

ARREST VAN HET GERECHT
10 juli 1990 *

In zaak T-51/89,

Tetra Pak Rausing SA, te Pully-Lausanne (Zwitserland), vertegenwoordigd door M. Waelbroeck, advocaat te Brussel, en C. W. Bellamy QC, barrister van Gray's Inn, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij E. Arendt, advocaat aldaar, 34, rue Philippe-II,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door L. M. Antunes en A. Blomefield, vervolgens door J. Currall en A. Blomefield, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 88/501/EEG van de Commissie van 26 juli 1988 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag [IV/31.043 — Tetra Pak I (BTG-licentie)] (PB 1988, L 272, blz. 27),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG,

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, D. Barrington, A. Saggio en D. A. O. Edward, kamerpresidenten, C. Yeraris, R. Schintgen, C. P. Briët, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, J. Biancarelli en K. Lenaerts, rechters,

advocaat-generaal: H. Kirschner
griffier: H. Jung

* Procestaal: Engels.

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 14 december 1989,
gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 februari 1990,

het navolgende

Arrest

De feiten en het procesverloop

- 1 Bij beschikking van 26 juli 1988 (PB 1988, L 272, blz. 27) (hierna: „de beschikking”) stelde de Commissie vast, dat Tetra Pak Rausing SA, door via de koop van de Liquipak-groep het exclusieve recht te verwerven op de licentie die het voorwerp was van de overeenkomst van 27 augustus 1981 tussen de NRDC en Novus Corp., een onderneming van de Liquipak-groep, inbreuk op artikel 86 heeft gemaakt vanaf het tijdstip van de verwerving tot het tijdstip waarop die exclusiviteit werd beëindigd.
- 2 De beschikking betreft de sector kartonverpakking voor vloeibare levensmiddelen (in het bijzonder melk). Deze produkten kunnen op twee verschillende wijzen worden verpakt. Tot hoge temperatuur verhitte (UHT) melk wordt door speciale machines afgevuld in gesteriliseerde kartons, die onmiddellijk nadat zij door de machines onder streng aseptische omstandigheden zijn gevuld, worden afgesloten. Voor de verpakking van verse gepasteuriseerde melk gelden ten aanzien van de steriliteit minder strenge eisen, zodat minder geavanceerde machines nodig zijn.
- 3 De beschikking is gericht tot de in Zwitserland gevestigde vennootschap Tetra Pak Rausing SA (hierna: „Tetra Pak”), die het beleid coördineert van een groep ondernemingen die wereldwijd gespecialiseerd zijn in machines voor de kartonverpakking van melk. Tetra Pak houdt zich zowel bezig met de verpakking van verse als van UHT-melk. Haar bedrijvigheid bestaat in de vervaardiging van kartons en van vulmachines, waarbij gebruik wordt gemaakt van de door de ondernemingen

van de groep zelf ontwikkelde technologie. Voor aseptische verpakking heeft Tetra Pak het „Tetrabrik“-systeem op de markt gebracht. Voor verse producten verkoopt zij ook door andere fabrikanten gebouwde machines.

In 1985 behaalde de groep, met productie- en distributievestigingen in alle Lid-Staten van de EG, met uitzondering van Griekenland en Luxemburg, bijna de helft van haar totale omzet — circa 2 miljoen ecu — in de Europese Economische Gemeenschap. Datzelfde jaar had de groep in de Gemeenschap een marktaandeel van circa 90% voor aseptische verpakkingen en van 50% voor verpakkingen van verse melk.

- 4 Vóór de overname door Tetra Pak was het Lquipak-concern eigendom van of werd het althans gecontroleerd door het Allpak-concern (Canada) en een particulier. Het bedrijf houdt zich bezig met de ontwikkeling en vervaardiging van vulmachines voor vloeibare levensmiddelen.

- 5 Het Elopak-concern is van Noorse oorsprong en is vooral in Europa actief. In 1987 bedroeg de omzet circa 300 miljoen ecu. Hoewel het hoofdzakelijk bedrijvig is in de verse-melksector en zich inzonderheid bezighoudt met de levering van „gable-top“-kartons met Tetra Pak als voornaamste concurrent, was Elopak ook exclusief verdeler van Lquipak voor haar machines voor gepasteuriseerde melk en ook voor in de toekomst eventueel te ontwikkelen machines voor UHT-melk. Elopak was samen met Lquipak betrokken bij de ontwikkeling van een nieuwe vulmachine, die gebruik maakt van het procédé dat door de thans in geding zijnde exclusieve licentie wordt beschermd.

Deze exclusieve licentie betreft een nieuw vulprocédé voor UHT-melk, waarbij gebruik wordt gemaakt van ultraviolette straling, waardoor kan worden volstaan met een verdunde waterstofperoxydeoplossing in combinatie met hoge temperatuur, terwijl de vroeger in de Gemeenschap toegepaste procédés gebaseerd waren op een combinatie van geconcentreerd waterstofperoxyde en hitte. Anders dan bij de thans op de markt aangeboden aseptische vulmachines het geval is, kan deze vultechniek zowel voor „brik“- als voor „gable-top“-kartons worden gebruikt. De huidige machines zijn niet geschikt voor gable-top-kartons; Elopak nu heeft zich

volgens de beschikking in de eerste plaats ingespannen om hiervoor een geschikt procédé te ontwikkelen, en heeft in dit verband de grootste know-how.

