de toegang tot de markt, met name in de levensmiddelenhandel. Deze vloeien voort uit de door verzoekster aan de detailhandelaars opgelegde verplichting om de vrieskisten die zij hun ter beschikking stelt, uitsluitend voor haar produkten te gebruiken, en uit het verlenen van kortingen als tegenprestatie voor het uitsluitend verkopen van haar produkten.

40 Dit zijn nieuwe omstandigheden die, met name gelet op de concrete moeilijkheden die interveniënte had ondervonden, een rechtvaardigingsgrond vormen om de voorwaarden van de toegang tot de markt grondiger en nauwgezetter te onderzoeken dan voor de administratieve brief het geval is geweest. Bijgevolg stond deze brief niet eraan in de weg, dat de Commissie de zaak opnieuw bezag om te beoordelen, of de omstreden leveringsovereenkomsten in het concrete geval verenigbaar zijn met de mededingingsregels.

41 Deze oplossing verdraagt zich bovendien met de gelet op de procedurele waarborgen van artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63 op de Commissie rustende verplichting, de haar door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken om te beoordelen of deze elementen een gedraging aan het licht brengen die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan vervalsen en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden (zie arrest Automec, reeds aangehaald, r. o. 79).

42 Mitsdien moet het middel worden afgewezen.

Het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

43 Dit middel bestaat uit vier onderdelen. Verzoekster verwijt de Commissie, dat zij de relevante markt te restrictief heeft afgebakend en geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van de leveringsovereenkomsten voor de mededinging. Anders dan de Commissie, is zij van mening, dat de exclusiviteitsovereenkomsten de handel tussen Lid-Staten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden, en dat artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie niet de bevoegdheid verleent alle bestaande exclusiviteitsovereenkomsten, daaronder begrepen die welke niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, te verbieden.

Het eerste onderdeel: de afbakening van de markt

44 In punt 90 van haar beschikking heeft de Commissie de produktmarkt omschreven als de markt van het industrieel bereid ijs in kleine verpakkingen in alle afzetkanalen met uitzondering van de thuisbezorging.

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

45 Verzoekster betoogt, dat afbakening van de markt te restrictief is. Bovendien heeft de Commissie de afbakening van de betrokken produktmarkt herhaaldelijk op niet onbelangrijke wijze veranderd. Voor de afbakening van de relevante markt mag slechts als criterium worden gehanteerd, of, en zo ja in welke mate, bepaalde produkten „door de consument op grond van hun eigenschappen, hun prijs en hun gebruik als gelijksoortig (worden) beschouwd”. Zij verwijst in dit verband naar de

artikelen 3 en 14 van verordening nr. 1984/83, naar de artikelen 3 en 6 van verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1983/83”) en naar het arrest van het Hof van 21 februari 1973 (zaak 6/72, Europemballage en Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215).

- 46 De relevante markt omvat in het onderhavige geval derhalve alle industrieel of ambachtelijk bereid consumptie-ijs, ijs verkocht in verpakkingen die verschillende individueel verpakte porties bevatten (de zogenoemde „multipacks”) en een deel van het consumptie-ijs in verpakkingen voor grootverbruikers bestemd om als schepijs te worden verkocht. De verschillende soorten ijs die in eenpersoonsporties op straat worden verkocht, zijn uit het oogpunt van de consument volstrekt verwisselbaar. Zij voldoen aan een zelfde behoefte van de consument, die dienaangaande impulsief reageert.
- 47 De verscheidenheid van de afzetkanalen, de plaats van verbruik, de wijze waarop het ijs wordt gesleten, en de andere door de Commissie in aanmerking genomen bijzonderheden inzake de distributie van het consumptie-ijs zijn derhalve niet van beslissend belang voor de afbakening van de relevante markt.
- 48 Het komt vaak voor, dat de consument op een zelfde plaats verschillende soorten consumptie-ijs aantreft zonder dat hij kan uitmaken om welke soort het gaat. Een deel van het consumptie-ijs in kleine verpakkingen afkomstig uit „multipacks” wordt op de plaats van aankoop, dat wil zeggen op straat, verbruikt. De Commissie stelt derhalve ten onrechte, dat „multipacks” slechts worden gekocht „voor thuis” en derhalve samen met ijs in gezinsverpakking een afzonderlijke markt vormen.
- 49 De stelling van de Commissie met betrekking tot industrieel ijs in verpakkingen voor grootverbruikers dat bestemd is om te worden verkocht in eenpersoonspor-

ties, ook wel „scooping”-ijs genoemd, dat dit ijs zijn specifieke kenmerken slechts verkrijgt door de toegevoegde dienst, namelijk de verdeling in porties, is niet ter zake dienend. De wijze waarop dit ijs worden verkocht, vertoont weliswaar bijzondere kenmerken, doch het is verkeerd, daaruit af te leiden dat „scooping”-ijs en consumptie-ijs in kleine verpakkingen tot verschillende markten behoren. Bovendien is de gewone verdeling in eenpersoonsporties in de traditionele handel niet vergelijkbaar met een horecadienst in de zin van het arrest van het Hof van 28 februari 1991 (zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935). Het op straat verkochte „scooping”-ijs en het consumptie-ijs in kleine verpakkingen zijn verwisselbaar. Ongeveer 50 % van het aan grootverbruikers geleverde industrieel ijs wordt in eenpersoonsporties op straat verkocht.

50 Wat ambachtelijk geproduceerd consumptie-ijs betreft, komt het vaak voor, dat de consument op een zelfde plaats zowel ambachtelijk geproduceerd als industrieel ijs wordt aangeboden. De Commissie stelt derhalve ten onrechte, dat er een bijzondere markt voor ambachtelijk geproduceerd ijs bestaat omdat dit ijs geen handelsobject is op de markt. Uit het feit dat dit ijs niet via de traditionele speciaalzaken wordt verkocht, kan niet worden afgeleid dat het niet in concurrentie komt met het industrieel ijs in kleine verpakkingen. Het ambachtelijk geproduceerd ijs maakt dus wel degelijk deel uit van de betrokken produktmarkt.

51 Ten slotte wordt deze afbakening van de betrokken markt bevestigd door een in juni en juli 1992 gehouden representatieve enquête. Volgens deze enquête behoren de verschillende soorten impulsijs uit het oogpunt van de consument niet tot verschillende markten.

52 De Commissie vertrekt voor de afbakening van de markt van de opvatting van de consument. Allereerst moet worden uitgesloten het als onderdeel van een horecadienst aangeboden consumptie-ijs, daar dit volgens de rechtspraak van het Hof (zie arrest Delimitis, reeds aangehaald) een afzonderlijke markt vormt. Het gaat daarbij

om een deel van het industrieel ijs bestemd voor grootverbruikers en van het ambachtelijk geproduceerd ijs.

- 53 Verder is als gevolg van de voor het produkt specifieke samenhang tussen de koelmogelijkheid en de consumptie, de plaats van consumptie van het ijs van doorslaggevend belang om te bepalen of de produkten uit het oogpunt van het mededingingsrecht verwisselbaar zijn, te meer daar een behoefte vaak impulsief ontstaat en van korte duur is.
- 54 In die omstandigheden moeten eveneens worden uitgesloten de „multipacks”, het ijs in gezinsverpakkingen en het ijs in kleine verpakkingen dat thuis wordt bezorgd om in particuliere vrieskisten te worden opgeslagen, omdat deze produkten niet beschikbaar zijn voor een behoefte buitenshuis. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen immers zelfs identieke produkten tot onderscheiden produktmarkten behoren wanneer zij aan een specifieke behoefte voldoen (zie arresten van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223; 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, en 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461).
- 55 Het standpunt van de consument is evenwel niet alleen beslissend. Er moet ook rekening worden gehouden met de verschillende afzetkanalen waarlangs het consumptie-ijs de consument bereikt, en met de uiteenlopende mededingingsverhoudingen in de verschillende afzetniveau's, daar de omstreden leveringsovereenkomsten de mededinging tussen producenten en/of groothandelaars in verband met de toegang tot de detailhandel betreffen. Daar artikel 85, lid 1, van het Verdrag elke beperking van de mededinging op elk handelsniveau tussen de producent en de eindverbruiker verbiedt (zie arrest Hof van 29 oktober 1980, gevoegde zaken

209/78-215/78 en 218/78, Van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125), kan het standpunt van de consument in het onderhavige geval niet alleen beslissend zijn om de gevolgen van de leveringsovereenkomsten voor de mededinging te beoordelen.

- 56 In die omstandigheden moeten van de produktmarkt worden uitgesloten, het ambachtelijk geproduceerd ijs, omdat het geen handelsobject is op de markt waar de aanbodzijde producenten van en groothandelaars in industrieel consumptie-ijs omvat en de vraagzijde uit detailhandelaars bestaat, en het zogenoemde „scooping”-ijs, omdat de detailhandel met betrekking tot dit soort ijs en ijs in kleine verpakkingen uiteenlopende distributiefuncties vervult en de afzetkanalen van beide produktgroepen elkaar slechts marginaal raken. De structuur van de vraag kan immers in aanmerking worden genomen bij de afbakening van de produktmarkt (zie arrest Michelin, reeds aangehaald).
- 57 Wat het ijs in verpakkingen voor grootverbruikers betreft, dit vertoont bovendien een aantal bijzondere kenmerken die rechtvaardigen dat het van de relevante markt wordt uitgesloten.
- 58 Volgens interveniënte Mars moet de door de Commissie afgebakende markt in twee deelmarkten, de traditionele handel en de detailhandel in levensmiddelen, worden gesplitst, daar de onderhavige procedure in wezen slechts betrekking heeft op de deelmarkt van ijs in kleine verpakkingen dat in de traditionele handel wordt verkocht, en nieuwe concurrenten wegens het bestaan van exclusiviteitsovereenkomsten geen toegang krijgen tot die sector.
- 59 Verder zij opgemerkt, dat meer dan 60 % van alle ijs in kleine verpakkingen via de traditionele handel wordt verkocht. De Commissie heeft ook aangetoond, dat de twee deelmarkten belangrijke structuurverschillen vertonen die naar Duits recht een splitsing rechtvaardigen. Volgens Mars kunnen dezelfde produkten onder

verschillende markten worden ingedeeld wanneer zij via verschillende afzetkanalen worden verkocht.

Beoordeling rechtens

- 60 Om de gegrondheid van de door de Commissie in punt 90 van haar beschikking verrichte afbakening van de markt te onderzoeken, dient er om te beginnen aan te worden herinnerd, dat de afbakening van de relevante markt van wezenlijk belang is om de gevolgen van de exclusiviteitsovereenkomsten voor de mededinging na te gaan, inzonderheid om na te gaan of het voor nieuwe binnenlandse en buitenlandse concurrenten mogelijk is vaste voet te krijgen op de markt van consumptie-ijs of er hun marktaandeel te vergroten (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 15 en 16).
- 61 Verder dient volgens de rechtspraak van het Hof rekening te worden gehouden met het standpunt van de consument. Gelijk het Hof in een zaak betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag heeft geoordeeld, kunnen de concurrentiemogelijkheden slechts worden beoordeeld aan de hand van die kenmerken der betrokken produkten, waardoor zij bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en slechts in geringe mate met andere produkten verwisselbaar zijn (zie arrest *Europemballage en Continental Can*, reeds aangehaald). Met betrekking tot het begrip produktmarkt heeft het Hof met name geoordeeld, dat dit begrip inhoudt dat het tussen de van die markt deel uitmakende produkten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen medebrengt dat alle produkten die deel van een zelfde markt uitmaken, elkander voor een zelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren (zie arrest *Hoffmann-La Roche*, reeds aangehaald). Met betrekking tot de mogelijkheid om andere elementen in aanmerking te nemen, blijkt bovendien uit de rechtspraak, dat men zich in voorkomend geval niet mag beperken tot een onderzoek van de objectieve kenmerken van de betrokken produkten, maar dat ook de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking moeten worden genomen (zie arrest *Michelin*, reeds aangehaald, r. o. 37).

- 62 Het Gerecht dient de gegrondheid van de door de Commissie verrichte afbakening van de produktmarkt derhalve tegen de achtergrond van deze overwegingen te onderzoeken. Opgemerkt zij, dat de Commissie in punt 83 van haar beschikking heeft verklaard, dat „scooping”-ijs en ambachtelijk bereid ijs die voor verbruik uit het vuistje op straat, dat wil zeggen buiten een horecadienst, worden verkocht, en het op dezelfde plaats verkochte ijs in kleine verpakkingen uit het oogpunt van de consument gelijksoortig zijn.
- 63 De Commissie heeft derhalve terecht van de relevante markt uitgesloten het consumptie-ijs dat als onderdeel van een horecadienst wordt aangeboden, dat wil zeggen een deel van het industrieel ijs in verpakking voor grootverbruikers en van het ambachtelijk bereid ijs, daar dit volgens de rechtspraak van het Hof (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 16) een afzonderlijke markt vormt. De consumptie van ijs in restaurants wordt immers in de regel gekenmerkt door een dienstverrichting en is minder vaak afhankelijk van economische overwegingen dan de aankoop van dit ijs in bij voorbeeld een levensmiddelenzaak.
- 64 Gelijk de Commissie heeft betoogd, dient ook te worden uitgesloten het bij de consument thuis in particuliere vrieskisten opgeslagen consumptie-ijs, omdat dit ijs niet beschikbaar is voor een behoefte buitenshuis, inzonderheid voor een behoefte die impulsief ontstaat, en omdat het slechts in beperkte mate met de op straat verkochte produkten verwisselbaar is (arrest *Michelin*, reeds aangehaald, r. o. 48 en 49). Het gaat om ijs in gezinsverpakking, een produkt dat in de regel wordt gekocht om thuis te worden opgeslagen, en om thuis bezorgd ijs in kleine verpakkingen. De Commissie heeft de plaats van consumptie in het onderhavige geval terecht als een beslissende factor voor de afbakening van de markt aangemerkt, daar het gaat om produkten die zonder koelmogelijkheid slechts zeer korte tijd kunnen worden bewaard en die derhalve in de onmiddellijke nabijheid van de laatste koelmogelijkheid moeten worden geconsumeerd.

- 65 Met betrekking tot het in „multipacks” verkochte ijs, dient eraan te worden herinnerd, dat dit soort ijs in de regel wordt aangeboden door levensmiddelenzaken om thuis te worden opgeslagen, of door thuisbezorgdiensten. Volgens de Commissie is het derhalve doorgaans niet beschikbaar voor een impulsief ontstane behoefte buitenshuis. Aangezien verzoekster enkel heeft gesteld, dat een deel van het uit „multipacks” afkomstige ijs in eenpersoonsporties op de plaats van aankoop, dus eventueel op straat, wordt geconsumeerd, doch dienaangaande geen cijfers heeft verstrekt, heeft zij niet voldoende feitenmateriaal aangedragen om de stelling van de Commissie te ontcrachten. Bijgevolg heeft de Commissie het in „multipacks” verkochte ijs terecht van de referentiemarkt uitgesloten.
- 66 Blijkens de punten 84 en volgende van de beschikking van de Commissie moeten wegens de uiteenlopende mededingingsvoorwaarden in de verschillende afzetniveaus en de naast elkaar bestaande afzetkanalen waarlangs de betrokken producten de consument worden aangeboden, ook worden uitgesloten, enerzijds al het ambachtelijk bereid ijs, dat wil zeggen het buiten een horecadienst op straat verkochte ambachtelijk bereid ijs, omdat dit ijs geen handelsobject vormt op een markt die enkel betrekking heeft op de verkoop aan detailhandelaars, en anderzijds het industrieel ijs in verpakkingen voor grootverbruikers, omdat dit soort ijs een aantal bijzondere kenmerken vertoont ten opzichte van het industrieel ijs in kleine verpakkingen.
- 67 Met betrekking tot het ambachtelijk bereid ijs blijkt uit de processtukken, dat dit soort ijs in de regel wordt aangeboden op de plaats van de bereiding of in de onmiddellijke omgeving daarvan. Het ambachtelijk bereid ijs valt dus niet onder de omstreden leveringsovereenkomsten, aangezien het niet wordt aangeboden aan de verschillende vormen van detailhandel en door hen ook niet wordt gevraagd, hetgeen door verzoekster niet wordt betwist. In die omstandigheden wordt de beoordeling van de mogelijke gevolgen van de omstreden leveringsovereenkomsten voor de mededinging, inzonderheid ter zake van de toegang tot de detailhandel, niet gewijzigd wanneer dit ijs in de produktmarkt wordt opgenomen. De Commissie heeft het derhalve terecht van de produktmarkt uitgesloten.

68 Met betrekking tot industrieel ijs in verpakking voor grootverbruikers, bestemd om in eenpersoonsporties te worden gesleten, te weten het „scooping”-ijs, dient eraan te worden herinnerd, dat in de punten 87-89 van de beschikking wordt verklaard, dat dit ijs om drie redenen van de produktmarkt moet worden uitgesloten. Allereerst wordt in de beschikking verklaard, dat de detailhandel uiteenlopende distributiefuncties vervult, die bepaald worden door de onderscheiden produktkenmerken en die ertoe leiden dat de afzetkanalen van beide produktgroepen elkaar slechts marginaal raken. Verder wordt er in de beschikking op gewezen, dat de bijkomende bewerking, namelijk het verdelen in porties, die voor „scooping”-ijs vereist is, tot gevolg heeft, dat ijs in kleine verpakkingen en „scooping”-ijs slechts in de horecasector in enige omvang van betekenis samen worden aangeboden. Bovendien zijn de levensmiddelenhandel en de traditionele speciaalzaken, die veruit het grootste deel van het industrieel ijs in kleine verpakkingen afzetten, in het algemeen niet op de verkoop van ijs in verpakking voor grootverbruikers ingesteld. Ten derde bestaan er volgens de beschikking uit produkttechnisch oogpunt verschillen tussen beide categorieën van produkten.

69 De Commissie heeft evenwel geen feiten aangedragen waaruit blijkt, dat de vraag voor beide categorieën produkten structurele verschillen vertoont in de zin van het reeds genoemde arrest Michelin, die op zichzelf een rechtvaardiging zouden kunnen vormen om het op straat verkochte „scooping”-ijs bij de afbakening van de markt uit te sluiten. Het enkele feit dat deze twee categorieën ijs via verschillende afzetkanalen worden verkocht, volstaat in het onderhavige geval niet voor het uitsluiten van het ijs in verpakking voor grootverbruikers dat in eenpersoonsporties wordt verkocht voor consumptie buiten de horeca. Verzoekster heeft dienaangaande terecht gesteld, dat het gewone verdelen in eenpersoonsporties in de traditionele handel geen „horecadienst” in de zin van het reeds genoemde arrest Delimitis vormt. Bovendien heeft de Commissie niet aangetoond, dat het verdelen in porties invloed heeft op de keuze van de consument tussen een „scooping”-ijs en een ijs in kleine verpakking in de verkooppunten waar beide soorten ijs samen worden aangeboden, te weten op straat. De Commissie heeft immers zelf verklaard, dat die twee soorten ijs uit het oogpunt van de consument gelijksoortig zijn (zie hierboven rechtsoverweging 62). Bovendien volstaat het enkele feit, dat er tussen de

twee produkten een verschil in bereidingstechniek kan bestaan, in het onderhavige geval niet om van twee verschillende markten te kunnen spreken wanneer dit verschil voor de consument geen beslissend element vormt.

70 Verder blijkt uit de processtukken en inzonderheid uit de gegevens over de verkoop in de traditionele handel die verzoekster in antwoord op de vragen van het Gerecht heeft verstrekt, dat ongeveer 22 % van dit soort ijs op straat buiten een horecadienst, dat wil zeggen in de traditionele speciaalzaken, wordt verkocht. Het gaat om ongeveer de helft van de hoeveelheid ijs die in de traditionele handel wordt verkocht. Uit de antwoorden van verzoekster blijkt immers ook, dat niet alleen kiosken, maar ook brood- en banketbakkerijen, snoepwinkels, ijsverkopers, bioscopen, zwembaden, tankstations en kleine levensmiddelenwinkels over de nodige apparatuur beschikken om „scooping”-ijs te verkopen, en dat deze verkooppunten ook toegerust zijn om ijs in kleine verpakkingen te verkopen. De Commissie heeft tijdens de schriftelijke procedure, althans impliciet, erkend, dat een deel van het ijs in verpakking voor grootverbruikers wordt aangeboden in de vorm van „scooping”-ijs voor verbruik uit het vuistje buiten een horecadienst.

71 Derhalve rijst de vraag, of de Commissie het gedeelte van het ijs in verpakking voor grootverbruikers dat in concurrentie met het ijs in kleine verpakkingen in verschillende soorten verkooppunten op straat in eenpersoonsporties wordt verkocht, niet in de relevante markt had moeten opnemen, daar deze twee categorieën produkten uit het oogpunt van de consument verwisselbaar zijn. Uit punt 141 van de beschikking, dat door verzoekster niet is betwist, blijkt evenwel, dat de distributie van het ijs voor grootverbruikers in de traditionele handel op basis van exclusiviteitsovereenkomsten gebeurt. In die omstandigheden heeft de beslissing om het „scooping”-ijs niet in de relevante markt op te nemen, geen substantiële wijziging gebracht in de beoordeling van de gevolgen van de omstreden leveringsovereenkomsten voor de mededinging, met name ter zake van de vraag, of het bestaan van

die overeenkomsten de toegang tot de markt heeft belet of aanzienlijk heeft belemmerd. Derhalve dient de beschikking niet nietig te worden verklaard omdat het „scooping”-ijs niet in de produktmarkt is opgenomen.

- 72 Mitsdien moet het eerste onderdeel van het middel, verkeerde afbakening van de markt, worden afgewezen zonder dat het door verzoekster voorgestelde getuigenverhoor behoeft plaats te vinden.

Het tweede onderdeel: de gevolgen van de exclusieve afnameovereenkomsten voor de mededinging

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 73 Verzoekster betoogt onder verwijzing naar de administratieve brief, dat de leveringsovereenkomsten, „zelfs in aanmerking genomen het aantal soortgelijke overeenkomsten, met name niet tot gevolg hebben, dat voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging wordt uitgeschakeld”, en derhalve verenigbaar zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

- 74 Tot staving van deze stelling betoogt zij, dat om te onderzoeken of de door haarzelf en haar concurrenten gesloten exclusiviteitsovereenkomsten tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin artikel 85, lid 1, van het Verdrag, volgens de rechtspraak allereerst rekening moet worden gehouden met het percentage verkooppunten dat door dergelijke overeenkomsten gebonden is, met de omvang van de door deze verkooppunten gerealiseerde afzet van het produkt en met de duur van de overeenkomsten (zie arrest Delimitis, reeds aangehaald).

- 75 Wat de bindingsgraad betreft, deze is, ongeacht of de door de Commissie verrichte dan wel de zelf voorgestelde afbakening van de markt als uitgangspunt wordt genomen, volgens de gegevens waarop de beschikking is gebaseerd, kleiner dan 30 %, een cijfer dat de Commissie in haar administratieve brief en in haar Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid van 1985, punt 19, aanvaardbaar heeft geacht.
- 76 In punt 130 van de beschikking stelt de Commissie derhalve ten onrechte vast, dat de bindingsgraad ongeveer (...) % bedraagt. De enig mogelijke verklaring daarvoor is, dat de Commissie is afgeweken van de uitlegging die tot dan toe aan dat begrip was gegeven. Zij houdt voor het bepalen van de bindingsgraad enkel rekening met de hoeveelheid ijs die verzoekster via de traditionele handel heeft verkocht.
- 77 Wat de gemiddelde duur van de leveringsovereenkomsten betreft, deze bedraagt slechts ongeveer twee en half jaar, dat wil zeggen slechts de helft van de duur van vijf jaar die in verordening nr. 1984/83 aanvaardbaar wordt geacht. De geranten van de verkooppunten zeggen hun overeenkomsten in de regels immers zo snel mogelijk op om betere voorwaarden te kunnen bedingen.
- 78 Verder volstaat het bestaan van een bundel soortgelijke overeenkomsten, ook al zouden de mogelijkheden van toegang tot de markt daardoor aanzienlijk worden beïnvloed, volgens het Hof in zijn reeds genoemd arrest *Delimitis* op zich niet om te concluderen, dat de betrokken markt is afgeschermd. Het geheel van omstandigheden, feitelijk en rechtens, is beslissend. Dit geldt ook wanneer het gaat om exclusiviteitsovereenkomsten gesloten door een onderneming met een sterke marktpositie. Verzoeksters marktaandeel is evenwel veel kleiner dan het percentage dat in punt 95 van de beschikking wordt genoemd.