- 6 De betrokken exclusieve licentie werd per 27 augustus 1981 aan Novus Corp. verleend door de National Research and Development Council, wiens activiteiten inmiddels door de British Technology Group (hierna: „BTG”) zijn overgenomen. De licentie heeft betrekking op de octrooien voor het nieuwe sterilisatieprocédé van BTG en de desbetreffende know-how. Binnen de Gemeenschap werden octrooien verleend in Ierland, Spanje en België. Een octrooiaanvraag is in behandeling in Italië en een andere octrooiaanvraag is overeenkomstig het Europees Octrooiverdrag ingediend voor onder meer het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland.

Voor de exclusieve licentie gold een groepsvrijstelling overeenkomstig verordening (EEG) nr. 2349/84 van de Commissie van 23 juli 1984 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen octrooilicentieovereenkomsten (PB 1984, L 219, blz. 15), behoudens dat ingevolge artikel 9 ervan de Commissie de vrijstelling kan intrekken indien niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag is voldaan.

In 1986 verwierf Tetra Pak de Amerikaanse onderneming Lquipak International Inc. Met deze transactie verwierf zij tevens de ondernemingen van het Lquipak-concern, waaraan Novus Corp. in 1983 de BTG-licentie had overgedragen. Ten tijde van de overname van Lquipak door Tetra Pak was het nieuwe model van de machine die volgens het BTG-procédé functioneerde en die door Lquipak in samenwerking met Elopak was ontwikkeld, nog niet in de praktijk getest. Na de bekendmaking van de overname van Lquipak door Tetra Pak maakte Elopak een einde aan de samenwerking. Elopak was van mening, dat de machine nagenoeg operationeel was. Volgens Tetra Pak daarentegen was nog veel en kostbaar onderzoek noodzakelijk om de BTG-techniek in de praktijk te kunnen gebruiken.

- 7 Wat de marktpositie van de ondernemingen betreft, blijkt uit de beschikking, dat ten tijde van de feiten slechts twee ondernemingen — Tetra Pak en PKL, een dochteronderneming van het Duitse concern Rheinmetall AG — in staat waren, machines voor het aseptisch verpakken van melk in de Gemeenschap in redelijke aantallen op de markt te brengen. Om hogerbedoelde technische redenen en ook omdat in de praktijk de fabrikanten van aseptische machines ook de kartons voor

hun eigen machines produceren, hebben alleen ondernemingen die over een aseptische vultechniek beschikken, toegang tot de markt voor zowel vulmachines als kartons.

- 8 Op 26 juni 1986 verzocht het Elopak-concern de Commissie, krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204), vast te stellen dat Tetra Pak inbreuk had gemaakt op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag. Na de mededeling van de punten van bezwaar door de Commissie op 3 maart 1987 en na de hoorzitting van 25 juli 1987, deelde Tetra Pak de Commissie bij brief van 26 november 1987 mee, dat zij afstand deed van elke aanspraak op exclusiviteit ten aanzien van de BTG-licentie. Hoewel de gewraakte inbreuk in de loop van de administratieve procedure werd beëindigd, was de Commissie toch van mening, dat zij de inbreuk bij wege van een formele beschikking moest vaststellen, onder meer om haar standpunt over het betrokken rechtspunt duidelijk uiteen te zetten. Omdat een probleem als het onderhavige zich evenwel nog niet eerder had voorgedaan, werd Tetra Pak geen geldboete opgelegd.

De Commissie gaat in haar beschikking achtereenvolgens in op de toepassing van de artikelen 86 en 85. Met betrekking tot artikel 85 zet zij uiteen, op welke gronden zij de vrijstelling voor de exclusieve licentie had kunnen intrekken zolang de inbreuk op artikel 86 bleef voortbestaan.

Aan het einde van haar bespreking van artikel 86 concludeert de Commissie, dat „Tetra misbruik van haar machtspositie maakte door het verwerven van de (BTG) exclusieve licentie, waardoor haar reeds bestaande machtspositie nog werd versterkt, de bestaande mededinging werd verzwakt en het verschijnen van nieuwe concurrenten op de markt nog moeilijker werd gemaakt” (punt 60 van de beschikking).

- 9 Onder deze omstandigheden heeft Tetra Pak bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 11 november 1988, beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld. De schriftelijke behandeling heeft geheel voor het Hof plaatsgevonden.

Krachtens de artikelen 3, lid 1, en 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, heeft het Hof bij beschikking van 15 november 1989 de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg verwezen. Op 16 november 1989 heeft het Gerecht besloten de zaak naar het voltallige college te verwijzen. De president van het

Gerecht heeft krachtens artikel 2, lid 3, van voornoemd besluit van de Raad een advocaat-generaal aangewezen.

Het Gerecht heeft op rapport van de rechter-rapporteur besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Partijen hebben ter terechtzitting van 14 december 1989 mondelinge opmerkingen gemaakt en de advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 21 februari 1990 conclusie genomen.

Conclusies van partijen

10 Verzoekster Tetra Pak concludeert dat het het Gerecht behage:

- nietig te verklaren de beschikking van de Commissie van 26 juli 1988 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag [(IV/31.043 — Tetra Pak I (BTG-licentie)];
- de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

De Commissie van de Europese Gemeenschappen, verweerster, concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
- verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding.