- 79 Met betrekking tot het samenstel van omstandigheden, feitelijk en rechtens, die in aanmerking hadden moeten worden genomen, gaat de beschikking voorbij aan een aantal essentiële elementen betreffende de vrije toegang tot de verkooppunten.
- 80 Allereerst bestaan er tal van verkooppunten die niet door een exclusiviteitsovereenkomst zijn gebonden. Vele van deze verkooppunten zijn zonder meer toegankelijk voor elke concurrent. Bovendien kunnen producenten die bereid zijn de nodige investeringen te verrichten, nieuwe afzetmogelijkheden creëren.
- 81 Ten tweede heeft de Commissie ook onvoldoende rekening gehouden met het feit dat de markt voor consumptie-ijs de laatste jaren snel is gegroeid, vooral op het grondgebied van de voormalige Duitse Democratische Republiek. Voor het creëren van nieuwe afzetmogelijkheden moet de producent evenwel een uitgebreid assortiment van ijs kunnen aanbieden, de nodige distributie verrichten en de traditionele speciaalzaken voorzien van de nodige vrieskisten om de produkten op te slaan.
- 82 De moeilijkheden die Mars heeft ondervonden om op de markt door te dringen, zouden derhalve niet te wijten zijn aan de door verzoekster en haar concurrenten gesloten exclusiviteitsovereenkomsten, maar aan de door Mars gevolgde strategie, die er onder meer in bestond de nodige investeringen uit de weg te gaan en zich slechts te wenden tot de verkooppunten die reeds consumptie-ijs verkopen.
- 83 Wat ten derde de andere door de Commissie in punt 135 van de beschikking aangevoerde belemmeringen van de toegang tot de markt betreft, te weten de noodzakelijke techniek voor het produceren van ijs in kleine verpakkingen en de door jarenlange ervaring en dure reclame gecreëerde voorkeur van de consument,

beschikt Mars ongetwijfeld over de nodige technische en andere middelen om consumptie-ijs te produceren en geniet zij een veel grotere bekendheid dan verzoekster.

84 In die omstandigheden belet noch belemmert het bestaande netwerk van exclusiviteitsovereenkomsten de toegang tot de traditionele specialzaken.

85 In de punten 71-74 van haar beschikking stelt de Commissie allereerst vast, dat de door verzoekster aan de wederverkopers opgelegde exclusieve afnameverplichting zowel de mededinging tussen produkten van hetzelfde merk als de mededinging tussen produkten van verschillende merken beperkt. Wegens het contractuele verbod dat hem bindt, kan de wederverkoper de aanbiedingen betreffende produkten van andere leveranciers derhalve niet in aanmerking nemen. De exclusieve afnameverplichtingen bemoeilijken of verhinderen het opzetten van onafhankelijke afzetstructuren, die noodzakelijk zijn voor de intrede van nieuwe concurrenten op de betrokken markt of voor de versteviging van een reeds bestaande marktpositie. De contractuele verplichting om uitsluitend contractprodukten te betrekken, houdt ipso facto het verbod in om produkten te verkopen die met de contractprodukten concurreren. De combinatie van het ene en het andere beperkt in het onderhavige geval de mededinging.

86 Vervolgens wordt in punt 104 van de beschikking vastgesteld, dat verzoeksters omzetcijfer en het marktaandeel van de omstreden leveringsovereenkomsten de drempels genoemd in de bekendmaking van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen (PB 1986, C 231, blz. 2; hierna: „bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis”), ruimschoots overschrijden. Reeds op grond van die vaststelling kan worden geconcludeerd, dat de leveringsovereenkomsten de Duitse concurrenten en de concurrenten

uit de andere Lid-Staten merkbaar beperken in hun mogelijkheden om hun intrede te doen op de relevante markt of hun marktaandeel aldaar te vergroten, en derhalve onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. In het onderhavige geval behoeft bijgevolg geen onderzoek te worden verricht van de gevolgen van de netwerken van soortgelijke overeenkomsten die andere ondernemingen op de relevante markt hebben gesloten.

- 87 In haar memories en ter terechtzitting heeft de Commissie daaraan toegevoegd, dat slechts wanneer het netwerk van gelijksoortige overeenkomsten van de onderneming wier overeenkomsten aan het mededingingsrecht worden getoetst, op zichzelf niet voldoet aan de voorwaarde van merkbaar ongunstige beïnvloeding, het cumulatief effect van parallelle netwerken volgens de rechtspraak in aanmerking moet worden genomen (zie arrest van 12 december 1967, zaak 23/67, Brasserie de Haecht, Jurispr. 1967, blz. 525, en arrest Delimitis, reeds aangehaald).
- 88 Intervenïente Mars geeft toe, dat de bindingsgraad 25 à 30 % bedraagt, ongeacht of de door de Commissie dan wel de door verzoekster verrichte afbakening van de markt als uitgangspunt wordt genomen. Dit cijfer weerspiegelt evenwel niet de reële marktvoorwaarden in de traditionele handel, daar de berekening op basis van een gemiddelde is verricht.
- 89 De situatie in de traditionele handel moet afzonderlijk worden onderzocht, daar meer dan 60 % van het ijs in kleine verpakkingen via dit kanaal wordt afgezet en verzoekster slechts op dit deel van de betrokken markt leveringsovereenkomsten heeft gesloten.
- 90 Volgens het door intervenïente verrichte onderzoek bedroeg de bindingsgraad in de traditionele handel in 1990 meer dan 70 %. Bovendien moeten ook verzoeksters

marktaandeel en de concentratiegraad in aanmerking worden genomen. In 1992 nam verzoekster 60 % van de verkoop van ijs in kleine verpakkingen in de traditionele handel voor haar rekening. Het marktaandeel van Schöller bedroeg 33,4 %. Deze twee grote producenten hadden samen dus een marktaandeel van meer dan 90 %. Het lijkt geen twijfel, dat verzoekster en Schöller een machtspositie innemen op deze markt. Derhalve kan niet redelijkerwijze worden betwijfeld, dat de door verzoekster gesloten exclusiviteitsovereenkomsten onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.

- 91 Bovendien stuit een nieuwe concurrent op de markt op het probleem, dat het voor de door een exclusiviteitsovereenkomst gebonden detailhandelaar gaat om een „beslissing van alles of niets”. Weinig handelaars zijn bereid af te zien van het assortiment van produkten van de concurrent met een machtspositie en te kiezen voor de minder bekende produkten van de nieuwe concurrent.
- 92 Het enkele feit dat Mars naar eigen zeggen in de detailhandel in levensmiddelen voor „multipacks”, waarvoor geen exclusiviteitsovereenkomsten bestaan, een marktaandeel van ongeveer 17 % heeft — dit is tien keer meer dan haar marktaandeel voor ijsrepen in de traditionele handel (ongeveer 1,7 %) — is een voldoende bewijs, dat de toegang tot de traditionele handel voor haar gesloten blijft.
- 93 Op verzoeksters stelling, dat de betrokken markt groeit, antwoordt Mars, dat in de regel voor het oordeel of het voor een onderneming die op de markt verschijnt, mogelijk is tot de traditionele speciaalzaken door te dringen, niet mag worden uitgegaan van de theoretische mogelijkheid om afzetkanalen te creëren. Er dient aan te worden herinnerd, dat juist de uit economisch oogpunt interessantste verkooppunten door exclusiviteitsovereenkomsten zijn gebonden.

Beoordeling rechtens

- 94 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat de Commissie in de punten 71-73 van de beschikking terecht heeft geoordeeld, dat de in de leveringsovereenkomsten opgenomen clause waarbij de detailhandelaar zich ertoe verbindt, in zijn verkooppunt enkel produkten te verkopen die hij rechtstreeks van verzoekster heeft betrokken, zowel een exclusieve afnameverplichting als een mededingingsverbod bevat, welke zowel de mededinging tussen produkten van hetzelfde merk als de mededinging tussen produkten van verschillende merken kunnen beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 95 In die omstandigheden moet worden nagaan, of de Commissie feitelijk en rechtens afdoende heeft aangetoond, dat de omstreden leveringsovereenkomsten, zoals zij stelt, de mededinging op de markt merkbaar beïnvloeden.
- 96 Vaststaat allereerst, dat verzoekster op de relevante markt een sterke positie inneemt. Blijkens de processtukken behaalde verzoekster, een dochteronderneming van de Deutsche Unilever GmbH die deel uitmaakt van het internationale Unilever-concern — een van 's werelds grootste producenten van consumptiegoederen — in 1990 en 1991 in de sector consumptie-ijs een omzet van meer dan een miljard DM. Volgens de punten 27, 33 en 95 van de beschikking bedroeg verzoeksters aandeel in de relevante markt in 1991 ongeveer (...) % (meer dan 45 %) en dit zowel in de levensmiddelenhandel als in de traditionele handel. Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat ofschoon verzoekster heeft betwist een dergelijk marktaandeel te bezitten, omdat de markt haars inziens ruimer dient te worden omschreven en alle industrieel en ambachtelijk bereid consumptie-ijs dient te omvatten, zij niet uitdrukkelijk heeft ontkend op de markt van industrieel ijs in kleine verpakkingen het marktaandeel te bezitten dat de Commissie haar in het kader van haar marktafbakening toeschrijft. Met betrekking tot het kwantitatieve belang van de omstreden overeenkomsten op de relevante markt blijkt uit de

processtukken, dat op de relevante markt zoals deze door de Commissie is afgebakend, ongeveer (...) % (meer dan 15 %) van de verkooppunten aan verzoekster zijn gebonden en dat de omzet die verzoekster via deze verkooppunten behaalt, eveneens (...) % (meer dan 15 %) van de totale verkoop op de markt bedraagt.

97 Volgens de Commissie kan reeds op grond van die gegevens worden geconcludeerd, dat de overeenkomsten de Duitse concurrenten en de concurrenten uit de andere Lid-Staten merkbaar beperken in hun mogelijkheden om hun intrede te doen op de relevante markt of om hun marktaandeel aldaar te vergroten, zonder dat het cumulatief effect van de door de andere leveranciers van consumptie-ijs opgezette parallelle netwerken behoeft te worden onderzocht, daar de omstreden overeenkomsten reeds ongeveer (...) % (meer dan 15 %) van de relevante markt betreffen en het door de deelnemende ondernemingen gerealiseerde omzetcijfer de drempel die in de bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis wordt genoemd, ruimschoots overschrijdt.

98 Opgemerkt zij evenwel, dat deze bekendmaking slechts een omschrijving beoogt te geven van de overeenkomsten die volgens de Commissie de mededinging of de handel tussen Lid-Staten niet merkbaar beïnvloeden. Er kan echter niet met zekerheid uit worden afgeleid, dat een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten, door het enkele feit dat de in de bekendmaking genoemde drempels worden overschreden, automatisch de mededinging merkbaar kan verhinderen, beperken of vervalsen. Volgens de tekst zelf van punt 3 van die bekendmaking is het overigens goed mogelijk, dat in bepaalde gevallen ook overeenkomsten tussen ondernemingen die boven de vermelde drempels liggen, eventueel slechts in zo geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen Lid-Staten of de mededinging, dat zij niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.

99 Met betrekking tot de vraag, of exclusieve afnameovereenkomsten onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, dient volgens de rechtspraak te

worden nagegaan, of bij onderzoek van alle op de relevante markt gesloten soortgelijke overeenkomsten en van de overige elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomsten blijkt, dat die overeenkomsten het cumulatief effect hebben, nieuwe binnenlandse en buitenlandse concurrenten de toegang tot die markt te beletten. Indien blijkt dat dit niet het geval is, kunnen de tot het netwerk behorende overeenkomsten de mededinging niet beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Blijkt bij het onderzoek daarentegen, dat de relevante markt moeilijk toegankelijk is, dan moet vervolgens worden nagegaan, in hoeverre de omstreden overeenkomsten bijdragen tot het cumulatief effect, met dien verstande dat alleen verboden zijn de overeenkomsten die in aanzienlijke mate bijdragen tot een eventuele afscherming van de markt (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 23 en 24).

100 Vervolgens dient eraan te worden herinnerd, dat gelijk het Hof in zijn reeds genoemd arrest *Brasserie de Haecht* heeft overwogen, voor de beoordeling van de gevolgen van een exclusiviteitsovereenkomst rekening moet worden gehouden met de economische en juridische omstandigheden waarin zij haar plaats vindt en samen met andere omstandigheden tot gevolgen voor de mededinging kan leiden.

101 Met betrekking tot de gevolgen van netwerken van exclusiviteitsovereenkomsten voor de toegang tot de markt, blijkt bovendien uit de rechtspraak van het Hof, dat deze met name afhangen van het aantal bij overeenkomst aan de producenten gebonden verkooppunten ten opzichte van het aantal niet-gebonden detailhandelaars, van de hoeveelheden waarop die verplichtingen betrekking hebben alsmede van de verhouding tussen die hoeveelheden en de hoeveelheden die door niet-gebonden detailhandelaars worden afgezet. Anderzijds vormt de uit een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten voortvloeiende bindingsgraad, ofschoon van belang voor de beoordeling van de afscherming van de markt, slechts één van de elementen van de economische en juridische context waarbinnen een overeenkomst of, zoals in het onderhavige geval, een netwerk van overeenkomsten moet worden beoordeeld (arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 19 en 20).

102 Bij de vaststelling van de bindingsgraad moet in het onderhavige geval rekening worden gehouden met de mogelijkheden van toegang tot de detailhandel op de hele

referentiemarkt, zoals deze door de Commissie is afgebakend, te weten zowel de traditionele handel als de levensmiddelenhandel, daar de afbakening van de markt het kader vormt voor de beoordeling van de gevolgen die de omstreden overeenkomsten voor de mededinging hebben.

- 103 Dienaangaande moet allereerst worden vastgesteld, dat, zoals hierboven in rechts-overweging 96 is gezegd, wanneer men rekening houdt met de omvang van de verkoop van consumptie-ijs in kleine verpakkingen op de relevante markt, de bindingsgraad ongeveer (...) % (meer dan 15 %) bedraagt, toe te schrijven aan de door verzoekster gesloten exclusiviteitsovereenkomsten, en ongeveer (...) % (meer dan 15 %) indien men rekening houdt met de verhouding tussen het aantal aan verzoekster gebonden verkooppunten en het totale aantal verkooppunten.
- 104 Wat het cumulatief effect van andere soortgelijke overeenkomsten op de markt betreft, bestrijken de door Schöller, de andere grote producent van consumptie-ijs in Duitsland, gesloten exclusiviteitsovereenkomsten ongeveer (...) % (meer dan 10 %) van de relevante markt, ongeacht of het percentage van de gebonden verkooppunten dan wel dat van de door deze verkooppunten gerealiseerde omzet als uitgangspunt wordt genomen.
- 105 Derhalve moet worden vastgesteld, dat de door de twee grootste producenten opgezette netwerken van exclusieve afnameovereenkomsten ongeveer (...) % van de markt betreffen, dus meer dan de bindingsgraad van 30 % die de Commissie aanvaardbaar achtte ten tijde van haar administratieve brief aan Schöller, welke zij vervolgens in punt 19 van het Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid van 1985 heeft toegelicht.
- 106 Gelijk hierboven in rechtsoverweging 101 is gezegd, vormt de bindingsgraad evenwel slechts één van de elementen van de economische en juridische context waarbinnen een netwerk van overeenkomsten moet worden beoordeeld. Daarnaast moeten de marktvoorwaarden worden onderzocht en moet met name worden

nagegaan, of er voor een nieuwe concurrent reële en concrete mogelijkheden zijn om op de markt door te dringen niettegenstaande het bestaan van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten.

107 Wat deze elementen betreft, heeft de Commissie erop gewezen, dat er zowel in de levensmiddelenhandel als in de traditionele handel nog andere belangrijke belemmeringen van de toegang tot de markt bestaan. Dienaangaande blijkt uit de punten 135-138 van de beschikking, dat de toegang tot de markt voor nieuwe concurrenten wordt bemoeilijkt door het bestaan van een systeem waarbij verzoekster zowel in de levensmiddelenhandel als in de traditionele handel een groot aantal vrieskisten ter beschikking van de detailhandelaars stelt [volgens punt 58 van de beschikking ongeveer (...) van het totaal, waarvan (...) in de traditionele handel en (...) in de levensmiddelenhandel], op voorwaarde dat de detailhandelaars deze uitsluitend voor de produkten van verzoekster gebruiken.

108 De Commissie heeft terecht geoordeeld, dat de toegang tot de markt daardoor wordt bemoeilijkt. Deze omstandigheid heeft immers noodzakelijkerwijs tot gevolg, dat een concurrent die zijn intrede doet op de markt, de detailhandelaar moet overhalen de door verzoekster geïnstalleerde vrieskist te ruilen voor een andere, hetgeen meebrengt dat hij afziet van de met de produkten van de vroegere leverancier behaalde omzet, of hem moet overhalen een bijkomende vrieskist te installeren, hetgeen met name wegens het plaatsgebrek in de kleine verkooppunten vaak onmogelijk is. Indien de nieuwe concurrent daarbij dan nog slechts een beperkt assortiment van produkten kan aanbieden, hetgeen het geval is voor interveniënte, kan hij veel moeilijkheden ondervinden om de detailhandelaar ertoe te brengen zijn overeenkomst met de vroegere leverancier op te zeggen.

109 Bovendien blijkt uit de processtukken, dat verzoekster althans tot het seizoen 1992 in de levensmiddelenhandel door het verlenen van kortingen bij naleving van de exclusiviteitsverplichting (...) % van de afzet van ijs in eenpersoonsverpakking heeft gerealiseerd.

- 110 Verder blijkt uit de processtukken, dat de traditionele handel een groot aantal individuele detailhandelaars telt waarvan de gemiddelde omzet vrij klein is. Om een rendabel distributiesysteem te kunnen opzetten moet een nieuwe concurrent derhalve over een groot aantal detailhandelaars kunnen beschikken die geografisch zodanig zijn geconcentreerd, dat zij vanuit regionale of centrale opslagplaatsen kunnen worden bevoorrad. Door het ontbreken van een onafhankelijke tussenhandel vormt deze fragmentatie van de vraag een bijkomende belemmering van de toegang tot de markt. Ten slotte heeft de Commissie terecht in aanmerking genomen, dat verzoeksters produkten een grote merkbekendheid genieten.
- 111 Gelet op al deze omstandigheden en mede in aanmerking genomen de effectieve duur van de omstreden overeenkomsten, te weten ongeveer twee en half jaar, blijkt uit het onderzoek van het geheel van soortgelijke overeenkomsten op de relevante markt alsmede van de andere elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomsten, zoals deze in de rechtsoverwegingen 107 tot en met 110 hierboven zijn geanalyseerd, dat de door verzoekster gesloten exclusieve afnameovereenkomsten de mededinging merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 112 Gezien de sterke positie die verzoekster op de relevante markt inneemt, en met name gezien haar marktaandeel, dragen die overeenkomsten in aanzienlijke mate bij tot afscherming van de markt.
- 113 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie derhalve terecht geoordeeld, dat de omstreden overeenkomsten de mededinging op de relevante markt merkbaar beperken. Bijgevolg behoeft dienaangaande het door verzoekster en interveniënte voorgestelde getuigenverhoor niet plaats te vinden.
- 114 Mitsdien moet het tweede onderdeel van het middel worden afgewezen.

Het derde onderdeel: het ontbreken van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 115 Verzoekster betoogt, dat de leveringsovereenkomsten de handel tussen Lid-Staten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden. De exclusieve afnameverplichting kan een dergelijke invloed immers slechts hebben in geval van wederinvoer door buitenlandse tussenhandelaars, doch die zijn er niet en zullen er waarschijnlijk ook in de toekomst niet zijn.
- 116 Met betrekking tot het in die overeenkomsten vervatte mededingingsverbod stelt verzoekster enerzijds, dat de Commissie niet heeft aangetoond, dat er in andere Lid-Staten ondernemingen zijn die verzoeksters produkten op de Duitse markt willen verkopen, en anderzijds, dat de enkele grensoverschrijdende leveringen van consumptie-ijs voor het merendeel binnen één groep van ondernemingen plaatsvinden en derhalve geen handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen. Verzoekster voegt daar onder verwijzing naar punt 75 van de beschikking aan toe, dat een Duitse onderneming die de voor de Duitse markt bestemde produkten in Frankrijk vervaardigt, daardoor nog geen Franse onderneming wordt.
- 117 In haar beschikking stelt de Commissie vast, dat de exclusieve afnameverplichting en het mededingingsverbod in de omstreden overeenkomsten een mededingingsbeperking vormen die de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, omdat deze overeenkomsten van dien aard zijn, dat zij ertoe leiden dat de Duitse markt wordt afgeschermd tegen ijs uit andere Lid-Staten, in het onderhavige geval tegen het in Frankrijk bereide ijs van Mars.

- 18 Ten slotte volgt uit de rechtspraak, dat de Commissie niet hoeft aan te tonen dat de overeenkomsten de handel tussen de Lid-Staten inderdaad merkbaar ongunstig hebben beïnvloed. Artikel 85, lid 1, van het Verdrag verlangt dit bewijs, dat „trouwens in de meeste gevallen slechts moeilijk rechtens genoegzaam zou kunnen worden geleverd, [niet, doch verlangt] veeleer het bewijs dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben” (zie arrest Hof van 1 februari 1978, zaak 19/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131).

Beoordeling rechtens

- 119 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht, om de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, een overeenkomst tussen ondernemingen op grond van een geheel van objectieve omstandigheden — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet doen verwachten, dat zij al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten dusdanig kan beïnvloeden dat voor een belemmering van de verwezenlijking van één enkele markt tussen de Lid-Staten kan worden gevreesd (zie laatstelijk arrest Gerecht 14 juli 1994, zaak T-77/92, Parker Pen, Jurispr. 1994, blz. II-549, r. o. 39, en arrest Hof van 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 22).
- 120 Het cumulatief effect van een netwerk van exclusiviteitsovereenkomsten dat het gehele grondgebied van een Lid-Staat en ongeveer (...) % van de relevante markt (zie hierboven rechtsoverweging 105) bestrijkt, kan concurrenten uit andere Lid-Staten beletten tot de markt door te dringen, de nationale drempelvorming versterken en de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruisen (zie in die

zin arrest Hof van 17 oktober 1972, zaak 8/72, Cementhandelaren, Jurispr. 1972, blz. 977).

- 121 De Commissie stelt in punt 75 van haar beschikking derhalve terecht vast, dat de omstreden overeenkomsten ertoe kunnen leiden, dat de Duitse markt wordt afgeschermd tegen ijs uit andere Lid-Staten, bij voorbeeld tegen het ijs van Mars, dat in Frankrijk wordt bereid.
- 122 Met betrekking tot verzoeksters argument, dat het voor interveniënte Mars gaat om grensoverschrijdende leveringen binnen één groep van ondernemingen, die geen handel tussen Lid-Staten vormen, dient eraan te worden herinnerd, dat volgens de rechtspraak van het Hof dergelijke leveringen de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden. Zo heeft het Hof in zijn arrest van 10 december 1985 (gevoegde zaken 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie, Jurispr. 1985, blz. 3831, r. o. 49) geoordeeld, dat ook wanneer er geen sprake is van marktafsluiting, prijsovereenkomsten tussen ondernemingen die in één Lid-Staat zijn gevestigd en enkel de markt van die Lid-Staat bestrijken, het handelsverkeer tussen Lid-Staten raken in de zin van artikel 85 van het Verdrag, zodra zij — al was het maar ten dele — betrekking hebben op een uit een andere Lid-Staat afkomstig produkt, en zelfs indien de contractanten dat produkt hebben betrokken van een onderneming van hun groep.
- 123 Deze rechtspraak geldt ook voor grensoverschrijdende leveringen van een marktdeelnemer die niet deelneemt aan exclusiviteitsovereenkomsten.
- 124 Mitsdien is het derde onderdeel van het middel ongegrond.

Het vierde onderdeel: de gestelde verplichting van de Commissie om de afzonderlijke overeenkomsten aldus te splitsen dat een deel daarvan niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 125 Verzoekster betoogt, dat artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie niet de bevoegdheid verleent exclusiviteitsovereenkomsten te verbieden die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Haars inziens volgt uit het reeds genoemde arrest *Delimitis*, dat een bepaald aantal of een bepaalde categorie exclusiviteitsovereenkomsten, ongeacht op welke wijze dat aantal of die categorie worden bepaald, niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Derhalve heeft de Commissie in punt 107 van de beschikking ten onrechte alle bestaande overeenkomsten verboden zonder na te gaan of te bepalen, welke overeenkomsten binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.
- 126 Verder is het ook verkeerd, te stellen dat artikel 85, lid 2, van het Verdrag zich om redenen van rechtszekerheid verzet tegen een splitsing van de overeenkomsten die tot een netwerk van overeenkomsten behoren. Dit blijkt duidelijk uit de beschikking die de president van het Gerecht op 16 juni 1992 heeft gegeven in de zaak die aan de instelling van het onderhavige beroep is voorafgegaan (zie hierboven rechts-overweging 8).
- 127 De Commissie betoogt, dat volgens de in punt 107 van de beschikking gedane vaststellingen, de in het onderhavige geval geconstateerde merkbare invloed op de mededinging betrekking heeft op alle door verzoekster gesloten leveringsovereenkomsten. Wanneer het gaat om een netwerk van soortgelijke overeenkomsten die door één en dezelfde producent zijn gesloten, is de merkbare invloed aanwezig of niet aanwezig zonder dat bepaalde elementen daaruit kunnen worden afgezonderd.