Omschrijving van het juridisch kader van het beroep

11 Alvorens de argumenten te ontvouwen die zij tot staving van haar conclusies aanvoert, omschrijft verzoekster het voorwerp van het geding. In de inleiding van haar verzoekschrift, vóór de uiteenzetting van het enige middel waarop zij haar beroep baseert, verklaart zij immers, dat het, nu zij vrijwillig heeft afgezien van het exclusief gebruik van de licentie, „weinig zin zou hebben in deze zaak voor het Hof een gedetailleerd betoog op te zetten met betrekking tot het bestaan van een machtspositie en het geringe belang van de Liquipak-technologie...”. Verzoekster bestrijdt de beschikking van de Commissie van 26 juli 1988 dus uitsluitend voor

zover het de rechtsvraag betreft, of artikel 86 kan worden toegepast wanneer ingevolge artikel 85, lid 3, vrijstelling is verleend. Voorts heeft verzoekster ter terechtzitting uitdrukkelijk verklaard, dat zij met haar beroep uitsluitend een uitspraak wenst te verkrijgen over een rechtsvraag en dat wegens deze afbakening van het geding niet behoeft te worden ingegaan op de feiten op grond waarvan de Commissie in haar beschikking heeft vastgesteld, dat verzoekster misbruik heeft gemaakt van een machtspositie.

- 12 Verweerster heeft akte genomen van de wijze waarop verzoekster het juridisch kader van het geding heeft afgebakend.
- 13 Het Gerecht dient de wettigheid van de beschikking dan ook uitsluitend te toetsen aan het door verzoekster in haar verzoekschrift aangevoerde middel. Dit enige middel is: schending van de artikelen 85, lid 3, en 86, doordat de Commissie dit laatste artikel heeft toegepast op een ingevolge artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomst. Het Gerecht zal dan ook enkel ingaan op de verschillende onderdelen van verzoeksters enige middel zoals hierna uiteengezet, en de vraag of de Commissie de feiten van de zaak, op grond waarvan zij tot een inbreuk op artikel 86 heeft geconcludeerd, juist heeft geïnterpreteerd, buiten beschouwing laten. Daar verzoekster geen middelen heeft aangevoerd tegen de materiële elementen van de motivering van de beschikking, kunnen deze in het onderhavige geding niet worden betwist.

Het enige middel: schending van de artikelen 85, lid 3, en 86 EEG-Verdrag

- 14 Verzoekster voert tegen de beschikking aan, dat zij in strijd is met de artikelen 85, lid 3, en 86, voor zover de Commissie daarin tot het oordeel komt, dat een overeenkomst waarvoor ingevolge artikel 85, lid 3, een groepsvrijstelling geldt, onder het verbod van artikel 86 valt. Dit middel bestaat uit drie onderdelen. Verzoekster baseert zich in de eerste plaats op een systematische analyse van de relevante bepalingen van het Verdrag en het afgeleide recht, en beroept zich vervolgens op het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht.

a) *Systematische analyse van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag en van het afgeleide recht*

- 15 Verzoekster stelt, dat de Commissie, gezien de identieke doelstelling van de artikelen 85 en 86, artikel 86 niet kan toepassen op een krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde gedraging. Zij verwijst hiervoor naar het arrest van het Hof van 21 februari 1973 (zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215), volgens hetwelk „de artikelen 85 en 86 niet in onderling tegengestelde zin kunnen worden uitgelegd, daar zij dienen tot verwezenlijking van hetzelfde doel” (r.o. 25). Een gedraging kan niet ingevolge artikel 85, lid 3, uitdrukkelijk zijn toegestaan en tegelijkertijd ingevolge artikel 86 verboden, aangezien de vrijstelling een „positief beleid” impliceert (aldus het Hof in zijn arrest van 13 februari 1969, zaak 14/68, Wilhelm, Jurispr. 1969, blz. 1, r. o. 5, waarin het overigens ging om het verband tussen artikel 85, lid 3, en nationale mededingingsregelingen).
- 16 Tot staving hiervan betoogt verzoekster, dat het haar in de beschikking gemaakte verwijt in wezen betrekking heeft op de uit de licentieovereenkomst voortvloeiende exclusiviteit. De Commissie zou bij de toepassing van artikel 86 zijn uitgegaan van een mededingingsrechtelijk irrelevant onderscheid tussen een exclusieve licentie waarvoor een groepsvrijstelling geldt, en de verwerving van de exclusiviteit van de licentie door de overname van een concurrerende vennootschap (in casu Liquipak), door welke verwerving volgens de beschikking inbreuk wordt gemaakt op artikel 86. Volgens verzoekster wordt de mededinging door beide in gelijke mate beperkt.
- 17 Omdat artikel 86 niet kan worden toegepast op een ingevolge artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomst, zou — naar verzoekster voorts ter terechtzitting heeft betoogd — het feit dat een onderneming met een machtspositie partij is bij een overeenkomst waarvoor een dergelijke groepsvrijstelling geldt, slechts misbruik in de zin van artikel 86 opleveren wanneer voldaan is aan een verdere voorwaarde, die losstaat van de overeenkomst en aan de onderneming zelf valt toe te schrijven. Verzoekster verwijst hiervoor naar het arrest van 11 april 1989 (zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Jurispr. 1989, blz. 803, inzonderheid r. o. 37, 42 en 46), waarin het Hof verklaarde, dat in het bijzonder van misbruik van machtspositie sprake kan zijn wanneer een onderneming met een machtspositie erin is geslaagd, haar concurrenten of klanten onredelijke contractuele voorwaarden op te dringen.
- 18 Volgens verzoekster brengt de niet-toepasselijkheid van artikel 86 op een vrijgestelde overeenkomst de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 86 niet in

gevaar, aangezien de Commissie de vrijstelling steeds kan intrekken. Ten betoge dat artikel 86 alleen kan worden toegepast wanneer de vrijstelling eerst is ingetrokken, verwijst verzoekster naar artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 3976/87 van de Raad van 14 december 1987 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector van het luchtvervoer (PB 1987, L 374, blz. 9), en naar artikel 8, lid 2, van verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (PB 1986, L 378, blz. 4). Daarin heet het, dat wanneer een overeenkomst die onder een groepsvrijstelling valt, desondanks gevolgen heeft die verboden zijn krachtens artikel 86, de Commissie de vrijstelling kan intrekken en alle passende maatregelen kan nemen om aan de inbreuk op artikel 86 een einde te maken.