Het is op grond van artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet mogelijk afzonderlijke overeenkomsten of netwerken van overeenkomsten zodanig te splitsen, dat een „niet-merkbaar” gedeelte aan het verbod kan worden onttrokken. Een dergelijke splitsing zou overigens willekeurig zijn.

- 128 Bovendien verzet artikel 85, lid 2, van het Verdrag zich om redenen van rechtszekerheid tegen een splitsing, inzonderheid bij netwerken.

Beoordeling rechtens

- 129 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat volgens de rechtspraak een door één enkele leverancier opgezet netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten aan het verbod van artikel 85, lid 1, kan ontsnappen wanneer het samen met alle soortgelijke overeenkomsten op de markt, daaronder begrepen de overeenkomsten van andere leveranciers, niet in aanzienlijke mate bijdraagt tot het afsluiten van de markt voor nieuwe binnenlandse en buitenlandse concurrenten (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 23 en 24). Dit houdt in, dat in geval van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten gesloten door één enkele producent, de beoordeling van de gevolgen van dit netwerk voor de mededinging ook geldt voor de afzonderlijke overeenkomsten waaruit dit netwerk bestaat. Bovendien moet de Commissie voor het beoordelen van de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uitgaan van de reële gegevens van het concrete geval en mag zij zich niet op hypothetische situaties baseren. De Commissie heeft terecht opgemerkt, dat in het onderhavige geval het splitsen van de omstreden overeenkomsten in verschillende hypothetische categorieën willekeurig zou opleveren.
- 130 Met betrekking tot de reeds genoemde beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, die verzoekster heeft aangevoerd om aan te tonen dat de rechtszekerheid zich niet tegen een splitsing van haar overeenkomsten verzet, dient eraan te worden herinnerd, dat die beschikking, die de toepassing van de beschik-

king van de Commissie van 25 maart 1992 heeft opgeschort, behalve met betrekking tot de exclusieve verkooppunten van verzoekster en Schöller in tankstations, in kort geding is gegeven. Deze na afweging van de verschillende belangen van de procespartijen getroffen maatregel was bedoeld om ernstige en onherstelbare schade voor zowel Mars als verzoekster te voorkomen. De beschikking had dus een bijzonder doel en kan derhalve niet worden ingeroepen tot staving van de stelling, dat de Commissie de afzonderlijke overeenkomsten moest splitsen om te oordelen of zij onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vielen.

- 131 Een netwerk van soortgelijke overeenkomsten moet derhalve in zijn geheel worden beoordeeld en de Commissie heeft de overeenkomsten dus terecht niet gesplitst. Dit onderdeel van het middel moet derhalve worden afgewezen.
- 132 Uit het voorgaande volgt, dat het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moet worden afgewezen.

Het middel inzake schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag

- 133 Verzoekster betoogt, dat ingeval de omstreden overeenkomsten toch onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, zij in aanmerking komen voor een groepsvrijstelling krachtens verordening nr. 1984/83 of voor een individuele vrijstelling. Het middel bestaat uit vier onderdelen. Allereerst heeft de Commissie ten onrechte geoordeeld, dat alle omstreden overeenkomsten voor onbepaalde duur zijn gesloten en derhalve volgens artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 niet in aanmerking komen voor vrijstelling krachtens die verordening. Ten tweede kan de Commissie de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende vrijstelling niet intrekken op grond van artikel 14, sub a en b, van die verordening, daar laatstge-

noemde bepalingen in het onderhavige geval niet van toepassing zijn. Verzoekster heeft dienaangaande een exceptie van onwettigheid opgeworpen. Ten derde had de Commissie, zelfs al zouden die bepalingen van toepassing zijn, niet het recht de groepsvrijstelling in te trekken, daar de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag genoemde voorwaarden zijn vervuld. Bovendien komen de overeenkomsten in aanmerking voor een individuele vrijstelling. Ten vierde en ten laatste heeft de Commissie het evenredigheidsbeginsel geschonden door de groepsvrijstelling in te trekken voor alle omstreden overeenkomsten.

Het eerste onderdeel: de duur van omstreden overeenkomsten

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 134 Met betrekking tot de duur van de exclusiviteitsovereenkomsten verklaart verzoekster om te beginnen, dat de in sommige van de omstreden overeenkomsten bepaalde vaste duur van twee jaar in de praktijk, ondanks de clause van automatische verlenging voor een jaar, overeenkomt met de feitelijke duur, daar de geranten van de verkooppunten hun overeenkomst zo snel mogelijk opzeggen om betere contractuele voorwaarden te bedingen. De Commissie heeft derhalve ten onrechte geoordeeld, dat alle leveringsovereenkomsten voor onbepaalde duur zijn gesloten en derhalve overeenkomstig artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 niet onder de krachtens die verordening geldende vrijstelling vallen. Indien de gerant van een verkooppunt zijn overeenkomst opzegt en de contractuele betrekkingen worden later hersteld, is er immers een nieuwe overeenkomst voor bepaalde duur.

- 135 Wat er ook van zij, de bezwaren die de Commissie dienaangaande in punt 112 van de beschikking heeft geformuleerd, zullen weldra zonder voorwerp worden. De enige overeenkomsten die een probleem opleveren, zijn immers die waarin een

vaste duur van twee jaar en automatische verlenging aan het einde van elke vervaldag zijn overeengekomen. Tijdens de schriftelijke procedure heeft verzoekster beklemtoond, dat zij haar overeenkomstenpraktijk aan het wijzigen is door een clause op te nemen volgens welke de overeenkomst voor maximaal vijf jaar wordt gesloten.

- 136 De Commissie betoogt, zoals zij in punt 112 van de beschikking heeft uiteengezet, dat „overeenkomsten met een vaste duur van maximaal twee jaar en automatische verlenging” „voor onbepaalde duur” zijn gesloten in de zin van artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83, daar de beëindiging ervan afhankelijk is van een onzekere, toekomstige gebeurtenis. De mogelijkheid om de overeenkomsten tijdens de periode van automatische verlenging elk jaar op te zeggen met inachtneming van een bepaalde termijn, verandert niets aan de juridische beoordeling. Deze leveringsovereenkomsten vallen derhalve niet onder de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling.

Beoordeling rechtens

- 137 Er dient aan te worden herinnerd, dat volgens artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 de krachtens die verordening geldende groepsvrijstelling niet van toepassing is wanneer de betrokken overeenkomst voor onbepaalde duur is gesloten. Welnu, er bestaat in de praktijk geen verschil tussen een overeenkomst die uitdrukkelijk voor onbepaalde duur is gesloten met de mogelijkheid voor de partijen om hun contractuele betrekkingen te beëindigen — dit soort overeenkomsten valt volgens artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 niet onder de krachtens die verordening geldende groepsvrijstelling — en een overeenkomst die, zoals in het onderhavige geval, na twee jaar stilzwijgend wordt verlengd zolang zij niet door een van de partijen wordt opgezegd. In beide gevallen staat het de contractpartijen vrij, hun contractuele betrekkingen te heroverwegen met inaanmerkingneming van de alternatieven die op de markt voorhanden zijn. Deze heroverweging, die artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 beoogt op te leggen, geeft nieuwe concur-

renten de gelegenheid toegang te krijgen tot detailhandelaars die niet meer gebonden zijn. Beslissend voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van deze overeenkomsten is namelijk, gelijk de Commissie in punt 113 van de beschikking heeft overwogen, dat de duur niet vaststaat, daar hij van het initiatief van een der partijen afhangt.

- 138 Stilzwijgend verlengbare overeenkomsten waarvan de duur vijf jaar kan overschrijden, moeten derhalve worden geacht voor onbepaalde duur te zijn gesloten en vallen bijgevolg niet onder de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling. Het eerste onderdeel van het middel moet derhalve worden afgewezen.

Het tweede onderdeel: niet-toepasselijkheid van de bepalingen van artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 139 Verzoekster betoogt, dat de Commissie overeenkomsten waarvan de duur voldoet aan de eisen van artikel 3 van verordening nr. 1984/83 en die derhalve onder de krachtens die verordening geldende groepsvrijstelling vallen, het voordeel van die vrijstelling niet kan ontnemen op grond dat de toegang tot de traditionele speciaalzaken aanzienlijk wordt belemmerd door de exclusiviteitsovereenkomsten die verzoekster en haar concurrenten hebben gesloten, of op grond dat de via de traditionele speciaalzaken afgezette consumptie-ijsprodukten niet „in daadwerkelijke mededinging” staan met andere consumptie-ijsprodukten, daar de desbetreffende bepalingen, te weten artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83, niet van toepassing zijn omdat zij geen rechtsgrondslag hebben.

140 Tot staving van die stelling voert zij aan, dat volgens artikel 7 van verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 1965, blz. 533; hierna: „verordening nr. 19/65”), de rechtsgrondslag van artikel 14 van verordening nr. 1984/83, de Commissie de groepsvrijstelling slechts kan intrekken wanneer de overeenkomsten waarvoor deze gold, „bepaalde gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag”.

141 Artikel 14, sub a, van verordening nr. 1984/83 eist bovendien, dat de betrokken produkten in „daadwerkelijke mededinging” staan met andere produkten. Artikel 85, lid 3, van het Verdrag stelt evenwel als enige voorwaarde voor vrijstelling, dat de overeenkomst de betrokken ondernemingen niet „de mogelijkheid [geeft] voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen”. Bovendien eist artikel 14, sub b, van die verordening, dat de vrijgestelde overeenkomst „aan andere leveranciers de toegang tot de verschillende fasen van de distributie” niet in aanzienlijke mate belemmert, een vereiste dat niet voorkomt in artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Al kan artikel 14, sub a, ongetwijfeld conform artikel 85, lid 3, van het Verdrag worden uitgelegd, dit is niet het geval met artikel 14, sub b. Bijgevolg heeft de Commissie haar beschikking ten onrechte gemotiveerd met een verwijzing naar de bepalingen van artikel 14 van verordening nr. 1984/83, daar een verordening van de Commissie die niet wordt gedekt door de machtigingsbepaling waarop zij is gebaseerd, onwettig en derhalve in het onderhavige geval geheel of ten dele niet van toepassing is, tenzij zij in de zin van deze bepaling kan worden uitgelegd (zie arrest Hof van 10 maart 1971, zaak 38/70, Tradax, Jurispr. 1971, blz. 145).

142 Volgens de Commissie hebben artikel 14 van verordening nr. 1984/83 en artikel 7 van verordening nr. 19/65 dezelfde normatieve inhoud, zodat het probleem van de niet-toepasselijkheid van eerstgenoemde bepaling niet rijst. De bepalingen van artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83 zijn slechts als indicatie bedoeld. Zij omschrijven enkele van de situaties waarin de Commissie gebruik kan maken van haar bevoegdheid tot intrekking van de krachtens die verordening geldende

vrijstelling [zie bekendmaking van de Commissie inzake de verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op, onderscheidenlijk, groepen alleenverkoopovereenkomsten en groepen exclusieve afnameovereenkomsten (PB 1984, C 101, blz. 2)]. Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat waar de uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten vrijstelling belet, dit ook geldt voor de verschillende fasen van de distributie in de zin van artikel 14, sub b, van verordening nr. 1984/83 (zie arrest Hof van 13 juli 1966, zaak 32/65, Italië/Raad en Commissie, Jurispr. 1966, blz. 579, en het arrest Europemballage en Continental Can, reeds aangehaald).

- 143 Bovendien volgt uit het arrest Europemballage en Continental Can, dat het streven van de Verdragsauteurs om ook daar waar concurrentiebeperkingen zijn toegelaten, de mogelijkheden van een daadwerkelijke of potentiële mededinging op de markt in stand te houden, de verschillende fasen van de distributie niet uitsluit.