- 19 Verzoekster erkent, „dat er geen uitdrukkelijke vrijstelling is van het verbod van artikel 86” (replik, deel III). Tot staving van haar opvatting, dat artikel 86 niet van toepassing is op krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde gedragingen, verdedigt zij echter een bepaalde interpretatie van de toepassingsvoorwaarden van artikel 86. Deze uitlegging, die gebaseerd is op de systematiek van artikel 85, leidt in feite tot de conclusie, dat voor misbruik van een machtspositie een impliciete vrijstelling mogelijk is. Om te bepalen of een gedraging misbruik oplevert, moet volgens verzoekster „impliciet toepassing worden gegeven aan de in artikel 85 duidelijk beschreven procedure in twee stappen, namelijk eerst de vraag stellen of de gedraging ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en, zo ja, vervolgens of de gedraging niettemin de mededinging in het algemeen bevordert doordat zij bijdraagt tot verbetering van de technische of economische vooruitgang”.
- 20 Tegenover deze systematische analyse van verzoekster stelt de Commissie een andere interpretatie van de artikelen 85 en 86. Onder verwijzing naar de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak Ahmed Saeed betoogt zij, dat waar de Gemeenschap een rechtsgemeenschap is, misbruik niet kan worden toegestaan en een uitzondering op het verbod van misbruik van machtspositie onaanvaardbaar is (eerste conclusie, van 28 april 1988, Jurispr. 1989, blz. 818, nr. 41). De Commissie wijst erop, dat het Hof in zijn arrest in die zaak uitdrukkelijk heeft verklaard, dat voor misbruik van machtspositie geen vrijstelling kan worden verleend (arrest van 11 april 1989, Ahmed Saeed, reeds aangehaald, r. o. 32). De Commissie concludeert, dat verzoeksters argument, dat artikel 86 niet van toepassing is op een krachtens artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomst zolang de Commissie de vrijstelling niet heeft ingetrokken, niet kan worden aanvaard, omdat dat wegens de

werking *ex nunc* van de vrijstelling zou neerkomen op erkenning van het bestaan van een vrijstelling voor misbruik van machtspositie.

- 21 Het Gerecht stelt in de eerste plaats vast, dat de gemeenschapsrechter zich tot op heden niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over het centrale probleem in deze zaak, namelijk de verenigbaarheid van de toepassing van artikel 86 met het bestaan van een groepsvrijstelling, dat een oplossing behoeft wegens de noodzaak van een logische samenhang bij de toepassing van de artikelen 85 en 86. Wel heeft het Hof van Justitie het verband tussen de artikelen 85 en 86 gedeeltelijk verduidelijkt, waar het uitdrukkelijk heeft verklaard dat het feit dat artikel 85 op een overeenkomst van toepassing is, de toepassing van artikel 86 niet uitsluit. In een dergelijk geval kan de Commissie, aldus het Hof, naar goeddunken de ene dan wel de andere bepaling op de betrokken handeling toepassen: „Als... overeenkomsten onder artikel 85, en met name onder lid 3 van dat artikel, kunnen vallen, wil dat evenwel niet zeggen dat aan toepassing van artikel 86... niet kan worden gedacht. Het staat de Commissie derhalve vrij om, onder meer gelet op de aard der over en weer aangegane verbintenissen en de concurrentiepositie van de verschillende contractanten op de markt of markten waaraan zij deelnemen, een procedure krachtens artikel 85 dan wel een procedure krachtens artikel 86 aan te spannen” (arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 116). Het Hof heeft dit standpunt bevestigd in het arrest Ahmed Saeed, waarin het verklaarde dat in sommige gevallen „de artikelen 85 en 86 tegelijk van toepassing kunnen zijn” (arrest van 11 april 1989, reeds aangehaald, r. o. 37). Maar wat de verhouding tussen de artikelen 85 en 86 betreft, ging het in deze laatste zaak om de vraag, of de uitvoering van een overeenkomst die als zodanig onder artikel 85, lid 1, kan vallen, in principe misbruik van machtspositie kan opleveren (r. o. 34). Het ging daar dus niet om de verhouding tussen de vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, en de toepasselijkheid van artikel 86.
- 22 Om te beginnen zij beklemtoond, dat voor het antwoord op de vraag of een vrijstelling kan samengaan met toepassing van artikel 86, moet worden uitgegaan van het stelsel van bescherming van de mededinging, zoals met name neergelegd in de artikelen 85 en 86 en in de verordeningen tot toepassing daarvan. De artikelen 85 en 86 zijn complementair, in zoverre beide dezelfde algemene doelstelling hebben, die is omschreven in artikel 3, sub f, van het Verdrag, bepalende dat de activiteit van de Gemeenschap onder meer omvat „de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst”. Niettemin vormen zij in de systematiek van het Verdrag twee onderscheiden rechtsregels, die voor verschillende situaties zijn bedoeld. Hierop heeft het Hof in het arrest Continental Can de nadruk gelegd, waar het verklaarde dat „de artikelen 85 en 86 op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de

instandhouding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt". Daarvóór had het Hof in dat arrest eraan herinnerd, dat „artikel 85 betrekking heeft op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, terwijl artikel 86 betrekking heeft op het eenzijdig optreden van een of meer ondernemingen" (arrest van 21 februari 1973, reeds aangehaald, r. o. 25).

- 23 Wat nu de aard betreft van de gedragingen die in de beschikking uit hoofde van artikel 86 worden getoetst, merkt het Gerecht op, dat de enkele verkrijging van een exclusieve licentie door een onderneming met een machtspositie op zich geen misbruik in de zin van artikel 86 vormt. Bij de toepassing van dit artikel moet immers worden gelet op de omstandigheden waarin de verkrijging plaatsvond, en inzonderheid op de gevolgen daarvan voor de mededingingsstructuur op de relevante markt. Deze uitlegging wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof, waarin misbruik wordt omschreven als „een in objectieve zin te verstane term [waaronder] vallen gedragingen van een dominerende onderneming, welke invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde, [en] ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — in zwang zijn, wordt tegengegaan" (arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 91). Terecht heeft de Commissie dus in de onderhavige zaak niet tegen de exclusieve licentie als zodanig bezwaar gemaakt, doch, op grond van artikel 86, tegen de de mededinging beperkende gevolgen van de verkrijging ervan door verzoekster. Uit de motivering en de conclusies van de beschikking blijkt duidelijk, dat de door de Commissie vastgestelde inbreuk op artikel 86 juist het gevolg was van de verkrijging door verzoekster van de exclusieve licentie „in de bijzondere omstandigheden van deze zaak". Die bijzondere omstandigheden bestonden, zoals de Commissie uitdrukkelijk vermeldt, in de verwerving van de exclusiviteit van de licentie, die niet alleen „Tetra's bijzonder sterke machtspositie versterkte, maar ook tot gevolg had dat iedere poging van nieuwe concurrenten om op de markt, waar geen of zeer weinig concurrentie bestaat, door te dringen, werd gefrustreerd dan wel in ernstige mate vertraagd" (punt 45 van de beschikking; zie ook punt 60). Beslissend voor de vaststelling dat de verwerving van de exclusieve licentie misbruik opleverde, was dus juist de positie die verzoekster op de relevante markt bezat, en in het bijzonder, naar uit de beschikking (punt 27) blijkt, de omstandigheid dat ten tijde van de feiten enkel het bezit van het door de BTG-licentie beschermde procédé een onderneming in staat kon stellen, verzoekster op de markt van aseptische melkverpakkingen met succes te beconcurreren. De overname van Liquepak was voor verzoekster slechts het middel — waaraan de Commissie

voor de toepassing van artikel 86 geen bijzonder belang heeft gehecht — om het exclusieve gebruiksrecht van de BTG-licentie te verwerven, waardoor de andere ondernemingen de mogelijkheid werd ontnomen met verzoekster te concurreren.

24 Zo ook kan verzoeksters argument, dat nog aan een verdere voorwaarde moet zijn voldaan, die losstaat van de overeenkomst, niet worden aanvaard. In het door verzoekster aangehaalde arrest Ahmed Saeed verklaarde het Hof, dat „de toepassing van tarieven voor lijnvluchten op grond van bilaterale of multilaterale overeenkomsten onder bepaalde omstandigheden misbruik van machtspositie op de betrokken markt kan opleveren, in het bijzonder wanneer een onderneming met een machtspositie erin is geslaagd, andere vervoerondernemingen te dwingen tot toepassing van buitensporig hoge of lage tarieven of tot toepassing van een enkel tarief op een bepaalde lijn” (arrest van 11 april 1989, reeds aangehaald, r. o. 46). Weliswaar heeft het Hof de gelijktijdige toepassing van de artikelen 85 en 86 op de betrokken tariefovereenkomsten gerechtvaardigd door verwijzing naar een bijkomende factor, in dat geval de omstandigheid dat de onderneming druk uitoeffende op haar concurrenten, doch ook in de thans bestreden beschikking is een extra element aanwezig dat misbruik in de zin van artikel 86 oplevert en de toepassing van dit artikel rechtvaardigt. Dat extra element is juist de bijzondere context van de zaak, namelijk de omstandigheid dat verzoekster, door de exclusieve licentie te verwerven, in de praktijk elke mededinging op de relevante markt onmogelijk maakte. Deze omstandigheid wordt in de beschikking sterk in het licht gesteld en is door verzoekster niet weersproken.