Beoordeling rechtens

- 144 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat de vraag of de Commissie de groepsvrijstelling ten onrechte heeft ingetrokken krachtens artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83, omdat deze bepalingen in het onderhavige geval niet van toepassing zijn, enkel betrekking heeft op de overeenkomsten die voor een periode van ten hoogste vijf jaar zijn gesloten en dus volgens de Commissie voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, sub d, van die verordening (zie punt 114 van de beschikking), terwijl „overeenkomsten met een vaste duur van twee jaar en automatische verlenging” en overeenkomsten met een duur van meer dan vijf jaar niet onder de in artikel 1 van die verordening bedoelde vrijstelling vallen.

- 145 Volgens artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83 kan de Commissie de krachtens die verordening geldende vrijstelling, waarvoor per definitie niet moest worden onderzocht of daadwerkelijk is voldaan aan de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden voor vrijstelling, intrekken wanneer zij na onderzoek van een concreet geval vaststelt, dat de krachtens de verordening vrijgestelde overeenkomsten niet voldoen aan alle voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 146 Een dergelijke regeling verdraagt zich met artikel 7 van verordening nr. 19/65, de rechtsgrondslag van artikel 14 van verordening nr. 1984/83, volgens hetwelk de Commissie kan bepalen dat een groepsvrijstellingsverordening niet meer van toepassing is, wanneer zij vaststelt dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen bepaalde gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 147 Verder blijkt uit de tekst van artikel 14 van verordening nr. 1984/83, dat het bepaalde sub a en b, dat wordt ingeleid door „met name”, bestaat uit een aantal voorbeelden van gevallen waarin ondernemingen kunnen verwachten dat de Commissie hun groepsvrijstelling bij beschikking intrekt.
- 148 Vervolgens dient eraan te worden herinnerd, dat het Hof in zijn arrest Europemballage en Continental Can, reeds aangehaald, met betrekking tot de vierde voorwaarde voor vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft geoordeeld, „dat het streven van de Verdragsauteurs om ook daar waar concurrentiebeperkingen zijn toegelaten, de mogelijkheden van een daadwerkelijke of potentiële mededinging op de markt in stand te houden, uitdrukkelijk zijn neerslag heeft gevonden in artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag”. De voorwaarde inzake handhaving van een daadwerkelijke mededinging in artikel 14, sub a, van verordening nr. 1984/83 valt derhalve onder de machtiging van artikel 7 van verordening nr. 19/65.

149 Derhalve kan verzoeksters argument inzake de gestelde niet-toepasselijkheid van artikel 14, sub a, van verordening nr. 1984/83 niet worden aanvaard.

150 Uit de rechtspraak volgt ook, dat het beginsel van de vrije mededinging alle fasen en aspecten van de mededinging beheerst (zie arrest Hof van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449), en dat in artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet wordt onderscheiden tussen concurrerende handelaars, optredende op hetzelfde vlak, dan wel tussen niet-concurrerende handelaars, in verschillende stadia werkzaam, en dat niet mag worden onderscheiden waar in het Verdrag zelf geen onderscheid gemaakt wordt (arrest Italië/Raad en Commissie, reeds aangehaald).

151 Hieruit volgt, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag geldt voor alle fasen van het economisch proces en ook voor de in deze zaak aan de orde zijnde concurrentie tussen leveranciers ter zake van de toegang tot de verschillende verkooppunten.

152 Aangezien volgens artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag de bepalingen van lid 1 niet buiten toepassing kunnen worden verklaard voor overeenkomsten die ondernemingen „de mogelijkheid (...) geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen”, is het Gerecht, gelet op bovenstaande overwegingen, van oordeel, dat de Commissie een groepsvrijstelling in voorkomend geval krachtens artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag kan intrekken wanneer aan andere leveranciers de toegang tot de verschillende verkooppunten in aanzienlijke mate wordt belemmerd in de zin van artikel 14, sub b, van verordening nr. 1984/83.

- 153 Verzoeksters argument, dat artikel 14, sub b, van verordening nr. 1984/83 niet onder de machtiging van artikel 7 van verordening nr. 19/65 valt, is derhalve ongegrond.
- 154 In die omstandigheden moet het tweede onderdeel van het middel worden afgewezen.

Het derde onderdeel: de vraag of de leveringsovereenkomsten voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 155 Verzoekster betoogt, dat artikel 7 van verordening nr. 19/65, dat verwijst naar de artikelen 6 en 8 van verordening nr. 17, aldus moet worden uitgelegd, dat de Commissie een groepsvrijstelling slechts kan intrekken indien zij het bewijs levert, dat van in den beginne of vanaf een bepaald tijdstip niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, hetgeen zij in het onderhavige geval niet heeft gedaan.
- 156 Derhalve kan de Commissie de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling niet intrekken zolang zij niet heeft aangetoond dat is voldaan aan een van de voorwaarden voor toepassing van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17.

- 157 De betrokken exclusiviteitsovereenkomsten vallen nog steeds onder artikel 85, lid 3, van het Verdrag en komen derhalve ook in aanmerking voor een individuele vrijstelling. Verzoekster preciseert in dit verband, dat haar leveringsovereenkomsten niet bij de Commissie moesten worden aangemeld. Zij vallen immers onder de categorie bedoeld in artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17, ook al behoort verzoekster tot een internationaal concern.
- 158 Zij stelt allereerst onder verwijzing naar de vijfde en de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83, dat de leveringsovereenkomsten een verbetering van de distributie van de produkten tot gevolg hebben. Dank zij deze overeenkomsten kan het hele grondgebied immers regelmatig worden bevoorrad en kan een ruim assortiment van consumptie-ijs van hoge kwaliteit worden aangeboden. Zonder de bestaande distributienetten, waarvan een der wezenlijke bestanddelen is dat de verkooppunten volledig afhankelijk zijn van één bepaalde producent, zou een groot aantal kleine en middelgrote verkooppunten nooit hebben aanvaard consumptie-ijs te verkopen. Indien elk verkooppunt occasioneel produkten van andere producenten zou mogen verkopen, zou de efficiëntie van het distributiesysteem niet kunnen worden gewaarborgd, omdat de rentabiliteit ervan niet zou kunnen worden gehandhaafd. Dit zou de voortdurende bevoorrading van de verkooppunten met een volledig assortiment van produkten in gevaar brengen. Ook de omstandigheid dat door middel van de exclusiviteitsovereenkomsten nieuwe afzetmogelijkheden voor consumptie-ijs worden gecreëerd, is, anders dan de Commissie meent, objectief gezien in het algemeen belang.
- 159 Vervolgens betoogt verzoekster onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof (arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875), dat een regelmatige bevoorrading voor de consument een voordeel oplevert dat voldoende is om te worden beschouwd als een billijk aandeel in het voordeel dat voortvloeit uit de verbeteringen ten gevolge van de concurrentiebeperving die door de Commissie is toegestaan. Daarbij komt, dat indien de exclusiviteitsovereenkomsten worden afgeschaft, de distributiekosten en de consumptieprijsen aanzienlijk zouden stijgen, hetgeen in het nadeel van de consument is.

- 160 Ten slotte is voor de beoordeling van het bestaan van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt niet beslissend, of en in hoeverre de toegang tot de traditionele speciaalzaken aanzienlijk wordt belemmerd door de bestaande exclusiviteitsovereenkomsten. Zelfs indien dit het geval is, quod non, is daadwerkelijke mededinging op de markt voor consumptie-ijs mogelijk. Er is immers daadwerkelijke mededinging ter zake van de prijs, de kwaliteit en het assortiment van de producten en de diensten op markt. Dit blijkt duidelijk uit de schommelingen van verzoeksters marktaandeel en dat van Schöller.
- 161 Gelet op een en ander kon de groepsvrijstelling ook niet worden ingetrokken indien, anders dan verzoekster meent, de bepalingen van artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83 van toepassing waren.
- 162 De Commissie is daarentegen van mening, dat zij de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling op grond van artikel 14 van die verordening diende in te trekken, omdat de leveringsovereenkomsten niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 163 Zij herinnert er om te beginnen aan, dat anders dan bij individuele vrijstellingen bij groepsvrijstellingen per definitie niet voor elk geval afzonderlijk wordt onderzocht, of daadwerkelijk aan de in het Verdrag neergelegde vrijstellingsvoorwaarden is voldaan. Het is derhalve verkeerd, te stellen dat de in artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 gestelde voorwaarden voor intrekking van een individuele vrijstelling van beslissend belang zijn bij de intrekking van een groepsvrijstelling krachtens artikel 14 van verordening nr. 1984/83. Ingevolge laatstgenoemd artikel moest worden nagegaan, of de leveringsovereenkomsten in het onderhavige geval bepaalde gevolgen hadden die onverenigbaar waren met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, hetgeen in casu juist is gebeurd.

- 164 Allereerst dragen de leveringsovereenkomsten niet bij tot verbetering van de verdeling van de produkten in de zin van artikel 85, lid 3, daar zij geen objectieve en concrete voordelen voor het algemeen belang in de zin van het reeds genoemde arrest Consten en Grundig opleveren die de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen kunnen compenseren.
- 165 Wegens de sterke positie die verzoekster op de markt inneemt, treden de voordelen die aan exclusieve afnameovereenkomsten verbonden kunnen zijn, te weten versterking van de mededinging tussen produkten van verschillende merken, in het onderhavige geval niet in. Integendeel, het bestaan van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten — een belangrijke belemmering van de toegang tot de markt — beperkt de mededinging op de markt en leidt derhalve tot een aanzienlijke versterking van de positie van verzoekster ten opzichte van haar concurrenten. Bovendien loopt de regelmatige bevoorrading van de consumenten over het gehele grondgebied geen gevaar in geval van verdwijning van de exclusiviteitsovereenkomsten.
- 166 Verder mag niet worden aangenomen, dat de consumenten een billijk aandeel in de uit de overeenkomsten voortvloeiende voordelen krijgen door het feit dat de exclusiviteitsovereenkomsten een homogeen en transparant distributiestelsel creëren. Zonder de druk van een daadwerkelijke mededinging worden de ondernemingen immers niet gedwongen de uit die overeenkomsten voortvloeiende winst door te geven. Bovendien beperken de overeenkomsten de keuzemogelijkheid van de consument, daar deze in de gebonden verkooppunten slechts het consumptieassortiment van één bepaalde producent vindt.
- 167 Ten slotte is de Commissie van mening, dat aan de negatieve voorwaarde van artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag is voldaan, daar er op de relevante markt geen daadwerkelijke mededinging bestaat. Wat de levensmiddelenhandel betreft, vormen de sterke positie van verzoekster en Schöller, die samen meer dan twee derde van de verkoop via dit afzetkanaal voor hun rekening nemen, en de concentratie van de vraag een aanzienlijke belemmering van de toegang tot de markt. In de traditionele

handel wordt de toegang tot de markt grotendeels belemmerd door het cumulatief effect van alle van kracht zijnde exclusiviteitsovereenkomsten. Vergelijkt men de afzet die verzoekster realiseert via de door exclusiviteitsovereenkomsten gebonden wederverkopers, de groothandelaars daaronder begrepen, met de totale afzet van verzoekster in 1991, dan blijkt dat (...) % (meer dan 50 %) van de verkooppunten door een exclusiviteitsovereenkomst is gebonden.

168 De uit exclusiviteitsovereenkomsten voortvloeiende afscherming van de markt kan worden getemperd door de vrij korte duur van de overeenkomsten, hetgeen in casu evenwel niet het geval is, daar het gaat om overeenkomsten met een vaste duur tot twee jaar die voor onbepaalde tijd kunnen worden verlengd. Bovendien leidt ook het door verzoekster en Schöller op de hele markt toegepaste systeem van uitlening van vrieskisten tot een beperking van de mededinging.

169 Interveniente Mars stelt, dat het sluiten van exclusiviteitsovereenkomsten en het opzetten van een specifiek distributiesysteem door de producent niet absoluut noodzakelijk zijn voor een efficiënte en rationele distributie van industrieel bereid consumptie-ijs op de relevante markt. Het is zeer uitzonderlijk, dat producenten, zoals verzoekster en Schöller, er een eigen vervoersysteem op nahouden. De zogenoemde „impulsprodukten” worden in de regel door de producent afgeleverd in de centrale opslagplaatsen van de groothandelaars, die de bestellingen van de verschillende verkooppunten groeperen en uitvoeren.