25 In het kader van het door het Verdrag ingerichte stelsel van bescherming van de mededinging kan derhalve naar het oordeel van het Gerecht een (individuele dan wel groeps-) vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, in geen geval tevens betekenen dat het verbod van artikel 86 niet meer geldt. Dit beginsel volgt zowel uit de tekst van artikel 85, lid 3, dat het uitsluitend mogelijk maakt bij wege van een buitentoepassingverklaring af te wijken van het in artikel 85, lid 1, neergelegde verbod van ondernemersafspraken, als uit de systematiek van de artikelen 85 en 86, die, het zij nogmaals gezegd, autonome en elkaar aanvullende bepalingen zijn, die in beginsel bedoeld zijn om verschillende situaties onder verschillende regelingen te brengen. Terwijl immers bij de toepassing van artikel 85 de procedure uit twee fasen bestaat — vaststelling van een inbreuk op artikel 85, lid 1, eventueel gevolgd door een vrijstelling van het verbod indien de overeenkomst niettemin voldoet aan de voorwaarden van lid 3 —, sluit artikel 86, juist wegens de aard van de gedraging waarop het betrekking heeft (misbruik), iedere afwijking van het verbod uit (zie arrest Ahmed Saeed, reeds aangehaald, r. o. 32). Zou de Commis-

sie steeds de vrijstelling moeten intrekken alvorens artikel 86 te kunnen toepassen, dan zou dit, nu de vrijstelling niet met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken, erop neerkomen, dat een vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, in feite tevens een vrijstelling is van het verbod van misbruik van machtspositie. Om de zoëven uiteengezette redenen ware dat onverenigbaar met de aard van de in artikel 86 bedoelde inbreuk. Gelet op de beginselen inzake de hiërarchie van normen, kan bovendien niet bij een handeling van afgeleid recht en zonder dat een verdragsbepaling daartoe machtigt, bij wege van vrijstelling worden afgeweken van een bepaling van het Verdrag, in casu artikel 86.

- 26 Nu is vastgesteld dat een vrijstelling in beginsel de toepassing van artikel 86 niet belet, rest nog de vraag of de vaststellingen die met het oog op een vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, zijn gedaan, in concreto niet aan de toepassing van artikel 86 in de weg staan.
- 27 Ingevolge artikel 85, lid 3, kan het verbod van artikel 85, lid 1, buiten toepassing worden verklaard voor overeenkomsten of groepen van overeenkomsten, die aan de voorwaarden van lid 3 voldoen. Hierin heet het onder meer, dat de overeenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid mag geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
- 28 Het probleem van de vrijstelling kan zich in de praktijk anders voordoen naar gelang het om een individuele dan wel om een groepsvrijstelling gaat. Een individuele vrijstelling onderstelt, dat de Commissie tevoren heeft vastgesteld dat de betrokken overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet. Wordt een individuele vrijstelling verleend, dan mag ervan worden uitgegaan, dat de kenmerken van de overeenkomst die ook bij de toepassing van artikel 86 een rol zouden kunnen spelen, vaststaan. In een procedure tot toepassing van artikel 86 moet de Commissie, wanneer de omstandigheden feitelijk en rechtens gelijk zijn gebleven, derhalve rekening houden met hetgeen zij eerder heeft vastgesteld toen zij de vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, verleende.

29 Weliswaar gelden verordeningen inzake groepsvrijstellingen evenals beschikkingen inzake individuele vrijstellingen enkel voor overeenkomsten die in beginsel voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, doch anders dan bij individuele vrijstellingen wordt bij groepsvrijstellingen per definitie niet voor elk geval afzonderlijk onderzocht, of daadwerkelijk aan de in het Verdrag neergelegde vrijstellingsvoorwaarden is voldaan. Voor een groepsvrijstelling behoeft een overeenkomst alleen te voldoen aan de in de desbetreffende verordening omschreven voorwaarden. De overeenkomst zelf wordt niet aan artikel 85, lid 3, getoetst. Een groepsvrijstelling kan dus niet worden geacht dezelfde gevolgen te hebben als een negatieve verklaring in de context van artikel 86. Wanneer overeenkomsten waarbij ondernemingen met een machtspositie partij zijn, binnen het toepassingsgebied van een groepsvrijstellingsverordening vallen (dat wil zeggen wanneer aan het toepassingsgebied ervan geen grenzen zijn gesteld), moeten derhalve de gevolgen van een groepsvrijstelling voor de toepasselijkheid van artikel 86 uitsluitend worden beoordeeld in het kader van de systematiek van artikel 86.

30 Dat artikel 86 kan worden toegepast op een overeenkomst waarvoor een groepsvrijstelling geldt, wordt ten slotte bevestigd door een systematische analyse van de groepsvrijstellingsverordeningen. In de eerste plaats blijkt dan, dat deze verordeningen ondernemingen met een machtspositie in beginsel niet van de vrijstelling uitsluiten en dat de marktpositie van de partijen bij een overeenkomst dus geen rol speelt. Dit geldt met name voor verordening nr. 2349/84 inzake vrijstellingen voor octrooilicentieovereenkomsten, die voor de onderhavige zaak van belang is. In de tweede plaats blijkt in sommige groepsvrijstellingsverordeningen uitdrukkelijk te zijn voorzien in de mogelijkheid van gelijktijdige toepassing van de artikelen 85, lid 3, en 86, aangezien zij bepalen dat een groepsvrijstelling de toepassing van artikel 86 niet uitsluit. Dit is met name het geval bij de drie verordeningen van de Commissie van 26 juli 1988 inzake groepsvrijstellingen in de sector luchtvervoer, waarin in de preambule telkens uitdrukkelijk wordt gesteld dat de groepsvrijstelling niet in de weg staat aan toepassing van artikel 86. Het gaat hier om de verordeningen (EEG) nr. 2671/88 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag op groepen overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen op het vlak van de gezamenlijke planning en coördinatie van de capaciteit, het delen van opbrengsten, het tariefoverleg met betrekking tot geregelde luchtdiensten en het toekennen van landings- en starttijden op luchthavens, nr. 2672/88 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeen-

komsten tussen ondernemingen met betrekking tot geautomatiseerde boekingsystemen voor luchtvervoerdiensten, en nr. 2673/88 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot gronddiensten op luchthavens (PB 1988, L 239, respectievelijk blz. 9, 13 en 17). Ook is in artikel 8, lid 1, van voornoemde verordening nr. 4056/86 van de Raad uitdrukkelijk bepaald, dat misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag verboden is zonder dat hiervoor een voorafgaand besluit is vereist.

31 Uit een en ander volgt, dat het eerste onderdeel van het enige middel, gebaseerd op de systematische analyse van de artikelen 85, lid 3, en 86, ongegrond is.

b) *Het rechtszekerheidsbeginsel*

32 Voor haar analyse van het verband tussen de artikelen 85, lid 3, en 86, waaruit zij afleidt dat artikel 86 in geen geval kan worden toegepast op een uit hoofde van artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomst, beroept verzoekster zich op het rechtszekerheidsbeginsel. Zij stelt dat de artikelen 85 en 86, uitgelegd in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel, impliceren dat, indien een gedraging wordt geacht te zijn vrijgesteld in de zin van artikel 85, lid 3, zij niet verboden kan zijn krachtens artikel 86. Het evenwicht tussen de rechtszekerheid van de ondernemingen en de instandhouding van een effectieve mededinging zou in dat geval zijn verzekerd door de bevoegdheid van de Commissie om de vrijstelling in te trekken.

33 Volgens verzoekster wekt een vrijstelling, in combinatie met de bevoegdheid van de Commissie om ze in te trekken, bij de ondernemingen de gewettigde verwachting dat te hunnen aanzien geen inbreuk op de artikelen 85 en 86 zal worden vastgesteld zolang de Commissie niet heeft besloten de vrijstelling in te trekken.

34 Anders dan de Commissie is verzoekster van mening, dat de onderneming geen rechtszekerheid kan verkrijgen door een verzoek om een negatieve verklaring in te dienen. Indien een dergelijk verzoek noodzakelijk was, zou afbreuk worden gedaan aan de doelmatigheid van de groepsvrijstelling, die onder meer tot doel heeft de ondernemingen in staat te stellen overeenkomsten te sluiten en uit te voeren

zonder de Commissie te moeten raadplegen. Dat een negatieve verklaring niet dezelfde zekerheid biedt als een vrijstelling, blijkt hieruit, dat in verordening nr. 2349/84 onder de vrijgestelde overeenkomsten een aantal overeenkomsten worden vermeld die in beginsel niet onder artikel 85, lid 1, vallen. De Commissie heeft deze oplossing verdedigd door te wijzen op de noodzaak de rechtszekerheid van de ondernemingen te verzekeren (overweging 18 van de considerans en artikel 2 van de verordening). Meer in het bijzonder wijst verzoekster erop, dat een verzoek om een negatieve verklaring niet belet, dat een geldboete wordt opgelegd ter zake van feiten die ná het verzoek, doch vóór de beschikking waarbij een inbreuk wordt vastgesteld, zijn voorgevallen (beschikking van de Commissie van 14 december 1984, John Deere, PB 1985, L 35, blz. 58, punt 38). Bovendien kan het onmogelijk blijken, de toepassing van de overeenkomst voor de nationale rechter af te dwingen zolang het onderzoek van de Commissie loopt. Daarbij komt, dat de negatieve verklaring de nationale rechter niet bindt.

- 35 Volgens de Commissie daarentegen betreft de regeling inzake groepsvrijstellingen, daaronder begrepen de regels ter bescherming van de rechtszekerheid van de ondernemingen, uitsluitend de toepassing van artikel 85. Het verbod van artikel 86 geldt vanaf de datum van de inbreuk en wat de toepassing van dit artikel betreft, kan, zoals het Hof opmerkte in het arrest Hoffmann-La Roche (reeds aangehaald, r. o. 134), rechtszekerheid worden verkregen door een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17 aan te vragen.
- 36 Vooreerst zij eraan herinnerd, dat het Hof in zijn rechtspraak steeds weer de beginselen van rechtszekerheid en bescherming van gewettigd vertrouwen heeft bevestigd, op grond waarvan de gemeenschapswetgeving duidelijk en voor de justitiabelen voorzienbaar moet zijn (arrest van 12 november 1981, gevoegde zaken 212/80 tot en met 217/80, Salumi, Jurispr. 1981, blz. 2735, r. o. 10; zie in het bijzonder voor het mededingingsrecht de arresten van 6 april 1962, zaak 13/61, De Geus, Jurispr. 1962, blz. 99, 107, en 30 april 1986, gevoegde zaken 209/84 tot en met 213/84, Asjes, Jurispr. 1986, blz. 1425, r. o. 64).
- 37 De vraag is dus, of de toepasselijkheid van artikel 86 onvoorzienbaar wordt wanneer een overeenkomst aan de voorwaarden voor een groepsvrijstelling voldoet. Het Gerecht stelt vast dat, afgezien van het streven naar administratieve eenvoud, een groepsvrijstelling met name tot doel heeft, ondernemingen die partij zijn bij een overeenkomst, rechtszekerheid te waarborgen met betrekking tot de geldigheid van die overeenkomst ten aanzien van artikel 85, zolang de Commissie de groepsvrijstelling niet heeft ingetrokken. Dit ontslaat ondernemingen met een

machtspositie evenwel niet van de verplichting artikel 86 na te leven. Integendeel, in zijn arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461) heeft het Hof erop gewezen, dat iedere onderneming met een machtspositie de „bijzondere verantwoordelijkheid [heeft] om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt” (r. o. 57). Een onderneming kan zich dus niet beroepen op onvoorzienbaarheid van de toepassing van artikel 86 om aan het verbod van dat artikel te ontkomen.