170 Mars herinnert eraan, dat de groep Unilever, waartoe verzoekster behoort, in een brief van 30 oktober 1974 aan haar Ierse dochteronderneming heeft gevraagd, niet langer exclusiviteitsovereenkomsten met betrekking tot de verkooppunten te sluiten en zich te beperken tot de exclusiviteit met betrekking tot de vrieskisten. Hieruit blijkt, dat de exclusiviteitsovereenkomsten niet noodzakelijk zijn.

- 171 Haars inziens stelt verzoekster ten onrechte, dat de groothandelaars de wil noch de middelen hebben om de traditionele handel te bevoorraden. Indien de groothandelaars er niet in slagen het nodige aantal verkooppunten te bevoorraden om tot een rationele distributie te komen, ligt dat volgens Mars aan de exclusiviteitsovereenkomsten die een groot aantal verkooppunten binden.
- 172 Het door verzoekster toegepaste systeem heeft tot gevolg, dat voor nieuwe concurrenten de toegang tot de markt van het zogenoemde „impulsijs”, waar zeer grote winsten worden gemaakt, nagenoeg volledig wordt afgesloten. Ten slotte volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat een onderneming die een markt heeft gecreëerd, daarom nog niet het recht heeft haar positie op die markt te beschermen door middel van exclusiviteitsovereenkomsten (zie arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald).

Beoordeling rechtens

- 173 Om te beginnen moet worden ingegaan op verzoeksters argument, dat artikel 7 van verordening nr. 19/65 aldus moet worden uitgelegd, dat de Commissie bij de uitoefening van de bevoegdheden die artikel 14 van verordening nr. 1984/83 haar verleent, de voorwaarden van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 in acht moet nemen, zodat zij een groepsvrijstelling slechts kan intrekken indien de feitelijke omstandigheden op een voor de vrijstelling wezenlijk punt zijn gewijzigd.
- 174 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat volgens artikel 8, lid 3, sub a, van verordening nr. 17 de Commissie een vrijstellingsbeschikking kan intrekken of wijzigen, indien de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zijn gewijzigd. Aangezien het gaat om een voorwaarde voor de intrekking van formele beschikkingen gegeven krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, is deze bepaling niet van toepassing wanneer de Commissie besluit een groepsvrijstelling

in te trekken, want dan valt er geen formele beschikking in te trekken. Bovendien wordt, gelijk de Commissie heeft opgemerkt, bij groepsvrijstellingen per definitie niet voor elk geval afzonderlijk onderzocht, of daadwerkelijk aan de in het Verdrag neergelegde vrijstellingsvoorwaarden is voldaan (zie in dit verband arrest Gerecht van 10 juli 1990, zaak T-51/89, Tetra Pak, Jurispr. 1990, blz. II-309).

175 In die omstandigheden moet derhalve worden vastgesteld, dat artikel 7 van verordening nr. 19/65 niet aldus kan worden uitgelegd, dat een groepsvrijstelling slechts kan worden ingetrokken met inachtneming van de voorwaarde van artikel 8, lid 3, sub a, van verordening nr. 17. Dit argument van verzoekster kan derhalve niet worden aanvaard.

176 Om uit te maken of de Commissie het recht had de groepsvrijstelling in te trekken, moet vervolgens worden ingegaan op de analyse die zij heeft gemaakt met betrekking tot de vraag, of de omstreden overeenkomsten voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, waarnaar de artikelen 7 van verordening nr. 19/65 en 14 van verordening nr. 1984/83 verwijzen. Opgemerkt zij, dat indien uit dit onderzoek blijkt, dat de omstreden overeenkomsten niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, zij, anders dan verzoekster stelt, ook niet in aanmerking komen voor een individuele vrijstelling.

177 Om te beginnen moet erop worden gewezen, dat voor een individuele vrijstellingsbeschikking van de Commissie met name is vereist, dat de betrokken overeenkomst cumulatief voldoet aan de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, zodat de vrijstelling moet worden geweigerd wanneer aan een van de vier voorwaarden niet is voldaan (zie bij voorbeeld arrest Gerecht van 15 juli 1994, T-17/93, Matra Hachette, Jurispr. 1994, blz. II-595, r. o. 104).

178 Vervolgens herinnert het Gerecht eraan, dat de Commissie ter zake een ruime beoordelingsvrijheid heeft. De door artikel 9 van verordening nr. 17 aan de Commissie verleende uitsluitende bevoegdheid om krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag vrijstellingen te verlenen, impliceert ingewikkelde economische beoordelingen. Bij de toetsing dient de rechter rekening te houden met de aard van die beoordelingen en zich te beperken tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door de Commissie toegepaste juridische kwalificaties. De rechterlijke toetsing zal dus in de eerste plaats gericht zijn op die overwegingen in de beschikkingen waarin de feiten en gronden waarop het gegeven oordeel berust, nader behoren te worden aangegeven (zie arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald). Tegen de achtergrond van deze in de rechtspraak geformuleerde beginselen moet worden onderzocht, of de beschikking niet op verkeerde feitelijke gegevens berust en niet is aangetast door rechtsdwalingen of kennelijke beoordelingsfouten (zie arrest Matra Hachette, reeds aangehaald, r. o. 104).

179 Voorts is het vaste rechtspraak, dat wanneer om vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, wordt verzocht, het in de eerste plaats aan de betrokken ondernemingen staat, de Commissie bewijsmateriaal te verstrekken dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag is voldaan (zie bij voorbeeld arresten Hof van 11 juli 1985, Remia, reeds aangehaald, en 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19).

180 Met betrekking tot de eerste van de vier in artikel 85, lid 3, van het Verdrag genoemde voorwaarden zij eraan herinnerd, dat volgens deze bepaling voor vrijstelling in aanmerking komen de overeenkomsten „die bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang”. Dienaangaande zij erop gewezen, dat volgens de rechtspraak van het Hof, verbetering niet samenvalt met de voordelen welke partijen voor hun produktie of distributie aan de overeenkomst onttelen. Die ver-

betering moet zodanig merkbare voordelen met zich brengen, dat zij de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen compenseert (zie arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald).

- 181 In het onderhavige geval is deze eerste voorwaarde behandeld in de punten 116-122 van de beschikking. Ofschoon volgens de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 exclusieve afnameovereenkomsten in het algemeen een verbetering van de distributie tot gevolg hebben, omdat zij de leverancier in staat stellen de afzet van zijn waren nauwkeuriger en voor langere tijd van tevoren te organiseren en de wederverkopers gedurende de looptijd van de overeenkomst een geregelde aanvoer naar behoefte waarborgen, en zelfs al zou verzoekster vanwege de kosten haar leveranties aan bepaalde kleine verkooppunten moeten stopzetten wanneer zij zou moeten afzien van de exclusieve bevoorrading daarvan, toch is de Commissie van mening, dat de omstreden overeenkomsten geen objectieve en concrete voordelen voor het algemeen belang opleveren die de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen kunnen compenseren.

- 182 Tot staving van deze stelling heeft de Commissie erop gewezen, dat wegens de sterke positie die verzoekster op de relevante markt inneemt, de omstreden overeenkomsten, anders dan in de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 wordt verwacht, niet tot een versterking van de mededinging tussen produkten van verschillende merken leiden. De Commissie heeft namelijk terecht geoordeeld, dat het betrokken netwerk van overeenkomsten een ernstige belemmering van de toegang tot de markt vormt, welke tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Ofschoon verzoekster dienaangaande heeft aangevoerd, dat het creëren van nieuwe afzetmogelijkheden voor consumptie-ijs objectief gezien in het algemeen belang is, in de definitie die de rechtspraak daarvan heeft gegeven, is het Gerecht van oordeel, dat verzoekster geen feitelijke gegevens heeft aangevoerd op grond waarvan de door de Commissie verrichte analyse, dat de leveringsovereenkomsten de toegang tot de markt belemmeren en derhalve de mededinging verzwakken, ernstig zou kunnen worden betwist.

- 183 Verder blijkt uit punt 121 van de beschikking, dat de Commissie van oordeel was, dat de bevoorrading van de kleine verkooppunten, die verzoekster eventueel zou moeten stopzetten vanwege de kosten, zou worden verzekerd door andere leveranciers, bij voorbeeld door kleine lokale producenten of door onafhankelijke tussenhandelaars die verschillende assortimenten verkopen.
- 184 In dit verband dient eraan te worden herinnerd, dat interveniënte Mars erop heeft gewezen, dat het zeer uitzonderlijk is dat de producenten zelf zorgen voor de levering van het zogenoemde „impulsijs”. Tussen partijen wordt namelijk niet betwist, dat de ondernemingen van de groep Unilever alleen in Duitsland, Denemarken en Italië exclusiviteitsovereenkomsten met betrekking tot de verkooppunten hebben gesloten.
- 185 Opgemerkt zij, dat met betrekking tot de door Mars aangevoerde brief van 30 oktober 1974, waarbij de groep Unilever aan haar Ierse dochteronderneming heeft gevraagd, niet langer exclusiviteitsovereenkomsten met betrekking tot de verkooppunten te sluiten en zich te beperken tot de exclusiviteit met betrekking tot de vrieskisten, verzoekster tijdens de schriftelijke procedure heeft verklaard, dat de vennootschappen van de groep Unilever bij het zoeken naar de beste manier om consumptie-ijs op de nationale markten van de verschillende Lid-Statens af te zetten, in het verleden tot verschillende oplossingen zijn gekomen. Verzoekster voegde eraan toe, dat zij voor het bepalen van haar standpunt rekening heeft gehouden met de materiële omstandigheden op de Duitse markt.
- 186 Verzoekster heeft evenwel niet op overtuigende wijze aangetoond, welke bijzondere omstandigheden de producenten ertoe hebben geroepen op de Duitse markt een eigen distributiesysteem op te zetten, en zij heeft evenmin elementen aangedragen die de stelling van de Commissie met betrekking tot de wil en de middelen van de groothandelaars om de distributie van consumptie-ijs over het hele grondgebied te verzekeren, zouden kunnen ontkrachten. Het Gerecht is derhalve van mening, dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de omstreden overeenkomsten niet

voldoen aan de eerste voorwaarde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Van mening dat de processtukken voldoende licht werpen op de zaak, oordeelt het Gerecht, dat er geen getuigenverhoor behoeft plaats te vinden over de noodzaak voor de producenten om een eigen distributiesysteem op te zetten of over de marketingstrategie van interveniënte, zoals verzoekster heeft voorgesteld, noch over de wil en de middelen van de groothandelaars om de detailhandelaars in de traditionele handel te bevoorraden of over de uit de exclusiviteitsovereenkomsten voortvloeiende mededingingsbeperkingen, zoals interveniënte heeft voorgesteld.

- 187 Aangezien de omstreden overeenkomsten niet voldoen aan de eerste voorwaarde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, dient het derde onderdeel van het middel te worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht, of de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt bij de toetsing aan de andere voorwaarden van deze bepaling, daar het voor weigering van de vrijstelling volstaat dat een van de vier voorwaarden niet is vervuld.

Het vierde onderdeel: de vraag of een totaal verbod van leveringsovereenkomsten in strijd is met het evenredigheidsbeginsel

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 188 Verzoekster betoogt, dat de Commissie volgens artikel 3 van verordening nr. 17 bij de intrekking van een groepsvrijstelling de tot dan toe vrijgestelde exclusiviteitsovereenkomsten slechts kan verbieden voor zover deze onverenigbaar zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag en niet in aanmerking komen voor een individuele

vrijstelling. Dat de Commissie de groepsvrijstelling volledig heeft ingetrokken en geen enkele gedeeltelijke vrijstelling heeft verleend, is niet alleen onverenigbaar met de beginselen die het Hof in zijn arrest *Delimitis* heeft geformuleerd, maar ook met het evenredigheidsbeginsel. Volgens verzoekster dient de Commissie ambtshalve te onderzoeken, of sommige leveringsovereenkomsten toch niet in aanmerking komen voor een individuele vrijstelling omdat het door het Hof in die zaak genoemde cumulatief effect ontbreekt.

189 Verzoekster verwijst in dit verband naar de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, waarin haars inziens melding wordt gemaakt van een van de vele mogelijkheden om een netwerk van exclusiviteitsovereenkomsten tot de door de mededingingsregels toegestane omvang te reduceren.

190 De Commissie heeft in punt 148 van de beschikking geoordeeld, dat wegens de sterke marktpositie van verzoekster en de verschillende middelen waarmee die positie wordt veilig gesteld, het geheel van de overeenkomsten niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

191 Verder heeft zij tijdens de schriftelijke procedure aangevoerd, dat de intrekking van de groepsvrijstelling geen overdreven maatregel is. Zij heeft eraan toegevoegd, dat zij wettelijk niet verplicht is in het kader van de toetsing aan artikel 85, lid 3, van het Verdrag aanwijzingen te geven over eventuele alternatieve oplossingen.

Beoordeling rechtens

- 192 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd, dat het evenredigheidsbeginsel verlangt, dat handelingen van de gemeenschapsinstellingen niet verder gaan dan wat passend en noodzakelijk is ter bereiking van het beoogde doel (zie arrest Hof van 17 mei 1984, zaak 15/83, Denkvit Nederland, Jurispr. 1984, blz. 2171).
- 193 Met betrekking tot de eerste vraag, te weten of de Commissie ambtshalve dient te onderzoeken, of een aantal leveringsovereenkomsten na de intrekking van de groepsvrijstelling niet in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling omdat het door het Hof in zijn reeds genoemd arrest *Delimitis* genoemde cumulatief effect ontbreekt, dient eraan te worden herinnerd, dat het in de eerste plaats aan de betrokken ondernemingen staat, de Commissie bewijsmateriaal verstrekken dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag is voldaan (zie hierboven rechtsoverweging 179). De Commissie kan harerzijds de ondernemingen weliswaar aanwijzingen geven over eventuele alternatieve oplossingen, maar zij is wettelijk niet verplicht dit te doen, laat staan voorstellen die zij onverenigbaar acht met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, te aanvaarden (zie arrest VBVB en VBBB, reeds aangehaald). Deze rechtspraak dient ook te worden toegepast in de onderhavige zaak, zodat de Commissie in een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag niet dient aan te geven, welke overeenkomsten slechts in onaanzienlijke mate bijdragen tot het eventueel cumulatief effect dat soortgelijke overeenkomsten op de markt sorteren. Bovendien zou, gelijk trouwens in rechtsoverweging 129 is gezegd, een dergelijke splitsing van de soortgelijke overeenkomsten willekeurig kunnen opleveren, daar de Commissie de daadwerkelijke gevolgen van het netwerk van overeenkomsten voor de mededinging in concreto dient te onderzoeken.
- 194 Om de hierboven in rechtsoverweging 130 genoemde redenen kan de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992 niet tot staving van verzoeksters argument worden aangevoerd.

- 195 In het onderhavige geval heeft de Commissie geoordeeld, dat het geheel van de overeenkomsten niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoet. Het Gerecht stelt dienaangaande vast, dat verzoekster geen feitelijke elementen heeft aangevoerd waaruit blijkt dat een aantal overeenkomsten toch aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoen. In die omstandigheden heeft verzoekster niet aangetoond, dat de beschikking van de Commissie is aange-
tast door een kennelijke beoordelingsfout of dat zij het evenredigheidsbeginsel schendt. Mitsdien moet het vierde onderdeel van het middel worden afgewezen.
- 196 Gelet op het voorgaande moet het vierde middel worden afgewezen.

Het middel inzake schending van artikel 3 van verordening nr. 17

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 197 Volgens verzoekster heeft artikel 4 van de beschikking geen enkele rechtsgrondslag. Geen enkele bepaling machtigt de Commissie verzoekster te verbieden in de toekomst enige exclusiviteitsovereenkomst te sluiten.
- 198 Onder verwijzing naar het arrest Delimitis stelt zij, dat het ook ondenkbaar is, dat elke exclusiviteitsovereenkomst die zij in de toekomst met een verkooppunt van de traditionele speciaalzaken zou sluiten, onverenigbaar zou zijn met artikel 85, lid 1,

van het Verdrag ongeacht de gevolgen van het geheel van soortgelijke op de relevante markt gesloten overeenkomsten en de andere elementen die de economische en juridische context van deze zaak kenmerken.

199 Met artikel 85 of 86 van het Verdrag onverenigbare overeenkomsten kunnen alleen in het kader van artikel 3 van verordening nr. 17 worden verboden. Ingevolge deze bepaling mag de Commissie evenwel enkel bestaande en geen toekomstige overeenkomsten verbieden. Voorts bieden noch artikel 85, lid 1, van het Verdrag noch artikel 14 van verordening nr. 1984/83 een rechtsgrondslag voor het verbod van toekomstige overeenkomsten.

200 Bovendien houdt de beschikking op dit punt een ongelijke behandeling in, daar haar concurrenten verder exclusiviteitsovereenkomsten mogen sluiten, die hetzij niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen hetzij onder de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 vallen.

201 De Commissie heeft in punt 154 van de beschikking uitgelegd, dat het aan verzoekster opgelegde verbod om tot en met 31 december 1997 nieuwe leveringsovereenkomsten te sluiten als die welke thans onverenigbaar met artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn verklaard, gerechtvaardigd is, omdat het „[in artikel 1 van de beschikking] gegeven bevel tot beëindiging van de inbreuk (...) van zijn inhoud zou worden beroofd, wanneer het L-I (verzoekster) was toegestaan de huidige ‚leveringsovereenkomsten’ onmiddellijk door nieuwe te vervangen”.

202 Artikel 3 van verordening nr. 17 vormt wel degelijk een geldige rechtsgrondslag. De door dit artikel aan de Commissie verleende bevoegdheid moet immers op de meest doeltreffende wijze en zo goed mogelijk aangepast aan de omstandigheden van elk geval worden uitgeoefend (zie beschikking Hof van 17 januari 1980, zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1980, blz. 119).

- 203 Deze bevoegdheid houdt in, dat zij het recht heeft de ondernemingen bepaalde bevelen tot doen of tot nalaten te geven om een einde te maken aan de inbreuk. De bijzondere verplichtingen die aldus worden opgelegd, worden bepaald door de eisen die het herstel van de wettelijkheid stelt (zie arrest Hof van 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/89, C-117/89 en C-125/89-C-129/89, Ahlström Osakeyhtiö e. a. („houtslijp”), Jurispr. 1993, blz. I-1307).
- 204 In het onderhavige geval wordt het verbod gerechtvaardigd door de noodzaak te beletten dat het verbod van artikel 1 van de beschikking wordt omzeild. Zonder artikel 4 van de beschikking zou verzoekster namelijk te allen tijde via verordening nr. 1984/83 een groepsvrijstelling kunnen krijgen voor nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten. De geldigheidsduur van dit verbod moest lang genoeg zijn om een wezenlijke verandering van de marktomstandigheden mogelijk te maken.

Beoordeling rechtens

- 205 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd, dat artikel 3 van verordening nr. 17 bepaalt: „Indien de Commissie (...) een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen of ondernemingsverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.” Deze bepaling verleent de Commissie slechts de bevoegdheid bestaande exclusiviteitsovereenkomsten te verbieden, indien deze onverenigbaar zijn met de mededingingsregels.
- 206 Met betrekking tot het herstel van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten dient erop te worden gewezen, dat volgens de rechtspraak betreffende artikel 85, lid 1, zelfs wanneer bij onderzoek van alle op de relevante markt gesloten

soortgelijke overeenkomsten en van de overige elementen van de economische en juridische context blijkt, dat de relevante markt moeilijk toegankelijk is, de door een leverancier gesloten exclusieve afnameovereenkomsten waarvan de bijdrage tot het cumulatief effect onbeduidend is, niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 23 en 24).

207 Bijgevolg staat artikel 85, lid 1, in de regel niet in de weg aan het sluiten van exclusieve afnameovereenkomsten, mits dit niet op aanzienlijke wijze bijdraagt tot afscherming van de markt. In dit verband dient te worden afgewezen het argument van de Commissie, dat het verbod van toekomstige overeenkomsten wordt gerechtvaardigd door de noodzaak te beletten dat pogingen worden ondernomen om het in artikel 1 van de beschikking geformuleerde verbod van de bestaande overeenkomsten te omzeilen via verordening nr. 1984/83.

208 Verordening nr. 1984/83, een normatieve handeling van algemene strekking, verleent de ondernemingen namelijk een groepsvrijstelling voor bepaalde exclusiviteitsovereenkomsten die in beginsel voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3. Volgens de hiërarchie der normen is de Commissie niet bevoegd om bij wege van individuele beschikking de rechtsgevolgen van een dergelijke normatieve handeling in te perken of te beperken, tenzij deze laatste daarvoor uitdrukkelijk een rechtsgrondslag biedt. Ofschoon de Commissie volgens artikel 14 van verordening nr. 1984/83 de krachtens die verordening geldende vrijstelling kan intrekken, indien zij vaststelt dat in een individueel geval een vrijgestelde overeenkomst desalniettemin bepaalde gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, biedt artikel 14 geen rechtsgrondslag om een groepsvrijstelling in te trekken voor toekomstige overeenkomsten.

209 Bovendien is het in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, een van de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht, bepaalde ondernemingen voor de toekomst het voordeel van een groepsvrijstellingsverordening te ontnemen, terwijl

andere ondernemingen, zoals in het onderhavige geval interveniënte, verder exclusieve afnameovereenkomsten kunnen sluiten als die welke bij de beschikking zijn verboden. Een dergelijk verbod zou derhalve inbreuk kunnen maken op de economische vrijheid van bepaalde ondernemingen en in strijd met de doelstellingen van het Verdrag tot distorsies van de mededinging op de markt kunnen leiden.

- 210 Om al deze redenen is het Gerecht van oordeel, dat het aangevoerde middel gegrond is. Mitsdien moet artikel 4 van de beschikking nietig worden verklaard.
- 211 Uit het voorgaande volgt, dat het beroep moet worden verworpen, behalve voor zover het strekt tot nietigverklaring van artikel 4 van de beschikking.

Kosten

- 212 Ingevolge artikel 87, lid 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien verzoekster in het onderhavige geval op de wezenlijke punten in het ongelijk is gesteld, dient zij te worden verwezen in haar eigen kosten en in alle kosten van de onderhavige instantie, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen en de kosten van interveniënte, met uitzondering van een vierde van alle kosten van verweerster. Verweerster dient derhalve een vierde van haar eigen kosten te dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

- 1) Verklaart nietig artikel 4 van beschikking 93/406/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Langnese-Iglo GmbH (Zaak IV/34.072).
- 2) Verwerpt het beroep voor het overige.
- 3) Verstaat dat verzoekster alle kosten van de onderhavige instantie, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen en de kosten van interveniënte, met uitzondering van een vierde van alle kosten van verweerster, zal dragen.
- 4) Verstaat dat verweerster een vierde van haar eigen kosten zal dragen.

Vesterdorf

Barrington

Saggio

Kirschner

Kalogeropoulos

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 juni 1995.

De griffier

De president

H. Jung

B. Vesterdorf

Inhoud

De aan het beroep ten grondslag liggende feiten	II - 1541
Procedure	II - 1545
Conclusies van partijen	II - 1548
Het middel inzake onregelmatige betekening van de beschikking	II - 1549
Het middel inzake schending van het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen	II - 1550
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1550
Beoordeling rechtens	II - 1552
Het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag	II - 1555
Het eerste onderdeel: de afbakening van de markt	II - 1555
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1555
Beoordeling rechtens	II - 1560
Het tweede onderdeel: de gevolgen van de exclusieve afnameovereenkomsten voor de mededinging	II - 1565
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1565
Beoordeling rechtens	II - 1571
Het derde onderdeel: het ontbreken van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten	II - 1577
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1577
Beoordeling rechtens	II - 1578
Het vierde onderdeel: de gestelde verplichting van de Commissie om de afzonderlijke overeenkomsten aldus te splitsen dat een deel daarvan niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt	II - 1580
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1580
Beoordeling rechtens	II - 1581
Het middel inzake schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II - 1582
Het eerste onderdeel: de duur van omstreden overeenkomsten	II - 1583
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1583
Beoordeling rechtens	II - 1584
	II - 1609

Het tweede onderdeel: niet-toepasselijkheid van de bepalingen van artikel 14, sub a en b, van verordening nr. 1984/83	II - 1585
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1585
Beoordeling rechtens	II - 1587
Het derde onderdeel: de vraag of de leveringsovereenkomsten voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II - 1590
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1590
Beoordeling rechtens	II - 1595
Het vierde onderdeel: de vraag of een totaal verbod van leveringsovereenkomsten in strijd is met het evenredigheidsbeginsel	II - 1600
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1600
Beoordeling rechtens	II - 1602
Het middel inzake schending van artikel 3 van verordening nr. 17	II - 1603
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1603
Beoordeling rechtens	II - 1605
Kosten	II - 1607