38 Wat hiervan ook zij, met betrekking tot de onderhavige zaak moet worden gepreciseerd, dat de eisen die de rechtszekerheid van de ondernemingen stelt, weliswaar niet de toepassing van artikel 86 op de verwerving van de exclusieve licentie door verzoekster konden beletten, doch de Commissie wel ertoe hebben gebracht de gevolgen van de inbreuk voor verzoekster te verzachten, in zoverre zij, rekening houdend met het feit dat „deze inbreuken... van betrekkelijk nieuwe aard waren”, verzoekster geen geldboete heeft opgelegd (punt 62, sub 2, van de beschikking).

39 Gelet op een en ander, is het tweede onderdeel van verzoeksters middel ongegrond.

c) *Het beginsel van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht*

40 Het derde onderdeel van verzoeksters middel is gebaseerd op het beginsel van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht. Zou artikel 86 van toepassing zijn op gedragingen waarvoor een groepsvrijstelling geldt, dan zouden, aldus verzoekster, de nationale rechterlijke instanties ingevolge de rechtstreekse werking van artikel 86 (door het Hof erkend in zijn arrest van 30 januari 1974, zaak 127/73, BRT/SABAM, Jurispr. 1974, blz. 51) op grond van dit artikel gedragingen kunnen verbieden waarvoor de Commissie vrijstelling heeft verleend. Dit zou afbreuk doen aan het beginsel van eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht, waarvan het Hof in het arrest Wilhelm (reeds aangehaald, r. o. 9) het belang heeft beklemtoond. De enige met dat beginsel verenigbare uitlegging van het verband tussen de artikelen 85, lid 3, en 86, zou dan ook zijn, dat een vrijstelling niet samengaat met toepassing van artikel 86.

- 41 De Commissie stelt vast, dat dit argument in werkelijkheid gebaseerd is op de hoofdstelling van verzoekster, namelijk dat artikel 86 niet van toepassing kan zijn op een vrijgestelde gedraging; verzoeksters redenering gaat dus uit van verkeerde premissen. Verder zou het probleem van de toepassing van het gemeenschapsrecht door de nationale instanties bijkomstig en in de onderhavige zaak zuiver hypothetisch zijn. De eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht zou overigens in het bijzondere geval van een groepsvrijstelling kunnen worden verzekerd door middel van de procedure van artikel 177 EEG-Verdrag.
- 42 Dienaangaande stelt het Gerecht vast, dat volgens vaste rechtspraak „de verbodsbepalingen van artikel 86 rechtstreeks werken en voor de justitiabelen rechten meebrengen die de nationale rechter dient te handhaven” (arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409, r. o. 18; zie ook het arrest BRT/SABAM, reeds aangehaald, r. o. 16, en het arrest Ahmed Saeed, reeds aangehaald, r. o. 32 in fine). Indien volgens het gemeenschapsrecht artikel 86 kan worden toegepast op een ingevolge artikel 85, lid 3, vrijgestelde overeenkomst, is er geen enkele reden om de bevoegdheid van de nationale rechter ter zake van de toepassing van artikel 86 te beperken op grond dat voor de betrokken gedraging een vrijstelling geldt uit hoofde van artikel 85, lid 3. Anders dan het geval was in de door verzoekster aangehaalde zaak Wilhelm, komen bij de toepassing van artikel 86 op ingevolge artikel 85, lid 3, vrijgestelde gedragingen de beginselen van de voorrang en de eenvormigheid van het gemeenschapsrecht niet in het gedrang. Integendeel, wanneer de nationale rechter artikel 86 toepast op, met name, ingevolge artikel 85, lid 3, vrijgestelde gedragingen, doet hij dat als gewone communautaire rechter. Overeenkomstig hetgeen waartoe hij gehouden is op grond van de voorrang en de rechtstreekse werking van het communautaire mededingingsrecht, past hij dan in werkelijkheid enkel de beginselen toe die naar gemeenschapsrecht de verhouding tussen artikel 85, lid 3, en artikel 86 beheersen. Wanneer dus de nationale rechter artikel 86 toepast op ingevolge artikel 85, lid 3, vrijgestelde gedragingen, is de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht — in casu artikel 85, lid 3, de op de uitvoering daarvan betrekking hebbende bepalingen, en artikel 86 — ten volle gewaarborgd door de mogelijkheid krachtens artikel 177 EEG-Verdrag om een prejudiciële beslissing over uitleggingsvragen te verzoeken.
- 43 Het derde onderdeel van verzoeksters middel is derhalve ongegrond.
- 44 Uit het voorgaande volgt dat het beroep moet worden verworpen.

Kosten

- 45 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat ingevolge artikel 11, derde alinea, van voornoemd besluit van de Raad van 24 oktober 1988 van overeenkomstige toepassing is op de procedure voor het Gerecht, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG,

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verwijst verzoekster in de kosten van het geding.

Cruz Vilaça Barrington Saggio Edward Yeraris

Schintgen Briët Vesterdorf García-Valdecasas Biancarelli Lenaerts

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 juli 1990.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça