

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

27 juli 2005 *

In de gevoegde zaken T-49/02 tot en met T-51/02,

Brasserie nationale SA (voorheen Brasseries Funck-Bricher et Bofferding), gevestigd te Bascharage (Luxemburg), vertegenwoordigd door A. Carnelutti en L. Schiltz, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

Brasserie Jules Simon et Cie SCS, gevestigd te Wiltz (Luxemburg), vertegenwoordigd door A. Carnelutti en J. Mosar, advocaten,

Brasserie Battin SNC, gevestigd te Esch-sur-Alzette (Luxemburg), vertegenwoordigd door A. Carnelutti en M. Santini, advocaten,

verzoeksters,

* Procestaal: Frans.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Wils en A. Bouquet als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van artikel 1 van beschikking 2002/759/EG van de Commissie van 5 december 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/37.800/F3 — Luxemburgse brouwerijen) (PB 2002, L 253, blz. 21), voor zover betrekking hebbend op verzoeksters, alsmede om, primair, nietigverklaring van artikel 2 van deze beschikking voor zover daarbij geldboeten worden opgelegd aan verzoeksters, en, subsidiair, aanzienlijke vermindering van die geldboeten,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. W. H. Meij, kamerpresident, N. J. Forwood en I. Pelikánová, rechters,

griffier: I. Natsinas, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 maart 2005,

het navolgende

Arrest

Feiten

- 1 De onderhavige zaken betreffen beschikking 2002/759/EG van de Commissie van 5 december 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/37.800/F3 — Luxemburgse brouwerijen) (PB 2002, L 253, blz. 21) (hierna: „beschikking”).

- 2 De beschikking heeft betrekking op een overeenkomst (hierna: „Overeenkomst”) die op 8 oktober 1985 is ondertekend door vijf Luxemburgse brouwerijen (hierna: „de partijen”), te weten Brasserie nationale (hierna: „Brasserie nationale”), Brasserie Jules Simon et Cie, voorheen Brasserie de Wiltz (hierna: „Wiltz”), Brasserie Battin (hierna: „Battin”) (hierna samen aangeduid als „verzoeksters”), Brasserie de Diekirch (hierna: „Diekirch”) en, ten slotte, Brasseries Réunies de Luxembourg Mousel et Clausen (hierna: „Mousel”).

- 3 In 1999 werden Mousel en Diekirch overgenomen door Interbrew SA (hierna: „Interbrew”). In juli 2000 werd Diekirch een dochteronderneming van Mousel. Bij die gelegenheid wijzigde Mousel haar naam in Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch (hierna: „Brasserie de Luxembourg”).

- 4 In de beschikking wordt Brasserie nationale aangeduid als „Brasserie nationale — Bofferding”, afgekort tot „Bofferding”. Ter terechtzitting heeft haar raadsman echter bevestigd dat het hier om dezelfde rechtspersoon gaat, die hierna „Brasserie nationale” zal worden genoemd.

- 5 Artikel 1 van de Overeenkomst bepaalt:

„Deze overeenkomst heeft ten doel de conflicten te voorkomen en op te lossen die in het Groothertogdom Luxemburg kunnen ontstaan met betrekking tot de naleving en de wederzijdse bescherming van brouwerijclausules, ook wel ‚bierclausules’ genoemd, ongeacht of [een dergelijke clausule] apart is opgesteld dan wel onderdeel vormt van een andere overeenkomst of verbintenis [...]”

- 6 Artikel 2 van de Overeenkomst luidt:

„Onder bierclausule wordt verstaan elk schriftelijk contract, ongeacht de rechts-geldigheid en/of de looptijd en/of de inroepbaarheid ervan, waarbij een van de overeenkomstsluitende brouwerijen met een drankgelegenheid is overeengekomen dat deze zich, gedurende een bepaalde periode en/of voor een bepaalde hoeveelheid, uitsluitend zal bevoorraden met Luxemburgs bier dat door haarzelf of door een Luxemburgse brouwerij in licentie wordt vervaardigd en/of door een Luxemburgse brouwerij wordt verkocht [...]”

7 Artikel 4 van de Overeenkomst bepaalt:

„De ondertekenende brouwerijen zien ervan af bier te verkopen aan een drankgelegenheid die overeenkomstig de onderhavige overeenkomst is voorbehouden aan een van de andere contracterende brouwerijen, en verbinden zich ertoe hun dephouders een strikt verbod dienaangaande op te leggen.

In geval van herhaalde overtreding van het verbod door de dephouder worden de volgende maatregelen genomen:

De overeenkomstsluitende brouwerij laat de verkoop van bier van de concurrerende brouwerij bij haar afnemer vaststellen en stelt deze zo nodig in kennis van het leveringscontract. Zij stelt ook de dephouder van het contract in kennis en maant hem aan, verdere bierleveranties achterwege te laten. Tegelijkertijd verzoekt zij de concurrerende brouwerij, haar dephouder te ontbieden en hem naar behoren te sommeren, alle bierleveranties aan de bij contract aan haar collega gebonden afnemer te staken, teneinde elke vorm van medeplichtigheid van de concurrerende brouwerij bij de handelingen van haar dephouder te voorkomen [...]

8 Artikel 5 van de Overeenkomst luidt:

„Elke overeenkomstsluitende brouwerij verbindt zich ertoe, alvorens een bierleveringscontract te sluiten met en/of bier te leveren aan een drankgelegenheid die voorheen door een andere brouwerij werd bevoorrad, tevoren bij deze brouwerij naar het bestaan van een ‚bierclausule‘ te informeren.

Dit verzoek om informatie moet schriftelijk worden gericht tot de andere brouwerij, die gehouden is de gevraagde inlichtingen te verstrekken, zo nodig vergezeld van stukken waaruit het al dan niet bestaan van een ‚bierclausule‘ blijkt [...] Een afschrift van dit verzoek kan worden toegezonden aan de voorzitter van de Vereniging van Luxemburgse brouwerijen.”

- 9 In de artikelen 6 en 7 van de Overeenkomst zijn straffen gesteld op schending van artikel 4 of 5. De artikelen 8, 9 en 10 voorzien in bemiddelings-, arbitrage- en overlegprocedures. Artikel 11 bepaalt dat de Overeenkomst kan worden opgezegd in geval van overname door een buitenlandse vennootschap of samenwerking met een buitenlandse brouwerij. Artikel 12 ten slotte bepaalt dat de Overeenkomst voor onbepaalde tijd van kracht is en dat de opzegtermijn twaalf maanden bedraagt.
- 10 Aan de Overeenkomst is een eveneens op 8 oktober 1985 ondertekende intentieverklaring gehecht (hierna: „Intentieverklaring betreffende Battin”), die luidt:

„[Battin] overtreedt artikel 2 [van de Overeenkomst] niet, door volgens de momenteel toegepaste distributievormen en -modaliteiten bier te leveren van ‚Bitburger Brauerei Th. Simon‘, BRD, die haar als alleenverkoper heeft aangewezen.

Indien in de toekomst een zodanige verandering zou optreden, hetzij inzake de vormen en modaliteiten van deze distributie, hetzij in de vorm van een aanzienlijke toename van het volume, dat het huidige distributie-evenwicht zou worden verstoord [...], kan de [Overeenkomst] ten aanzien van [Battin] te allen tijde worden opgezegd.”

- 11 De Overeenkomst is verder aangevuld met een tweede intentieverklaring, die werd ondertekend tijdens de vergadering van de Vereniging van Luxemburgse brouwerijen (hierna: „VLB”) op 2 december 1986 (hierna: „Intentieverklaring betreffende buitenlandse brouwerijen”). Daarin staat te lezen:

„De brouwerijen die partij zijn bij de overeenkomst, verklaren dat zij bij de klantenwerving en het sluiten van leveringscontracten voorrang zullen verlenen aan een van hun Luxemburgse collega’s, ingeval schriftelijke informatie van de brouwerij met het contract erop wijst dat een van haar afnemers, ondanks dat hij jegens een van hen is gebonden door een onder de [Overeenkomst] vallende leveringsclausule, door een buitenlandse brouwerij is benaderd en op het punt staat om met deze brouwerij een leveringscontract te sluiten.

Wanneer een deelnemende brouwerij dankzij deze voorrangregeling erin slaagt een leveringscontract te sluiten met de voormalige afnemer van een andere deelnemende brouwerij, verbindt zij zich ertoe om die brouwerij, zodra zich de gelegenheid daartoe voordoet, als tegenprestatie een van haar afnemers aan te bieden die zich in vergelijkbare omstandigheden bevindt.”

Bestreden beschikking

- 12 Volgens de beschikking had de Overeenkomst in de eerste plaats tot doel, de respectieve clientèle van de overeenkomstsluitende partijen in de Luxemburgse horecasector (hotels, restaurants, cafés) te behouden, en in de tweede plaats, de penetratie van deze sector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren (overwegingen 47-73).

- 13 In de beschikking wordt voorts overwogen dat de Overeenkomst de mededinging in de Luxemburgse horecasector op merkbare wijze kon beperken en de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kon beïnvloeden. De conclusie luidt dan ook dat de partijen door het sluiten van de Overeenkomst inbreuk hebben gemaakt op artikel 81, lid 1, EG (overwegingen 74-85).
- 14 Volgens de beschikking is de inbreuk opzettelijk begaan in de zin van artikel 15, lid 2, van de destijds toepasselijke verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) (overwegingen 89 en 90).
- 15 Artikel 1 van de beschikking bepaalt:

„[De partijen] hebben inbreuk op artikel 81, lid 1, [EG] gemaakt door een overeenkomst te sluiten die tot doel had hun respectieve clientèle in de horecasector in Luxemburg te behouden en de penetratie van die sector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren.

De inbreuk heeft geduurd van oktober 1985 tot februari 2000.”

- 16 Artikel 2 van de beschikking legt aan Brasserie nationale een geldboete van 400 000 euro op en aan Wiltz en Battin ieder een geldboete van 24 000 euro.

Procedure

- 17 Bij drie, op 26 februari 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften hebben verzoeksters de onderhavige beroepen ingesteld.
- 18 De schriftelijke behandeling in elk van de zaken is op 25 november 2002 gesloten.
- 19 Na partijen op dit punt te hebben gehoord, heeft de president van de Tweede kamer bij beschikking van 15 februari 2005 de zaken voor de mondelinge behandeling en voor het arrest gevoegd overeenkomstig artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 20 Aangezien de president van de Tweede kamer verhinderd was over de onderhavige zaken te zitten, heeft de president van het Gerecht overeenkomstig artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering rechter N. J. Forwood aangewezen ter aanvulling van de kamer.

Conclusies van partijen

- 21 In elk van de zaken concludeert de betrokken verzoekster dat het het Gerecht behage:
- nietig te verklaren artikel 1 van de beschikking, voor zover verzoekster daarbij een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG ten laste wordt gelegd;

- in elk geval nietig te verklaren artikel 2 van de beschikking, voor zover verzoekster daarbij een geldboete wordt opgelegd, en, subsidiair, die boete aanzienlijk te verminderen;

 - de Commissie in de kosten te verwijzen.
- 22 In elk van de zaken concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:
- het beroep te verwerpen;

 - verzoekster in de kosten te verwijzen.

In rechte

- 23 In elk van de zaken voert de betrokken verzoekster twee middelen aan, te weten 1) schending van artikel 81, lid 1, EG en 2) schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en van de in artikel 253 EG neergelegde motiveringsplicht.
1. *Eerste middel: schending van artikel 81, lid 1, EG*
- 24 Het eerste middel bestaat uit vijf onderdelen, waarmee verzoeksters de Commissie verwijten dat zij 1) bij de beoordeling van het doel van de Overeenkomst

onvoldoende rekening heeft gehouden met de context ervan; 2) heeft geoordeeld dat de Overeenkomst ook zonder „bierclausule” gold; 3) de Overeenkomst heeft gekwalificeerd als overeenkomst tot behoud van de clientèle en, daarmee, als naar haar doel mededingingsbeperkend; 4) heeft geconcludeerd dat de Overeenkomst tot doel had de penetratie van de Luxemburgse horecasector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren, en 5) heeft geoordeeld dat de Overeenkomst de mededinging merkbaar heeft beïnvloed.

25 Het derde onderdeel van het eerste middel heeft betrekking op het eerste door de Commissie vastgestelde beperkende doel, namelijk behoud van de respectieve clientèle van de partijen in de Luxemburgse horecasector, terwijl het vierde onderdeel van dit middel ziet op het tweede beperkende doel dat de Overeenkomst volgens de Commissie heeft, te weten belemmering van de penetratie van deze sector door buitenlandse brouwerijen. Met het eerste onderdeel van het eerste middel maken verzoeksters de Commissie het verwijt, dat zij haar beoordeling van het doel van de Overeenkomst ontoereikend heeft gemotiveerd.

26 Aangezien het derde, het vierde en het eerste onderdeel van het eerste middel dus alle betrekking hebben op de beoordeling van het doel van de Overeenkomst, moeten deze onderdelen tezamen worden onderzocht.

De beoordeling van het doel van de Overeenkomst (derde, vierde en eerste onderdeel van het eerste middel)

Bestreden beschikking

27 In de beschikking wordt om te beginnen in herinnering gebracht dat de partijen volgens de notulen van de vergadering van de VLB van 7 oktober 1986, zoals

gewijzigd bij die van de vergadering van 2 december daaraanvolgend, waren overeengekomen de term „bierclausule” ruimer te interpreteren dan in artikel 2 van de Overeenkomst. In de notulen van 7 oktober 1986 staat te lezen (overweging 9):

„[Er] wordt overeengekomen om onder ‚bierclausule’ te verstaan en daarmee gelijk te stellen:

- de verrichting die erin bestaat een pand te huren en financieel bij te dragen aan de uitrusting van een café — zonder dat er uitdrukkelijk sprake is van een ‚bierclausule’; brouwerij X huurt bijvoorbeeld een pand en levert een financiële bijdrage aan de uitrusting overeenkomstig de bestemming, maar gaat geen verbintenis aan of slaagt er niet in een verbintenis aan te gaan met de eigenaar;

- de overname van een tapvergunning [‚droit de cabaretage’] door een brouwerij, zonder dat er uitdrukkelijk sprake is van een ‚bierclausule’.

Deze twee interpretaties maken een wezenlijk bestanddeel uit van de terzake bestaande bepalingen.”

- 28 Deze uitlegging wordt volgens de beschikking bevestigd door een brief van 23 oktober 1991, waarin Wiltz de VLB laat weten (overweging 9):

„[...] de brouwerijen komen overeen onder ‚bierclausule’ te verstaan en daarmee gelijk te stellen:

- het sluiten van een huurcontract;

— het verlenen van een tapvergunning door een brouwerij, uit welken hoofde ook.”

29 Wat de juridische beoordeling van het doel van de Overeenkomst betreft, staat in de beschikking te lezen (overweging 47):

„De overeenkomst heeft in de eerste plaats tot doel de mededinging tussen de deelnemende brouwerijen te beperken door het behoud van de clientèle van elk van hen in de horecasector in Luxemburg. Dit vloeit voort uit de artikelen 4 en 5 van de overeenkomst, alsook uit de artikelen 6 en 7, die in sancties voorzien voor het geval dat eerstgenoemde bepalingen niet worden nageleefd (zie de overwegingen 48-66). Voorts wordt met de overeenkomst beoogd de penetratie door buitenlandse brouwerijen van de horecasector in Luxemburg te belemmeren. Dit tweede concurrentiebeperkende doel blijkt met name uit de tweede aan de overeenkomst gehechte verklaring (zie de overwegingen 67-73).”

30 Over het eerste beperkende doel wordt opgemerkt dat artikel 4 van de Overeenkomst elke deelnemende brouwerij en haar deponthouders verbiedt bier te leveren aan drankgelegenheden die aan andere Luxemburgse brouwerijen zijn voorbehouden. Volgens de beschikking is dit verbod in drie gevallen van toepassing en levert het in elk van deze gevallen een concurrentiebeperking op, namelijk 1) het geval waarin er in het geheel geen sprake is van een leveringscontract of een „bierclausule”; 2) het geval van een ongeldige of niet-inroepbare „bierclausule”, en 3) het geval van een geldige „bierclausule”. In al deze gevallen heeft de Overeenkomst ook tot doel de mededinging te beperken (overweging 48).

31 Met betrekking tot het eerste geval wordt opgemerkt dat, wanneer een brouwerij de uitrusting van een drankgelegenheid financiert of zich een tapvergunning verschaft, maar geen contract met de caféhouder sluit noch hem een exclusieve-afnamever-

plichting oplegt, artikel 4 van de Overeenkomst die caféhouder belet zich bij andere Luxemburgse brouwerijen te bevoorraden, zodat enerzijds eerstgenoemde brouwerij haar clientèle behoudt, terwijl anderzijds de vrijheid van handelen van de caféhouder en van de andere brouwerijen wordt beperkt (overweging 50).

- 32 Over het tweede geval wordt gezegd dat de Overeenkomst in dit geval verder gaat dan de bij wet opgelegde beperkingen, omdat zij partijen verplicht zich te houden aan „bierclausules” die hetzij ongeldig zijn, hetzij niet kunnen worden ingeroepen, bijvoorbeeld omdat de brouwerij haar contractuele verplichtingen jegens de caféhouder niet nakomt. Aldus beperken partijen hun vrijheid van handelen en verschaffen zij zich op het punt van het behoud van hun clientèle en hun rechtszekerheid voordelen waarvan onder normale concurrentievoorwaarden geen sprake zou zijn. Hieraan wordt nog toegevoegd dat in maart 1996 een einde is gekomen aan de tendens in de Luxemburgse rechtspraak om contracten wegens onbepaaldheid van prijs of hoeveelheid te vernietigen, maar dat partijen daarin geen aanleiding hebben gezien om de Overeenkomst op dat ogenblik te beëindigen. Voorts breidt de uitdrukking „ongeacht de rechtsgeldigheid en/of de looptijd en/of de inroepbaarheid ervan” volgens de beschikking de garantie van artikel 4 uit tot contracten die mogelijk op andere gronden dan onbepaaldheid van prijs of hoeveelheid ongeldig of niet-inroepbaar zijn (overwegingen 52-55).
- 33 In verband met het derde geval wordt in de beschikking in de eerste plaats opgemerkt dat artikel 4 van de Overeenkomst partijen verbiedt „bier te verkopen aan een drankgelegenheid die is voorbehouden [...] aan één van de andere overeenkomstsluitende brouwerijen”, terwijl de verplichting van artikel 7, lid 1, van verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel [81], lid 3, [EG] op groepen exclusieve afnameovereenkomsten (PB L 173, blz. 5), zoals laatstelijk gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1582/97 van de Commissie van 30 juli 1997 (PB L 214, blz. 27), slechts geldt voor bieren van dezelfde soort als die welke worden geleverd door de brouwerij waarmee de caféhouder een contract heeft. In de tweede plaats verbiedt de Overeenkomst volgens de beschikking elke levering aan een drankgelegenheid die aan een andere brouwerij is voorbehouden, terwijl, zoals de partijen zelf hebben verklaard, de civielrechtelijke sanctie wegens dergelijke leveringen slechts in de betaling van schadevergoeding bestaat. Een caféhouder kan het echter om diverse redenen wenselijk achten zijn contract te verbreken en de financiële consequenties daarvan te dragen. De Overeenkomst ontnemt de caféhouders echter deze mogelijkheid en strekt er derhalve toe, inefficiënte betrekkingen in stand te houden (overwegingen 56-58).

- 34 Dat de Overeenkomst wegens het ermee beoogde doel tot concurrentiebeperkingen leidt, vloeit volgens de beschikking in de eerste plaats voort uit het — door de partijen niet betwiste — feit dat zij zelfs van toepassing is wanneer er geen leveringscontract of bierclausule bestaat en zij dus niet het voorwerp van een geschil kan vormen (overweging 59).
- 35 In de tweede plaats wordt in herinnering gebracht dat de Overeenkomst werd voorafgegaan door een aantal andere overeenkomsten tussen Luxemburgse brouwers, waaronder de overeenkomst van 1 september 1966, waarbij alle deelnemende brouwerijen betrokken waren, en de overeenkomsten van 13 juni 1975 en 28 april 1983, waarbij Brasserie nationale en Mousel betrokken waren. Op grond van die vroegere overeenkomsten waren de deelnemende brouwerijen reeds verplicht elkaars clientèle strikt te respecteren, zonder dat daarbij werd gerefereerd aan een exclusieve-afnameclausule of aan een probleem op het gebied van de rechtszekerheid. Volgens de beschikking kan bij de uitlegging van de Overeenkomst niet volledig worden voorbijgegaan aan deze historische context, die twijfel doet rijzen omtrent de gegrondheid van het rechtsonzekerheidsargument dat de partijen ter rechtvaardiging van de Overeenkomst aanvoeren (overweging 60).
- 36 In de derde plaats wordt opgemerkt dat de beoordeling van het doel van de Overeenkomst niet afhangt van de subjectieve bedoelingen van de partijen, aangezien de Overeenkomst duidelijk van dien aard is, dat zij de mededinging kan beperken of vervalsen (overweging 61).
- 37 In de vierde plaats beklemtoont de Commissie dat het door de partijen aangevoerde rechtsonzekerheidsprobleem, dat zich, naar gelang van de toepasselijke nationale regels van civiel recht, voordoet bij verschillende soorten contracten in verschillende bedrijfstakken en in verschillende lidstaten, onderdeel vormt van het geheel van bedrijfsrisico's waaraan elke onderneming zelfstandig het hoofd dient te bieden. Dit probleem „rechtvaardigt geen afspraak die slechts aan ondernemingen in het eigen land ten goede komt” en „vormt geen grond voor een afwijking” van artikel 81, lid 1, EG (overweging 62).

- 38 Voorts wordt in de beschikking opgemerkt dat de voorzitter van de VLB met zoveel woorden heeft erkend dat de Overeenkomst rechtens ongeldig is. Hij heeft namelijk tijdens de conciliatievergadering tussen Brasserie nationale en Diekirch op 19 maart 1996 opgemerkt: „[...] de tussen de brouwerijen overeengekomen bepalingen hebben weliswaar geen rechtskracht, maar het gaat om de geest ervan, en dat is het belangrijkste” (overweging 63).
- 39 Volgens de beschikking versterkt artikel 5 van de Overeenkomst de uit artikel 4 voortvloeiende concurrentiebeperking door ervoor te zorgen dat het daadwerkelijk wordt toegepast, en zetten de artikelen 6 en 7, die voorzien in sancties die verder gaan dan de civielrechtelijke, kracht bij aan de bij de artikelen 4 en 5 opgelegde verplichtingen (overwegingen 64-66).
- 40 Over het tweede concurrentiebeperkende doel, te weten de belemmering van de penetratie van de Luxemburgse horecasector door buitenlandse brouwerijen, wordt in de beschikking opgemerkt dat de intentieverklaring betreffende buitenlandse brouwerijen voorziet in overleg tussen de partijen, teneinde bij de klantenwerving voorrang te verlenen aan een Luxemburgse collega, en vervolgens, ingeval deze erin zou slagen de door een buitenlandse brouwerij benaderde drankgelegenheid als klant te werven, in een compensatieregeling waarbij tussen de twee betrokken partijen drankgelegenheden worden uitgewisseld. Dit doel wordt bevestigd door het feit dat de voorzitter van de VLB tijdens bovengenoemde conciliatievergadering tussen Brasserie nationale en Diekirch op 19 maart 1996 heeft verklaard, dat „voorkomen moet worden [...] dat het [tot] een massale toevloed van buitenlandse brouwerijen op onze markt [komt]”. Deze opmerking verbindt weliswaar de partijen niet, maar aangezien zij werd gemaakt tijdens een vergadering die betrekking had op de toepassing van de Overeenkomst, moet er bij de uitlegging van de Overeenkomst wel rekening mee worden gehouden. Volgens de beschikking kan dit tweede doel van de Overeenkomst niet los worden gezien van het eerste, aangezien een beperking van de penetratie van de Luxemburgse horecasector door buitenlandse brouwerijen bijdraagt tot het behoud van de stabiliteit in de betrekkingen tussen de partijen bij de Overeenkomst. Met de intentieverklaring betreffende Battin werd beoogd „het huidige evenwicht van de distributie” in stand te houden, waaruit blijkt dat er volgens de partijen in de betrokken sector een bepaald evenwicht bestond dat bescherming verdiende. Tot slot wordt in de beschikking opgemerkt dat artikel 11 van de Overeenkomst in de mogelijkheid voorziet de Overeenkomst op te zeggen jegens een deelnemende brouwerij die samenwerkt met een buitenlandse brouwerij (overwegingen 67-73).

Argumenten van partijen

— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst tot behoud van de clientèle (derde onderdeel van het eerste middel)

- 41 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij de Overeenkomst heeft gekwalificeerd als overeenkomst tot behoud van de clientèle en, daarmee, als naar haar doel mededingingsbeperkend.
- 42 Volgens verzoeksters had de Overeenkomst namelijk uitsluitend tot doel, de naleving te waarborgen van de tussen caféhouders en brouwerijen overeengekomen exclusiviteitsbedingen, die, naar het Hof heeft erkend, geen mededingingsbeperkend doel hebben (arrest van 28 februari 1991, *Delimitis*, C-234/89, Jurispr. blz. I-935). Dat dit het doel van de Overeenkomst was, blijkt volgens Brasserie nationale uit elk van de in de beschikking genoemde gevallen waarin op de Overeenkomst een beroep is gedaan.
- 43 Tegen de overweging dat de Overeenkomst uitsluitend ten goede kwam aan de Luxemburgse brouwerijen (overweging 62 van de beschikking), brengen verzoeksters in dat alle in Luxemburg aanwezige brouwerijen partij konden worden bij de Overeenkomst. Zij wijzen erop dat Mousel en Diekirch ook na hun overname door Interbrew bij de Overeenkomst partij mochten blijven.
- 44 Volgens verzoeksters kon dankzij het in artikel 5 van de Overeenkomst bedoelde mechanisme voor de uitwisseling van informatie de draagwijdte van de Overeenkomst worden beperkt tot schriftelijke „bierclausules”. In de uitgewisselde kopie van het contract was de commercieel gevoelige informatie onleesbaar gemaakt. Brasserie nationale voegt nog toe dat in artikel 4 van de Overeenkomst slechts uitdrukking wordt gegeven aan de verplichting van de partijen om exclusiviteitsbedingen te

respecteren. De in deze bepaling gebezigde uitdrukking „voorbehouden drankgelegenheid” betekent niet meer dan ingevolge een „bierclausule” aan een brouwerij „gebonden”, wat door de derde alinea van het artikel wordt bevestigd.

- 45 De in overweging 60 van de beschikking genoemde overeenkomsten die aan de Overeenkomst zijn voorafgegaan, zijn volgens verzoeksters in de beschikking verkeerd beoordeeld. Anders dan de overeenkomsten van 1975 en 1983, hadden die van 1980 en 1981 evenals de Overeenkomst tot doel, de naleving van de overeengekomen exclusiviteitsbedingen te waarborgen. Brasserie nationale stelt bovendien dat het merendeel van die overeenkomsten dateert van vóór de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag, dat de na die tijd gesloten overeenkomsten — waarvan die van 1980 door de Commissie onvermeld is gelaten — slechts twee van de partijen bonden en dat de enige multilaterale overeenkomst was gesloten in 1966, dat wil zeggen voordat de overgangperiode was verstreken, en lang vóór de Overeenkomst werd beëindigd.
- 46 Aan de in overweging 63 van de beschikking genoemde opmerking van de voorzitter van de VLB (zie boven, punt 38) kan volgens Brasserie nationale niet al te veel waarde worden gehecht, aangezien de VLB slechts een beperkte taak heeft en het profiel van haar voorzitter niet van dien aard is, dat deze moet worden geacht de markt te kennen. Het door die voorzitter geformuleerde standpunt over de geldigheid van de Overeenkomst is bovendien onjuist. Aangezien de Overeenkomst slechts tot doel had, de naleving te waarborgen van exclusiviteitsclausules die geen grensoverschrijdende verhoudingen betroffen, had zij geen betrekking op de invoer of de uitvoer (arrest Hof van 18 maart 1970, Bilger, 43/69, Jurispr. blz. 127). Volgens Brasserie nationale was de Overeenkomst dan ook overeenkomstig artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17 van aanmelding vrijgesteld en bleef zij dus geldig totdat eventueel een inbreuk werd vastgesteld. Ook Wiltz en Battin zijn van mening dat aan de bedoelde opmerking van de voorzitter van de VLB niet al te veel waarde kan worden gehecht, en wijzen erop dat de Overeenkomst geen betrekking had op de in- of uitvoer.
- 47 Verzoeksters merken voorts op dat de Overeenkomst om drie redenen was gesloten. Brasserie nationale voert deze redenen slechts aan met betrekking tot het tweede en het derde in de beschikking genoemde geval, te weten dat van een ongeldige of niet-

inroepbare „bierclausule” en dat van een geldige „bierclausule”, en wijst er nog eens op dat in het eerste geval, waarin een „bierclausule” ontbrak, de Overeenkomst niet van toepassing was.

- 48 Over de eerste reden merken verzoeksters op dat contracten met een „bierclausule” door de Luxemburgse rechter stelselmatig waren vernietigd wegens onbepaaldheid van prijs en hoeveelheid, in navolging van op vergelijkbare bepalingen van de Code civil gebaseerde Franse rechtspraak. Brasserie nationale voegt hieraan nog toe dat de Overeenkomst een alternatieve geschillenregeling was die, tegen de achtergrond van die rechtspraak, de kwestie van de geldigheid van de bierclausules kortsloot. Met dit doel was de formulering „ongeacht de rechtsgeldigheid [...] en/of de inroepbaarheid ervan” in artikel 2 van de Overeenkomst ingelast.
- 49 Verzoeksters preciseren dat het risico dat voor de Luxemburgse rechter de nietigheid zou worden ingeroepen van een contract waarin een „bierclausule” was opgenomen, aanwezig was ongeacht de oorsprong van het geschil, aangezien elke gerechtelijke procedure, daaronder begrepen die naar aanleiding van de opzegging of niet-uitvoering van het contract, de betrokken brouwerij aan dat risico blootstelde. Weliswaar vond er in 1995 een ommekeer in de Franse rechtspraak plaats, die in Luxemburg door één in eerste aanleg gewezen uitspraak van maart 1996 werd bevestigd, maar daarmee was het genoemde risico volgens verzoeksters nog niet verdwenen. Het is huns inziens ook niet van belang of de Franse rechtspraak door alle dan wel een meerderheid van de rechters werd gevolgd. In antwoord op het betoog van de Commissie voert Brasserie nationale nog aan dat het feit dat de ommekeer in de Franse rechtspraak in twee etappes heeft plaatsgevonden, niet van invloed is op de datum waarop die ommekeer daadwerkelijk door de Luxemburgse rechter werd bekrachtigd, dat het drie tot vier jaar heeft geduurd voordat een Luxemburgs appelcollege die ommekeer in een bierzaak bevestigde, en dat de mogelijke oplossingen om zich naar de betrokken rechtspraak te voegen, ook waren gekenmerkt door onzekerheid en hoe dan ook ongeschikt waren voor de distributie van bier. Met betrekking tot het verzoek om aan de Overeenkomst een bepaling toe te voegen volgens welke de Overeenkomst ook zou gelden voor andere gevallen van nietigheid dan wegens onbepaaldheid van prijs en hoeveelheid, merkt Brasserie nationale op dat het feit dat een dergelijke bepaling niet met zoveel woorden aan de Overeenkomst is toegevoegd, juist laat zien dat de partijen daarmee niet instemden.

- 50 Wat de tweede reden betreft, merken verzoeksters op dat de brouwerij die een nieuw contract met een „bierclausule” sloot met een caféhouder die reeds door een dergelijke clausule aan een andere brouwerij was gebonden, het risico liep door die andere brouwerij te worden aangesproken wegens medeplichtigheid aan schending van de op die caféhouder rustende verplichtingen. Dit kon leiden tot een tijdrovende en kostbare procedure, ook al was het genoemde risico gering als gevolg van de voormelde rechtspraak inzake de nietigheid van bierclausules. Omgekeerd kon een actie wegens medeplichtigheid weliswaar in zeldzame gevallen een oplossing bieden voor de brouwerij die het slachtoffer was van een gebrek aan loyaliteit van de caféhouder, maar betekende dat ook voor die brouwerij een veel tijd en geld kostende procedure.
- 51 Als derde reden voeren verzoeksters aan dat de brouwerijen niet over een doeltreffend rechtsinstrument beschikten om de naleving van de exclusiviteitsbedingen te waarborgen. De tekortkomingen van een nationaal rechtssysteem vormen huns inziens een klassiek motief om gebruik te maken van private regelingen. Aangezien het uitsluitend aan de Luxemburgse rechter was om de Overeenkomst te toetsen op strijd met de openbare orde, moest de Overeenkomst worden geacht rechtmatig te zijn.
- 52 Verzoeksters stellen voorts dat zij hun handelingsvrijheid niet hebben beperkt, maar juist van die vrijheid gebruik hebben gemaakt teneinde de naleving van de gesloten contracten te waarborgen. Zelfs indien de Overeenkomst een concurrentiebeperkend effect had gehad dat losstond van de aan de „bierclausules” inherente beperkende gevolgen voor de mededinging, dan nog vond zij haar rechtvaardiging in de noodzaak de eerlijkheid van de handelstransacties te waarborgen. Brasserie nationale beroept zich in dit verband op de arresten van het Hof van 20 februari 1979, Rewe-Zentral („Cassis de Dijon”) (120/78, Jurispr. blz. 649), en 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577). Volgens verzoeksters kan de stand van het Luxemburgse recht niet een „grens” zijn die bepaalt in welke mate zij zich kunnen indekken teneinde die eerlijkheid van de handelstransacties te waarborgen. Verzoeksters trachten ook een parallel te trekken met artikel 5, sub c, van de gedragscode van het Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau (hierna: „IEG”), dat niet op bezwaren van de Commissie is gestuit in haar beschikking die het voorwerp vormde van het arrest van het Gerecht van 28 maart 2001, Instituut van erkende gemachtigden/Commissie (T-144/99, Jurispr. blz. II-1087, punten 89 en 90). De Overeenkomst verbood immers enkel een contract te sluiten met een caféhouder die reeds door een contract met een „bierclausule” aan een concurrent gebonden was, en behelsde dus geen enkel verbod voor het geval de handelsbetrekking was beëindigd.

- 53 Verzoeksters betwisten ook dat de Overeenkomst „inefficiënte betrekkingen tussen brouwerijen en caféhouders” in stand heeft gehouden (overweging 57 van de beschikking). Met de in artikel 2 van de Overeenkomst gebezigde begrippen rechtsgeldigheid en inroepbaarheid werd namelijk slechts gedoeld op gebreken die aan het contract kleefden op het moment waarop het werd gesloten. Het doel of gevolg van de Overeenkomst was echter niet, dat de caféhouder ook aan het contract gebonden bleef indien de brouwerij ernstig jegens hem in gebreke bleef.
- 54 Met betrekking tot de stelling dat de Overeenkomst restrictiever was dan de „bierclausules”, aangezien artikel 4 een verbod stelde op „elke verkoop van bier” aan een drankgelegenheid die aan een der partijen gebonden was (overweging 56 van de beschikking), merken verzoeksters op dat de Overeenkomst enkel van toepassing was op „pilsbier”. Brasserie nationale verklaart dat Luxemburgse brouwerijen onder bier uitsluitend dit type bier verstonden en dat Mousel en Diekirch pas lang na de totstandkoming van de Overeenkomst andere biersoorten zijn gaan distribueren. Wiltz en Battin stellen dat artikel 4 geen andere betekenis kon hebben dan de partijen te beletten het door hen geproduceerde of gedistribueerde bier te leveren. Dit nu was uitsluitend bier van het type „pils”.
- 55 Tot slot merkt Brasserie nationale op dat het door de Overeenkomst ingestelde systeem voor de uitwisseling van informatie niets van doen heeft met dat waarom het ging in de arresten van 27 oktober 1994, Fiatagri en New Holland Ford/Commissie (T-34/92, Jurispr. blz. II-905), en Deere/Commissie (T-35/92, Jurispr. blz. II-957), wat haars inziens de enige uitspraken zijn waarin het Gerecht de uitwisseling van informatie die niet de prijzen betrof en niet een ander de mededinging belemmerend mechanisme ondersteunde, heeft afgekeurd.
- 56 De Commissie stelt dat dit onderdeel van het eerste middel ongegrond is.

— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst die ertoe strekt de penetratie van de Luxemburgse horecasector te belemmeren (vierde onderdeel van het eerste middel)

57 Volgens verzoeksters heeft de Commissie ten onrechte geoordeeld dat de Overeenkomst ertoe strekte de penetratie van de Luxemburgse horecasector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren.

58 De Overeenkomst beoogde namelijk slechts de schending van de „bierclausules” door buitenlandse brouwerijen tegen te gaan, waarbij echter voor Luxemburgse brouwerijen de mogelijkheid bleef bestaan om met succes in te gaan op het aanbod van een caféhouder die voornemens was een contract te sluiten met een buitenlandse brouwerij. Bovendien vond de Overeenkomst haar rechtvaardiging in de uitzonderlijke situatie in Luxemburg, met name in de ongelijke krachtsverhouding tussen Luxemburgse en buitenlandse brouwerijen, en in de abnormale situatie als gevolg van het gebrek aan loyaliteit van de caféhouders. Brasserie nationale voegt hieraan nog toe dat, waar de Commissie de „bierclausules” ongemoeid heeft gelaten, zij deze ook niet indirect mag aanpakken. Bovendien heeft de Overeenkomst het sluiten van contracten door buitenlandse brouwerijen niet onmogelijk gemaakt. Tot slot zijn er volgens verzoeksters geen bijzondere bezwaren aan te voeren tegen het compensatiemechanisme dat is voorzien in de intentieverklaring betreffende buitenlandse brouwerijen.

59 Over de intentieverklaring betreffende Battin merkt Brasserie nationale op, dat de eerste alinea daarvan de toegang van buitenlands bier tot Luxemburg juist bevordert. Met het in de tweede alinea gebruikte woord „evenwicht” wordt enkel tot uitdrukking gebracht, dat het voor binnenlandse brouwerijen mogelijk moet blijven met een aanbod te komen wanneer een drankgelegenheid niet langer door een „bierclausule” aan een brouwerij gebonden is.

60 Verzoeksters voeren verder aan dat artikel 11 van de Overeenkomst nooit is toegepast. Volgens Brasserie nationale heeft deze bepaling ook geen afschrikkend

effect gehad of beoogd. Wiltz en Battin voegen hieraan nog toe dat deze bepaling, zoals in overweging 72 van de beschikking wordt erkend, slechts een accessoir karakter heeft. Daarom levert ook de in de intentieverklaring betreffende Battin geformuleerde mogelijkheid om de Overeenkomst op te zeggen, op zichzelf geen beperking op.

61 Wat de in overweging 68 van de beschikking genoemde verklaring van de voorzitter van de VLB betreft, herhalen verzoeksters hun argument dat daaraan niet al te veel waarde kan worden gehecht. Volgens Brasserie nationale verbindt deze verklaring slechts de voorzitter zelf en geeft zij niet haar standpunt weer.

62 Tot slot voert Brasserie nationale aan dat de motivering van de beschikking innerlijk tegenstrijdig is, voor zover de partijen wordt verweten dat zij buitenlandse brouwerijen voordelen onthouden waarvan elders in de beschikking wordt gezegd, dat Luxemburgse brouwerijen deze niet aan elkaar mogen toekennen.

63 De Commissie stelt dat dit onderdeel van het eerste middel ongegrond is.

— Onvoldoende inaanmerkingneming van de context van de Overeenkomst bij de beoordeling van het doel ervan (eerste onderdeel van het eerste middel)

64 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij bij de beoordeling van het doel van de Overeenkomst onvoldoende rekening heeft gehouden met de context ervan. Dit rechtvaardigt volgens hen de nietigverklaring van de beschikking, te meer waar als gevolg hiervan de Overeenkomst op bepaalde punten volstrekt verkeerd is uitgelegd.

- 65 Verzoeksters wijzen er namelijk op dat, ofschoon de gevolgen van een overeenkomst met een concurrentiebeperkend doel niet behoeven te worden aangetoond, voor de vaststelling van een dergelijk doel de context van de overeenkomst moet worden geanalyseerd (arrest Hof van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 23-25). Brasserie nationale beroept zich in dit verband ook op 's Hofs arresten van 30 juni 1966, Société technique minière (56/65, Jurispr. blz. 392); 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 26), en Wouters e.a., reeds aangehaald (punt 97), en op de arresten van het Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie (T-202/98, T-204/98 en T-207/98, Jurispr. blz. II-2035, punten 44-53), en 18 september 2001, M6 e.a./Commissie (T-112/99, Jurispr. blz. II-2459, punt 76).
- 66 Volgens verzoeksters is echter, één uitzondering daargelaten, bij de beoordeling van het doel van de Overeenkomst geen rekening gehouden met het concrete kader waarbinnen de Overeenkomst effect heeft gesorteerd. Verzoeksters wijzen in dit verband op de vitaliteit van de betrokken sector in termen van marktaandeelen, die per brouwerij sterk verschillen, en op de mate waarin deze sector open staat voor import, die hun inziens uniek is in de Gemeenschap. Meer dan 33 % van het in Luxemburg gedronken bier is namelijk afkomstig uit het buitenland, en achter de grenzen zijn grote bierproducenten gevestigd. Brasserie nationale wijst bovendien op de aanwezigheid van een groot aantal drankgelegenheden die niet aan een van de overeenkomstsluitende brouwerijen zijn gebonden, waardoor er ruimte is voor extra concurrentie tussen Luxemburgse en buitenlandse brouwerijen. Ter terechtzitting heeft zij gepreciseerd dat die drankgelegenheden door exclusieveafnameclausules aan buitenlandse brouwerijen zijn gebonden.
- 67 Geen van de elementen die de Commissie in de overwegingen 59 tot en met 63 van de beschikking heeft aangevoerd om haar beoordeling van het doel van de Overeenkomst te staven, bevat een beschrijving van de economische context van de Overeenkomst, ook niet door verwijzing naar de overwegingen 74 tot en met 76, waarin de Commissie wil aantonen dat de beperking van de mededinging merkbaar was; dit staat immers los van de kwalificatie van de Overeenkomst als mededingingsbeperkend wegens het ermee beoogde doel.
- 68 Volgens verzoeksters geldt hetzelfde voor de kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst die de concurrentiemogelijkheden van buitenlandse brouwerijen beperkt (overwegingen 67-73 van de beschikking).

69 Volgens de Commissie houdt dit onderdeel van het eerste middel geen steek.

Beoordeling door het Gerecht

— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst tot behoud van de clientèle (derde onderdeel van het eerste middel)

70 Om te beginnen moet worden ingegaan op de argumenten waarmee verzoeksters verschillende van de feitelijke omstandigheden bestrijden waaruit de Commissie in de beschikking heeft geconcludeerd, dat de Overeenkomst strekte tot behoud van de clientèle.

71 Met betrekking tot de door hen betwiste vaststelling dat de Overeenkomst verbiedt bier te verkopen aan een drankgelegenheid die is gebonden aan een van de partijen (overweging 56 van de beschikking), volstaat het eraan te herinneren dat in artikel 4 van de Overeenkomst met zoveel woorden wordt gesproken van „elke verkoop van bier”. Gelet op deze duidelijke bewoordingen moet het betrokken argument worden afgewezen, dat door geen enkel concreet bewijs wordt ondersteund.

72 Hetzelfde geldt voor verzoeksters' bewering dat met de in artikel 2 van de Overeenkomst gebezigde begrippen rechtsgeldigheid en inroepbaarheid slechts werd bedoeld op gebreken die aan het contract kleefden op het moment waarop het werd gesloten. Genoemd artikel voorziet immers niet in een dergelijke beperking en verzoeksters hebben hun bewering met geen enkel concreet gegeven gestaafd.

- 73 Het argument dat dankzij het in artikel 5 van de Overeenkomst bedoelde mechanisme voor de uitwisseling van informatie de draagwijdte van de Overeenkomst kon worden beperkt tot schriftelijke „bierclausules”, wordt, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, weersproken door het feit dat, zoals bij de bespreking van het tweede onderdeel van dit middel zal blijken, de Overeenkomst ook zonder „bierclause” volledig moest worden toegepast.
- 74 Verzoeksters maken ook bezwaar tegen het feit dat de Commissie in overweging 60 van de beschikking gewicht heeft toegekend aan overeenkomsten die aan de Overeenkomst waren voorafgegaan.
- 75 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat de overeenkomsten van 1980 en 1981 in de beschikking niet worden genoemd. Het argument dat deze overeenkomsten verschillen van die van 1975 en 1983, is dan ook irrelevant. Voorts heeft de Commissie de overeenkomsten van 1966, 1975 en 1983 slechts in aanmerking genomen om aan te tonen dat bij de uitlegging van de Overeenkomst niet volledig kon worden voorbijgegaan aan deze historische context, die haars inziens twijfel deed rijzen omtrent de gegrondheid van het rechtsonzekerheidsargument dat de partijen ter rechtvaardiging van de Overeenkomst hadden aangevoerd. In dit licht bezien zijn de opmerkingen van Brasserie nationale aangaande de laatstgenoemde overeenkomsten niet relevant.
- 76 Tot slot hekelen verzoeksters de inaanmerkingneming van de in overweging 63 van de beschikking aangehaalde opmerking van de voorzitter van de VLB over de protectionistische geest van de Overeenkomst (zie boven, punt 38).
- 77 Zoals ook de Commissie heeft opgemerkt, was die voorzitter een medespeler bij en een bevoorrecht getuige van de Overeenkomst. Zo staat bijvoorbeeld vast dat hij de betrokken opmerking heeft gemaakt tijdens een conciliatievergadering tussen twee van de partijen. Bovendien was in artikel 5 van de Overeenkomst bepaald dat een

partij hem een afschrift kon verstrekken van een overeenkomstig deze bepaling tot een andere partij gericht verzoek om inlichtingen. Daarmee kreeg de voorzitter door de partijen de rol van bemiddelaar toebedeeld.

78 Voorzover verzoeksters de betrokken opmerking onjuist noemen op grond dat de Overeenkomst geen betrekking had op de invoer of de uitvoer, volstaat het erop te wijzen dat, gelet op de intentieverklaringen betreffende, respectievelijk, Battin en de buitenlandse brouwerijen, een dergelijk standpunt onhoudbaar is. Het tot staving van dit standpunt aangevoerde arrest Bilger is irrelevant, vooral omdat het betrekking had op een verticale overeenkomst, terwijl de Overeenkomst een horizontaal karakter had.

79 Bijgevolg hebben verzoeksters geen van de feitelijke omstandigheden die de Commissie in de beschikking ten grondslag heeft gelegd aan haar conclusie dat de Overeenkomst strekte tot behoud van de clientèle, weten te ontkrachten.

80 Vervolgens moet worden ingegaan op de overige argumenten die verzoeksters tot staving van dit onderdeel van het eerste middel hebben aangevoerd.

81 Met betrekking tot de drie redenen waarom de Overeenkomst zou zijn gesloten (zie boven, punten 47-51), moet worden opgemerkt dat deze, gesteld al dat zij aannemelijk zouden zijn gemaakt, geen rechtvaardiging kunnen vormen voor een mededingingsregeling met een mededingingsbeperkend doel. Het is immers onacceptabel dat ondernemingen de gevolgen van rechtsregels die zij al te ongunstig achten, trachten te neutraliseren door mededingingsregelingen die ten doel hebben die nadelen te corrigeren, onder het voorwendsel dat die regels een onevenwichtigheid in hun nadeel veroorzaken (zie in die zin arrest Gerecht van 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, T-29/92, Jurispr. blz. II-289, punt 256, in het kader van de toepassing van artikel 81, lid 3, EG, en arrest Hof van 15 oktober 2002, Limburgse

Vinylmaatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375, punt 487, betreffende een crisis op de markt). Bovendien hadden niet alleen verzoeksters, maar ook alle andere marktdeelnemers te kampen met de moeilijkheden waarvoor de Overeenkomst volgens verzoeksters een oplossing beoogde te bieden.

82 Overigens heeft de Commissie er terecht op gewezen dat, zoals bij de bespreking van het tweede onderdeel van dit middel zal blijken, de Overeenkomst blijkens het dossier ook zonder „bierclausule” toepassing moest vinden en dus niet uitsluitend een oplossing beoogde te bieden voor de drie door verzoeksters aangevoerde en in de punten 47 tot en met 51 van dit arrest uiteengezette problemen.

83 Voorzover verzoeksters’ argumenten, zoals zij ter terechtzitting zijn gepreciseerd, aldus moeten worden verstaan dat de Overeenkomst een poging was om, gezien de drie eerder genoemde problemen, te komen tot een met verordening nr. 1984/83 conforme rechtssituatie, dient eraan te worden herinnerd dat het verbod van artikel 4 van de Overeenkomst duidelijk verder gaat dan wat ingevolge artikel 7, lid 1, van deze verordening geoorloofd is. Bovendien staat deze verordening slechts bepaalde concurrentiebepalingen toe in de verticale betrekking tussen wederverkoper en leverancier (zie met name de artikelen 1 en 6), terwijl de Overeenkomst een horizontaal karakter heeft. Hoe dan ook hebben verzoeksters zelfs geen poging gedaan om aan te tonen, dat de problemen die volgens hen op het verticale vlak bestonden, uitsluitend door middel van een horizontale overeenkomst konden worden opgelost.

84 Verzoeksters stellen voorts dat het enige doel van de Overeenkomst was, de naleving van de tussen drankgelegenheden en brouwerijen overeengekomen exclusiviteitsclausules te verzekeren. Daarnaast vond de Overeenkomst volgens hen haar rechtvaardiging in de noodzaak, de eerlijkheid van de handelstransacties te waarborgen.

85 Dienaangaande kan worden volstaan met op te merken dat, zelfs al zouden verzoeksters op dit punt gelijk hebben, aan de conclusie dat de Overeenkomst ertoe strekte de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te beperken, niet kan worden afgedaan door het beweerde feit dat zij tevens een legitiem doel had (zie in die zin arrest IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 25). Verzoeksters kunnen zich niet met succes beroepen op het arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, aangezien dit een zaak betrof waarin verticale betrekkingen aan de orde waren, terwijl het in casu om een horizontale overeenkomst gaat. Ook het beroep van *Brasserie nationale* op de arresten *Cassis de Dijon* en *Wouters e.a.*, reeds aangehaald, faalt. Wanneer vaststaat dat het doel van een overeenkomst naar zijn aard mededingingsbeperkend is, zoals bij een verdeling van de clientèle het geval is, kan deze overeenkomst niet op grond van een *rule of reason* aan de toepassing van artikel 81, lid 1, EG ontsnappen wegens het feit dat zij ook andere doelen zou nastreven, zoals die waarom het in die arresten ging.

86 Met betrekking tot het aan het arrest *Instituut van erkende gemachtigden/Commissie*, reeds aangehaald, ontleende argument moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat artikel 5, sub c, van de beroepsgedragscode van het IEG slechts een verbod behelsde om ongevraagd diensten aan te bieden voor zaken die door een andere gemachtigde werden behandeld (punt 89). Een dergelijk verbod is volstrekt niet vergelijkbaar met de verboden die door de Overeenkomst worden opgelegd. In die zaak gold het verbod immers enkel het uit eigen beweging benaderen van een cliënt, terwijl de Overeenkomst de partijen onder meer verbod in te gaan op een aanbod een contract te sluiten. In de tweede plaats was het verbod in die zaak met name ingegeven door deontologische overwegingen, wat niet het geval was bij de Overeenkomst, die erop gericht was de clientèle te verdelen. Dit argument moet dus worden afgewezen.

87 Tot slot betwisten verzoeksters dat de Overeenkomst slechts aan de Luxemburgse brouwerijen ten goede kwam (overweging 62 van de beschikking). Deze stelling is echter onvoldoende onderbouwd. Ofschoon verzoeksters beweren dat alle in Luxemburg aanwezige brouwerijen bij de Overeenkomst partij konden worden, moet worden vastgesteld dat geen enkele buitenlandse brouwerij de Overeenkomst heeft ondertekend. Het argument dat twee Luxemburgse brouwerijen ook na hun overname door een buitenlandse brouwerij partij mochten blijven bij de Overeenkomst, toont nog niet aan dat buitenlandse brouwerijen als zodanig tot de

Overeenkomst konden toetreden. Uit artikel 11 van de Overeenkomst, waarin is bepaald dat een overeenkomstsluitende partij die door een buitenlands bedrijf wordt overgenomen dan wel een samenwerking aangaat met een buitenlandse brouwerij, geen partij mag blijven bij de Overeenkomst, blijkt integendeel dat de Overeenkomst uitsluitend voor de Luxemburgse brouwerijen bedoeld was. Dat dit artikel nooit is toegepast, doet aan deze vaststelling niet af.

- 88 Aangezien geen van de in verband met het derde onderdeel van het eerste middel aangevoerde argumenten kan worden aanvaard, moet dit onderdeel worden afgewezen.

— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst die ertoe strekt de penetratie van de Luxemburgse horecasector te belemmeren (vierde onderdeel van het eerste middel)

- 89 Door middel van de intentieverklaring betreffende buitenlandse brouwerijen hebben de partijen elkaar over en weer voorrang verleend bij de klantenwerving en het sluiten van een leveringscontract met een caféhouder die aan een van hen is gebonden en op het punt staat een contract te sluiten met een buitenlandse brouwerij. De intentieverklaring betreffende Battin voorzag in de mogelijkheid, de Overeenkomst jegens Battin op te zeggen in geval van een wijziging van de voorwaarden waaronder deze onderneming bepaalde buitenlandse biersoorten distribueerde. Volgens artikel 11 van de Overeenkomst ten slotte kon de Overeenkomst worden opgezegd in geval van overname door een buitenlands bedrijf of samenwerking met een buitenlandse brouwerij.

- 90 Bovendien betrof het door de intentieverklaring betreffende buitenlandse brouwerijen ingestelde mechanisme, zoals de Commissie terecht opmerkt, uitsluitend de buitenlandse brouwerij die bier wilde leveren aan een Luxemburgse caféhouder;

doch bood het geen bescherming aan de buitenlandse brouwer wiens Luxemburgse klant op het punt stond zijn bier te gaan betrekken van een Luxemburgse brouwer.

- 91 In deze omstandigheden moet worden geconcludeerd dat de Commissie niet het recht heeft geschonden door zich op het standpunt te stellen, dat de Overeenkomst ertoe strekte de penetratie van de Luxemburgse horecasector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren.
- 92 Geen van de door verzoeksters aangevoerde argumenten kan aan deze conclusie afdoen.
- 93 In de eerste plaats mist het argument dat de Overeenkomst slechts bedoeld was om schending van de „bierclausules” door buitenlandse brouwerijen tegen te gaan, feitelijke grondslag, aangezien de Overeenkomst, zoals bij de behandeling van het tweede onderdeel van dit middel zal blijken, ook zonder „bierclausule” van toepassing was.
- 94 Zoals ook bij de bespreking van het derde onderdeel van dit middel is opgemerkt, kan bovendien de door verzoeksters aangevoerde omstandigheid, zelfs al was zij aannemelijk gemaakt, hoe dan ook het hiervóór vastgestelde mededingingsbeperkende doel van de Overeenkomst niet rechtvaardigen.
- 95 Tot slot, waar verzoeksters stellen dat de Overeenkomst voor Luxemburgse brouwerijen de mogelijkheid open wilde houden om in te gaan op het aanbod van een caféhouder die voornemens was een contract te sluiten met een buitenlandse brouwerij, erkennen zij daarmee zelf dat de Overeenkomst een mededingingsbeperkend doel had. Door die mogelijkheid open te houden, leidde de Overeenkomst immers per definitie tot een wijziging van de concurrentievoorwaarden ten nadele van de betrokken buitenlandse brouwerij.

- 96 In de tweede plaats stellen verzoeksters dat de Overeenkomst haar rechtvaardiging vond in de uitzonderlijke situatie van Luxemburg en in de abnormale situatie als gevolg van het gebrek aan loyaliteit van de caféhouders. Bovendien is artikel 11 van de Overeenkomst volgens hen nooit toegepast. Brasserie nationale voegt daaraan nog toe dat de Overeenkomst buitenlandse brouwerijen niet heeft belet contracten te sluiten.
- 97 Met betrekking tot al deze argumenten moet nogmaals worden opgemerkt dat deze, zelfs al zouden zij worden aanvaard, nog geen rechtvaardiging kunnen vormen voor het mededingingsbeperkende doel van de Overeenkomst, zoals dit voortvloeit uit de door de Commissie genoemde en door verzoeksters niet betwiste feitelijke omstandigheden. Met name de bewering dat de Overeenkomst buitenlandse brouwerijen niet heeft belet contracten te sluiten, is niet ter zake dienend, aangezien de Overeenkomst ertoe strekte de mededinging te beperken, zodat niet behoeft te worden onderzocht of zij ook tot een dergelijke beperking heeft geleid (zie in die zin arrest Gerecht van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie, T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 231).
- 98 In de derde plaats herhalen verzoeksters het argument dat de autoriteit van de voorzitter van de VLB twijfelachtig is. Volgens Brasserie nationale verbindt de in overweging 68 van de beschikking genoemde verklaring slechts de voorzitter zelf en geeft zij niet haar standpunt weer.
- 99 Om de redenen die bij de bespreking van het voorgaande onderdeel van dit middel zijn genoemd, kan de autoriteit van de voorzitter van de VLB niet worden betwist. Bovendien heeft die voorzitter, zoals in overweging 68 van de beschikking wordt vermeld, de betrokken opmerking gemaakt tijdens een conciliatievergadering die betrekking had op de toepassing van de Overeenkomst. Er moet bijgevolg rekening mee worden gehouden bij de juridische beoordeling van de Overeenkomst. Dit betekent echter geenszins dat de Commissie die opmerking als representatief voor het standpunt van Brasserie nationale heeft beschouwd.

- 100 Brasserie nationale stelt in de vierde plaats, dat de eerste alinea van de intentieverklaring betreffende Battin de toegang van buitenlands bier tot Luxemburg juist bevorderde. Met het in de tweede alinea gebruikte woord „evenwicht” wordt haars inziens enkel tot uitdrukking gebracht, dat het voor binnenlandse brouwerijen mogelijk moet blijven met een aanbod te komen wanneer een drankgelegenheid op het punt staat een nieuw contract te sluiten.
- 101 Dienaangaande kan worden volstaan met op te merken dat die intentieverklaring Battin weliswaar toestond bepaalde buitenlandse biersoorten te distribueren, maar tegelijkertijd de handelingsvrijheid van deze onderneming aanzienlijk inperkte en daarmee een beperking van de mededinging opleverde.
- 102 Brasserie nationale stelt tot slot dat de motivering van de beschikking innerlijk tegenstrijdig is, voor zover de partijen wordt verweten dat zij buitenlandse brouwerijen voordelen onthouden waarvan elders in de beschikking wordt gezegd, dat Luxemburgse brouwerijen deze aan elkaar niet mogen toekennen.
- 103 Ofschoon moet worden erkend dat het beperkende karakter van de door de „bierclausules” geboden garantie wellicht nog was versterkt indien die garantie was uitgebreid tot buitenlandse brouwerijen, blijft het een feit dat op basis van artikel 11 van de Overeenkomst en de intentieverklaring betreffende Battin buitenlandse brouwerijen van de aan die garantie verbonden — zij het ook onwettige — „voordelen” op het punt van het behoud van de clientèle konden worden uitgesloten, en dus de penetratie van de Luxemburgse horecasector door die brouwerijen kon worden belemmerd.
- 104 Het vierde onderdeel van het eerste middel kan bijgevolg niet slagen.

— Onvoldoende inaanmerkingneming van de context van de Overeenkomst bij de beoordeling van het doel ervan (eerste onderdeel van het eerste middel)

- 105 Onder de kop „Beperking van de mededinging wegens het beoogde doel” wordt in overweging 47 van de beschikking opgemerkt dat de Overeenkomst in de eerste plaats het behoud van de clientèle van elk van de deelnemende brouwerijen in de Luxemburgse horecasector tot doel had, en in de tweede plaats beoogde de penetratie van deze sector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren. Voor het eerste doel wordt verwezen naar de overwegingen 48 tot en met 66 van de beschikking, en voor het tweede naar de overwegingen 67 tot en met 73.
- 106 Uit de opzet van de beschikking volgt dus dat, in tegenstelling tot wat verzoeksters suggereren, voor de vaststelling van het doel van de Overeenkomst niet alleen de overwegingen 59 tot en met 62 relevant zijn, maar de overwegingen 47 tot en met 73.
- 107 Reeds uit enkele lezing van deze overwegingen blijkt dat verzoeksters niet op goede gronden kunnen stellen, dat bij de beoordeling van het doel van de Overeenkomst geen rekening is gehouden met de context ervan. In dit verband wordt verwezen naar de in de punten 30 tot en met 40 van dit arrest gegeven samenvatting van de overwegingen 48 tot en met 73 van de beschikking.
- 108 Voorts zou de Commissie volgens verzoeksters bij de beoordeling van het doel van de Overeenkomst de volgende contextuele elementen onvoldoende in aanmerking hebben genomen: de in de marktaandelen tot uitdrukking komende vitaliteit van de betrokken sector; de mate waarin deze sector open staat voor import, die volgens verzoeksters uniek is in de Gemeenschap, en de aanwezigheid van een groot aantal drankgelegenheden die niet aan een van de partijen zijn gebonden. Deze contextuele elementen houden echter geen verband met de vraag naar het doel van de Overeenkomst, maar met die naar de gevolgen ervan. Volgens de rechtspraak is de

Commissie evenwel niet verplicht de gevolgen te onderzoeken van een overeenkomst die een beperking van de mededinging tot doel heeft (zie in die zin arrest Volkswagen/Commissie, reeds aangehaald, punt 231). Dit wordt overigens niet betwist door verzoeksters, die erkennen dat het overbodig is de gevolgen aan te tonen van een overeenkomst die naar haar doel mededingingsbeperkend is.

- 109 Overigens is verzoeksters' bewering dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met de contextuele elementen, ongefundeerd. In de punten 23 tot en met 25 van het door verzoeksters ingeroepen arrest IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald, waren immers zowel „de inhoud van de [in die zaak aan de orde zijnde overeenkomst] als [...] haar ontstaansgeschiedenis en de omstandigheden waaronder zij werd uitgevoerd” in aanmerking genomen. Het zijn precies deze elementen op basis waarvan de Commissie in casu heeft geconcludeerd, dat de Overeenkomst naar haar doel mededingingsbeperkend was. In dit verband wordt nogmaals verwezen naar de hiervóór gegeven samenvatting van de punten 48 tot en met 73 van de beschikking.

- 110 Het eerste onderdeel van het eerste middel faalt derhalve.

Tweede onderdeel van het eerste middel: de Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat de Overeenkomst ook zonder „bierclausule” toepasselijk was

Bestreden beschikking

- 111 Volgens de beschikking volgt uit de notulen van de vergadering van de VLB van 7 oktober 1986, zoals gewijzigd bij die van de vergadering van de VLB van 2 december 1986, dat de partijen waren overeengekomen de term „bierclausule”

ruimer te interpreteren dan in artikel 2 van de Overeenkomst. Deze interpretatie zou worden bevestigd door een brief van 23 oktober 1991 van Wiltz aan de VLB (overweging 9).

Argumenten van partijen

112 Volgens verzoeksters heeft de Commissie ten onrechte geconcludeerd dat de Overeenkomst ook gold in gevallen waarin geen sprake was van een naar behoren overeengekomen en geldige „bierclausule”.

113 Zij wijzen erop dat, ofschoon ook andere documenten dan een formele tekst op het bestaan van een overeenkomst kunnen wijzen, wel moet worden nagegaan of een dergelijk document de „getrouwe weergave van de gezamenlijke wil” van de partijen bevat (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punten 110-114, en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78–215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86). Van een dergelijke wil is huns inziens in casu echter geen sprake. In de eerste plaats staat in de in overweging 9 van de beschikking genoemde notulen van de vergadering van de VLB van 7 oktober 1986 te lezen dat „[d]e drie aangehouden stukken worden goedgekeurd en op de volgende vergadering zullen worden ondertekend”, waarna in de eveneens in overweging 9 van de beschikking genoemde notulen van de vergadering van de VLB van 2 december 1986 wordt verklaard dat „[d]e partijen tot ondertekening [van de genoemde documenten] overgaan”. Een dergelijke ondertekening is dus een formaliteit zonder welke een gezamenlijke wil van de partijen niet kan worden vastgesteld. In geen van de twee in overweging 9 van de beschikking genoemde notulen wordt echter gewag gemaakt van een dergelijke ondertekening voor zover het de uit die notulen blijkende interpretatie van de Overeenkomst betreft, terwijl deze interpretatie niet los kan worden gezien van de drie hiervóór genoemde stukken. Bovendien blijkt uit de notulen van de vergadering van de VLB van 2 december 1986, dat de in punt 2 van de notulen van de voorgaande vergadering van de VLB

bedoelde tekst is verduidelijkt. Die tekst is dus noch na de eerste, noch na de tweede vergadering vastgesteld. Verzoeksters besluiten hun betoog met de opmerking dat de in overweging 9 van de beschikking genoemde brief van 23 oktober 1991 van Wiltz aan de VLB het opschrift „Voorstel” draagt. Zij voegen daaraan toe dat in dat voorstel ook de twee uitleggingsbepalingen uit de genoemde notulen voorkomen, zij het iets verkort en verbeterd. Wiltz zou bij het doen van dat voorstel geen enkel belang hebben gehad indien de betwiste ruimere uitlegging reeds in die notulen tot uitdrukking was gebracht.

114 Tegen de bewering dat Wiltz met de betwiste ruimere uitlegging zou hebben ingestemd, brengen verzoeksters in dat deze brouwerij in de betrokken verklaring de voorwaardelijke wijs heeft gebezigd. Ook Brasserie nationale ontkent dat zij die ruimere interpretatie heeft aanvaard, door erop te wijzen dat zij in de betrokken verklaring slechts duidelijk heeft gemaakt waar het voorstel voor een dergelijke verruiming vandaan kwam, en dat de woorden „zij was bereid te ondertekenen” en „[...] dit vormde [voor haar] geen beletsel om te ondertekenen”, slechts duiden op haar bereidheid om in de toekomst te tekenen.

115 Onder verwijzing naar de in het dossier opgenomen correspondentie merkt Brasserie nationale ook op, dat bij gebreke van een ondertekend contract tussen de partijen nooit enig geschil is ontstaan.

116 Tot slot stelt Brasserie nationale dat de Commissie zelf heeft erkend dat de Overeenkomst niet van toepassing was op gevallen waarin een „bierclausule” ontbrak, aangezien zij in overweging 92 van de beschikking verklaart dat de „inbreuk [...] niet verder [reikte] dan de [...] drankgelegenheden die door een exclusieve-afnameclausule aan de partijen [waren] gebonden”.

117 De Commissie stelt dat dit onderdeel van het eerste middel ongegrond is.

Beoordeling door het Gerecht

- 118 Volgens vaste rechtspraak kan het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG reeds worden aangenomen indien de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (zie in die zin arresten ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald, punt 112, en Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 86; arresten Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256, en 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punt 67). Met betrekking tot de vorm waarin die gezamenlijke wil tot uitdrukking wordt gebracht, volstaat het dat in een bepaling de wil van de partijen tot uitdrukking komt om zich dienovereenkomstig op de markt te gedragen (zie in die zin arresten ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald, punt 112; Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 86, en Bayer/Commissie, reeds aangehaald, punt 68).
- 119 Het wezenlijke element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81, lid 1, EG, zoals uitgelegd in de rechtspraak, is dus het bestaan van wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is (arrest Bayer/Commissie, reeds aangehaald, punt 69).
- 120 In casu moet om te beginnen worden vastgesteld, dat in de notulen van de vergadering van de VLB van 7 oktober 1986 staat te lezen:

„2) Bierclausule

De drie aangehouden stukken worden goedgekeurd en zullen op de volgende vergadering worden ondertekend.

Bovendien wordt overeengekomen om onder ‚bierclausule’ te verstaan en daarmee gelijk te stellen:

- de verrichting die erin bestaat een pand te huren en financieel bij te dragen aan de uitrusting van een café — zonder dat er uitdrukkelijk sprake is van een ‚bierclausule’,

- de overname van een tapvergunning door een brouwerij, met inbreng van financiële middelen, zonder dat er uitdrukkelijk sprake is van een ‚bierclausule’.

Deze twee interpretaties maken een wezenlijk bestanddeel uit van de terzake bestaande bepalingen.”

- 121 In de notulen van de vergadering van de VLB van 2 december 1986 wordt verklaard (de passages komen als zodanig in het origineel voor):

„1) De notulen van de vergadering van 7 oktober 1986 moeten worden gewijzigd als volgt:

[...] Punt 2, eerste streepje

- „de verrichting die erin bestaat een pand te huren en financieel bij te dragen aan de uitrusting van een café — zonder dat er uitdrukkelijk sprake is van een ‚bierclausule’; brouwerij X huurt bijvoorbeeld een pand en levert een financiële bijdrage aan de uitrusting overeenkomstig de bestemming, maar gaat geen verbintenis aan of slaagt er niet in een verbintenis aan te gaan met de eigenaar;

— tweede streepje

zal worden gelezen als volgt:

— de overname van een tapvergunning door een brouwerij, zonder dat er uitdrukkelijk sprake is van een ‚bierclausule‘.

2) De brouwers gaan over tot ondertekening [van de drie in punt 2 van de notulen van de vergadering van 7 oktober 1986 genoemde documenten].

Alle brouwers hebben een afschrift ontvangen van die ondertekende documenten, waarvan de originelen bij de [VLB] zullen blijven. Deze documenten zijn vertrouwelijk.”

122 De eerder genoemde brief van 23 oktober 1991 van Wiltz aan de VLB luidt:

„Voorstel:

In verband met artikel 2 van de Overeenkomst komen de brouwerijen overeen onder ‚bierclausule‘ te verstaan en daarmee gelijk te stellen:

— het sluiten van een huurcontract;

— het verlenen van een tapvergunning door een brouwerij, uit welken hoofde ook.”

123 Derhalve moet worden onderzocht of de Commissie, gelet op de door verzoeksters aangedragen omstandigheden, rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de partijen het erover eens waren, dat de Overeenkomst ook zonder een naar behoren ondertekende en geldige „bierclausule” van toepassing was.

124 In de notulen van de vergadering van de VLB van 7 oktober 1986 wordt met zoveel woorden melding gemaakt van het feit dat de in die notulen genoemde verruiming van de werkingssfeer van de Overeenkomst was „overeengekomen” en „een wezenlijk bestanddeel uit[maakte] van de terzake bestaande bepalingen”. Noch in deze notulen, noch in die van de vergadering van de VLB van 2 december 1986 wordt echter gesproken van enigerlei formalisering van deze overeenkomst. In zoverre is de omstandigheid dat in de notulen van de eerste vergadering tevens staat te lezen dat bepaalde daarin genoemde documenten „worden goedgekeurd en zullen worden ondertekend”, irrelevant. Ook het feit dat de notulen van de tweede vergadering (overigens vrij onbeduidende) wijzigingen bevatten ten opzichte van de tekst in de eerste notulen, doet niet af aan de overeenstemming die de partijen juist met betrekking tot de aldus gewijzigde tekst hadden bereikt.

125 Zoals in overweging 29 van de beschikking wordt verklaard, heeft bovendien zowel Brasserie nationale als Wiltz toegegeven dat de Overeenkomst ook gold voor bepaalde betrekkingen tussen brouwerijen en caféhouders waar er in het geheel geen leveringscontract of „bierclausule” was.

- 126 In haar antwoord op de na de hoorzitting door de Commissie gestelde vragen heeft Brasserie nationale namelijk het volgende gezegd over het geval waarin de brouwerij een pand huurt en financiële middelen verstrekt, maar een contract met een „bierclausule” ontbreekt:

„In dat geval moet volgens de teksten van 1986 [te weten de twee meergenoemde notulen] ook worden aangenomen dat er sprake is van een ‚bierclausule’ in de zin van de Overeenkomst. Deze clausule is, dat moet worden erkend, op het eerste gezicht verrassend, daar geen enkele brouwerij zal investeren zonder een contract te hebben [...]. Deze onwaarschijnlijke clausule is dan ook nooit [...] toegepast. In werkelijkheid ging het hierbij om de door [...] bedachte absurde hypothese [...]. De werkhypothese van deze persoon was uiteraard absurd, maar aangezien [Brasserie nationale] geenszins de aan haar toegeschreven intenties had, was zij bereid de betrokken tekst te ondertekenen [...]. Dit vormde voor [Brasserie nationale] geen beletsel haar handtekening te zetten, aangezien zij niet van plan was te handelen op de in de betrokken clausule bedoelde wijze [...].”

- 127 Wiltz heeft in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar verklaard:

„De [Overeenkomst] zou hooguit in die zin kunnen worden verstaan op basis van de tussen [de] partijen tijdens de [vergaderingen van de VLB van] 7 oktober en 2 december 1986] overeengekomen uitlegging van de term ‚bierclausule’, maar ook in dat geval was het enige en legitieme doel, garanderen dat de informatie werd verstrekt waardoor in geval van grote investeringen rechtsonzekerheid zou worden vermeden.”

- 128 In zoverre kan het argument dat verzoeksters ontlenen aan het feit dat Wiltz in haar in het voorgaande punt aangehaalde verklaring de voorwaardelijke wijs heeft gebezigd, niet worden aanvaard. In diezelfde verklaring heeft zij namelijk met zoveel woorden gesproken van de „tussen [de] partijen overeengekomen uitlegging van de term ‚bierclausule’”.

- 129 Brasserie nationale stelt nog dat zij in de in punt 126 van dit arrest geciteerde verklaring slechts duidelijk heeft gemaakt waar het voorstel voor de uitbreiding van de werkingssfeer van de Overeenkomst tot gevallen waarin een ‚bierclausule’ ontbrak, vandaan kwam, en dat de woorden „zij was bereid te ondertekenen” en „[dit] vormde voor haar geen beletsel haar handtekening te zetten”, slechts haar bereidheid tot uitdrukking brachten om dat voorstel in de toekomst te ondertekenen.
- 130 Ook deze argumenten falen. In de omstandigheden van de onderhavige zaak kan voormelde verklaring niet afdoen aan de vaststelling dat Brasserie nationale instemde met de verruiming van de werkingssfeer van de Overeenkomst na de vergaderingen van 7 oktober en 2 december 1986. Wanneer wilsovereenstemming tussen de partijen kan worden aangetoond, is het namelijk niet van belang van wie het voorstel om de werkingssfeer van de Overeenkomst te verruimen, afkomstig was (zie in die zin arrest Hof van 1 februari 1978, Miller/Commissie, 19/77, Jurispr. blz. 131, punt 7, en arrest Gerecht van 14 juli 1994, Parker Pen/Commissie, T-77/92, Jurispr. blz. II-549, punt 37).
- 131 Gesteld al dat Brasserie nationale niet met de verruiming van de werkingssfeer van de Overeenkomst had ingestemd, dan nog had zij hoe dan ook duidelijk moeten maken dat zij zich van de nieuwe interpretatie van het begrip „bierclausule” distantieerde (zie in die zin arresten Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 1353, en de daar aangehaalde rechtspraak). Het staat evenwel vast dat zij dit niet heeft gedaan.
- 132 Overigens zou Brasserie nationale, indien de partijen niet in onderlinge overeenstemming tot de verruiming van de werkingssfeer van de Overeenkomst hadden besloten, logischerwijze in haar antwoord aan de Commissie ook niet enkel hebben aangevoerd dat die ruimere uitlegging nooit is toegepast.

- 133 Met betrekking tot het aan de genoemde brief van Wiltz ontleende argument moet worden opgemerkt, dat het heel goed mogelijk is dat Wiltz niet om de door verzoeksters aangevoerde reden met het in die brief geformuleerde voorstel is gekomen, maar dat dit voorstel was ingegeven door de wens wijzigingen aan te brengen in de tekst zoals die in de notulen van de twee vergaderingen van de VLB was geformuleerd. Anders dan verzoeksters stellen, bevat dat voorstel overigens niet louter redactionele verbeteringen. Zo wordt volgens het voorstel het „sluiten van een huurcontract” gelijkgesteld met een „bierclausule”, terwijl in de notulen van de vergadering van de VLB van 2 december 1986 staat te lezen dat met een dergelijke clausule wordt gelijkgesteld „de verrichting die erin bestaat een pand te huren en financieel bij te dragen aan de uitrusting van een café”. Dit kan niet als een louter redactionele wijziging worden beschouwd.
- 134 Wat tot slot het argument betreft dat de Commissie zelf heeft erkend dat de Overeenkomst niet van toepassing was op gevallen waarin een „bierclausule” ontbrak, moet worden opgemerkt dat, ofschoon de in overweging 92 van de beschikking gebezigde formulering volgens welke de „inbreuk [...] niet verder [reikt] dan de [...] drankgelegenheden die door een exclusieve-afnameclausule aan de partijen zijn gebonden”, misschien niet gelukkig is, uit de overwegingen 9 en 48 tot en met 63, en met name uit de in overweging 50 opgenomen verwijzing naar overweging 9, in onderlinge samenhang gelezen, niettemin volgt dat de Overeenkomst naar het oordeel van de Commissie ook zonder „bierclausule” reeds gold. Overigens wordt dat oordeel van de Commissie met dit onderdeel van het eerste middel aangevochten. Verzoeksters kunnen dus niet op goede gronden stellen dat de Commissie een andere mening was toegedaan.
- 135 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat verzoeksters niet aannemelijk hebben gemaakt dat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld, dat de partijen het erover eens waren dat de Overeenkomst ook zonder een naar behoren ondertekende en geldige „bierclausule” van toepassing was.
- 136 Het tweede onderdeel van het eerste middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Vijfde onderdeel van het eerste middel: de Overeenkomst heeft de mededinging niet merkbaar beïnvloed

Bestreden beschikking

- 137 Volgens de beschikking kon de Overeenkomst de mededinging in de Luxemburgse horecasector op merkbare wijze beperken. In dit verband wordt in de eerste plaats in herinnering gebracht dat de partijen de werkingssfeer van de Overeenkomst tot de Luxemburgse horecasector hebben beperkt, waaruit blijkt dat zij hun positie in die sector voldoende sterk en de concurrentievoorwaarden in die sector voldoende verschillend van die in andere sectoren en in de buurlanden achtten om de Overeenkomst in de praktijk te doen werken. In de tweede plaats wordt opgemerkt dat de partijen, gezien hun eigen productie en de distributie door hen van ingevoerd bier, ongeveer 85 % van de bierverkoop in de betrokken sector controleerden en dat meer dan de helft van de Luxemburgse drankgelegenheden door een „bierclausule” aan hen gebonden was (overwegingen 74-76).

Argumenten van partijen

- 138 Volgens verzoeksters is de conclusie van de Commissie inzake het bestaan van een merkbare beperking van de mededinging onjuist en ontoereikend gemotiveerd. Zij wijzen erop dat de Commissie de relevante markt niet heeft gedefinieerd. Het feit dat zij de werkingssfeer van de Overeenkomst hebben beperkt tot de horecasector, bewijst volgens hen niets, maar correspondeert slechts met de omvang van het door de partijen vastgestelde probleem, met het oog waarop zij konden gaan samenwerken. Ofschoon verzoeksters erkennen dat zij met 85 % een groot deel van de bierverkoop in Luxemburg controleren, zijn zij van mening dat het feit dat 40 à 45 % van de Luxemburgse drankgelegenheden niet door een clausule aan hen is gebonden, eraan in de weg staat dat de beperking van de mededinging als merkbaar wordt aangemerkt. Bovendien moet de omstandigheid dat de beperking betreffende buitenlandse brouwerijen nooit is toegepast, tot de conclusie leiden dat de beperking niet merkbaar was.

139 De Commissie acht dit onderdeel van het eerste middel ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

— De gestelde beoordelingsfout

140 Dienaangaande kan worden volstaan met eraan te herinneren, dat ondernemingen die een overeenkomst sluiten die tot doel heeft de mededinging te beperken, zich in beginsel niet aan de toepassing van artikel 81, lid 1, EG kunnen onttrekken met het argument dat hun overeenkomst wellicht geen merkbare invloed op de mededinging heeft gehad (arrest Gerecht van 8 juli 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Commissie*, T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punten 130 en 196).

141 Aangezien de Overeenkomst in de eerste plaats tot doel had, de clientèle van elk van de overeenkomstsluitende partijen in de Luxemburgse horecasector te behouden, en in de tweede plaats, de penetratie van deze sector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren, had zij immers slechts zin voor zover zij erop gericht was de mededinging in deze sector merkbaar, dat wil zeggen op een voor hen commercieel interessante wijze, te beperken (zie, naar analogie, arrest *Mannesmannröhren-Werke/Commissie*, reeds aangehaald, punt 131).

— Het motiveringsgebrek

- 142 Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63).
- 143 Gelet op de in de overwegingen 74 tot en met 76 van de beschikking vermelde gegevens, moet worden geoordeeld dat Brasserie nationale ten volle in staat was argumenten aan te voeren om de conclusie van de Commissie inzake het merkbare karakter van de mededingingsbeperking te ontkrachten.
- 144 Wat voorts het verwijt betreft dat de betrokken markt niet zou zijn afgebakend, volstaat het eraan te herinneren dat de Commissie uitsluitend verplicht is in een beschikking krachtens artikel 81 EG de relevante markt af te bakenen, wanneer zonder een dergelijke afbakening niet kan worden uitgemaakt of de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 206). Hiervan is in casu echter geen sprake, zoals met name uit de bespreking van het derde en het vierde onderdeel van dit middel blijkt.
- 145 Het vijfde onderdeel van het eerste middel faalt derhalve.

146 Aangezien alle onderdelen van het eerste middel falen, moet dit middel in zijn geheel worden afgewezen, zodat thans het tweede middel worden onderzocht.

2. Tweede middel: schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en van het in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsvereiste

147 Het tweede middel bestaat uit drie onderdelen, waarmee verzoeksters stellen dat 1) de inbreuk niet opzettelijk is begaan; 2) de zwaarte en de duur van de inbreuk onjuist zijn beoordeeld, en 3) de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren”), niet zijn toegepast waar het verzachtende omstandigheden betreft. Het in zaak T-49/02 aangevoerde middel bestaat uit nog een vierde onderdeel, waarmee de Commissie wordt verweten dat zij het oorspronkelijke basisbedrag waarvan zij bij de berekening van de geldboeten is uitgegaan, ontoereikend heeft gemotiveerd.

Eerste onderdeel van het tweede middel: de inbreuk is niet opzettelijk begaan

Bestreden beschikking

148 Volgens de beschikking wordt een inbreuk op de communautaire mededingingsregels geacht opzettelijk te worden begaan, indien de betrokkenen zich ervan bewust zijn dat de betrokken handeling ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt. Het doet niet terzake of zij zich bovendien ervan bewust zijn dat zij een bepaling van het EG-Verdrag overtreden. Wat de bepalingen betreffende buitenlandse brouwerijen betreft, acht de Commissie het uitgesloten dat de partijen niet zouden hebben geweten dat daarmee een beperking van de mededinging werd beoogd. De partijen hebben volgens de beschikking trouwens niets aangevoerd om

die bepalingen te rechtvaardigen. Met betrekking tot de beperking van de mededinging tussen de deelnemende brouwerijen, die het gevolg was van het feit dat zij elkaars bierclausules respecteerden, is het volgens de beschikking mogelijk dat ten tijde van het sluiten van de Overeenkomst en tot in maart 1996 de beweegreden van de partijen de rechtsonzekerheid was die door de Luxemburgse rechtspraak betreffende de onbepaaldheid van prijs of hoeveelheid werd veroorzaakt. Dat motief viel echter weg in 1996, toen er een ommekeer in die rechtspraak kwam. De Commissie concludeert dan ook dat de partijen de inbreuk opzettelijk hebben begaan, ook al kon de tendens in de Luxemburgse rechtspraak gedurende een zekere tijd twijfel omtrent de onrechtmatigheid van bepaalde clausules doen rijzen (overwegingen 89 en 90).

Argumenten van partijen

149 Volgens verzoeksters heeft de Commissie ten onrechte geconcludeerd dat zij de inbreuk opzettelijk hadden begaan.

150 Wat de beperking door het behoud van de clientèle betreft, erkent de Commissie immers zelf dat het op basis van de Luxemburgse rechtspraak niet zonder meer duidelijk was of deze beperking een inbreuk opleverde. Na nogmaals te hebben opgemerkt dat dit motief niet tot in 1996, maar tot medio 1998 gold, voegen verzoeksters daaraan nog toe dat volgens de door de Commissie in de beschikking gevolgde redenering van een „opzettelijk” gepleegde inbreuk slechts sprake kon zijn gedurende de laatste twee jaren waarin de Overeenkomst van toepassing was. Verder wijzen zij erop dat de Commissie in de beschikking uiteindelijk niet ontkent, dat de Overeenkomst uitsluitend tot doel had de naleving van de „bierclausules” te waarborgen, wat huns inziens een legitiem doel is (arrest *Delimitis*, reeds aangehaald).

- 151 Verzoeksters stellen ook dat hun omvang niet van dien aard is, dat moet worden uitgesloten dat zij het recht niet kenden. Waar Brasserie de Luxembourg in overweging 96 van de beschikking als grote onderneming wordt aangemerkt, betekent dit a contrario dat deze kwalificatie voor geen van de andere partijen geldt. Verzoeksters merken bovendien op dat zij zich nooit bewust zijn geweest van het feit dat de handel tussen lidstaten werd beperkt. Wat dit laatste punt betreft, wijst Brasserie nationale erop dat de Commissie het tegendeel niet heeft aangetoond.
- 152 Volgens verzoeksters heeft geen der partijen getracht hindernissen op te werpen voor buitenlandse brouwerijen. Brasserie nationale voegt daaraan nog toe dat geen van de partijen heeft geloofd dat het doel, de mogelijkheid van binnenlandse concurrentie in stand te houden, als strijdig met de mededingingsregels zou kunnen worden aangemerkt. Het door Diekirch gemaakte voorbehoud met betrekking tot de wettigheid van de Overeenkomst is volgens verzoeksters niet meer dan een standaardformule in de eerste correspondentie tussen partijen in een geschil.
- 153 Over de motivering van de beschikking op het punt van het al dan niet opzettelijke karakter van de inbreuk merkt Brasserie nationale op, dat het door de Commissie aangevoerde argument dat, wat de bepalingen inzake buitenlandse brouwerijen betreft, het „uitgesloten [moet worden geacht] dat de partijen niet zouden hebben geweten dat die bepalingen tot doel hadden de mededinging te beperken”, een petitio principii in plaats van een bewijs is en dat de bewering dat de partijen „niets [hebben] aangevoerd om die bepalingen te rechtvaardigen”, onjuist is. Op basis van deze twee verwijten kan volgens Brasserie nationale niet worden aangenomen dat de motivering van de beschikking voldoende duidelijk en nauwkeurig is. Wiltz en Battin merken op dat de in overweging 89 van de beschikking vervatte motivering geen bewijs oplevert en dat dus niet aan de eisen van artikel 253 EG is voldaan.
- 154 De Commissie stelt dat dit onderdeel van het tweede middel ongegrond is.

Beoordeling door het Gerecht

— De beoordelingsfout

- 155 Volgens vaste rechtspraak is het niet noodzakelijk dat de onderneming zich ervan bewust was dat zij inbreuk maakte op de mededingingsregels van het Verdrag, om de inbreuk op deze regels als een opzettelijke inbreuk te kunnen beschouwen, doch volstaat het dat zij niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat het gewraakte gedrag ertoe strekte de mededinging te beperken, en is het niet van belang of de onderneming zich al dan niet ervan bewust was, het verbod van artikel 81 EG te overtreden (arrest Miller/Commissie, reeds aangehaald, punt 18, en arrest Gerecht van 6 april 1995, Ferriere Nord/Commissie, T-143/89, Jurispr. blz. II-917, punt 41, en de daar aangehaalde rechtspraak).
- 156 Zoals uit de bespreking van het derde en het vierde onderdeel van het eerste middel volgt, had de Commissie goede gronden om te concluderen dat de Overeenkomst ertoe strekte de clientèle van elk der partijen in de Luxemburgse horecasector te behouden en de penetratie van deze sector door buitenlandse brouwerijen te belemmeren. Daarmee was de Overeenkomst in de eerste plaats een marktverdelingsregeling en bracht zij bovendien een compartimentering van de gemeenschappelijke markt teweeg. In deze omstandigheden kon de Commissie zich op het standpunt stellen, dat verzoeksters niet onkundig konden zijn van de omstandigheid dat de Overeenkomst ertoe strekte de mededinging te beperken.
- 157 In dit licht bezien moeten verzoeksters' argumenten dat hun omvang niet van dien aard is, dat moet worden uitgesloten dat zij het recht niet kenden, dat zij zich nooit bewust zijn geweest van de omstandigheid dat de Overeenkomst de handel tussen staten beperkte, dat geen der partijen heeft getracht hindernissen op te werpen voor buitenlandse brouwerijen, noch heeft gelooft dat het met de Overeenkomst beoogde doel, de mogelijkheid van binnenlandse concurrentie in stand te houden, als strijdig met de mededingingsregels zou kunnen worden aangemerkt, in casu stuk voor stuk als niet ter zake dienend worden beschouwd.

158 Verzoeksters betogen voorts dat de Commissie in de beschikking zelf erkent, dat de toenmalige Luxemburgse rechtspraak twijfel kon doen rijzen omtrent de onrechtmatigheid van de uit het behoud van de clientèle voortvloeiende beperking. In dit verband kan worden volstaan met op te merken dat, zoals de Commissie betoogt, een dergelijke twijfel, zo hij al gefundeerd is, irrelevant is voor de vraag of de mededinging opzettelijk is beperkt, juist omdat hij geen verband houdt met het doel van de Overeenkomst, namelijk beperking van de mededinging, maar hooguit met de onrechtmatigheid ervan. Zoals uit de in punt 155 van dit arrest aangehaalde rechtspraak volgt, houdt het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gebezigde begrip opzettelijk slechts verband met het concurrentiebeperkende doel van de betrokken overeenkomst en niet met de vraag of die overeenkomst inbreuk maakt op artikel 81, lid 1, EG.

159 Met betrekking tot het argument ten slotte dat Brasserie de Luxembourg in overweging 96 van de beschikking als grote onderneming wordt gekwalificeerd, zodat daaruit a contrario moet worden afgeleid dat deze kwalificatie voor de andere partijen niet geldt, moet worden opgemerkt dat, zoals de Commissie in herinnering brengt, op de omvang van Brasserie de Luxembourg slechts een beroep is gedaan ter rechtvaardiging van de verhogingscoëfficiënt die ten aanzien van deze onderneming is toegepast teneinde de afschrikkende werking van de geldboete te verzekeren. Dit oordeel betreffende de omvang van de onderneming is dus irrelevant voor de vraag, of de mededinging opzettelijk is beperkt.

— Het motiveringsgebrek

160 Gelet op de in artikel 253 EG geformuleerde en in punt 142 van dit arrest in herinnering geroepen motiveringseisen, moet worden vastgesteld dat de overwegingen 89 en 90 van de beschikking duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, om welke redenen de Commissie heeft geconcludeerd dat de mededinging opzettelijk is beperkt.

161 Het eerste onderdeel van het tweede middel faalt derhalve.

Tweede onderdeel van het tweede middel: onjuiste beoordeling van de zwaarte en de duur van de inbreuk

Bestreden beschikking

162 Met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk wordt in de beschikking om te beginnen opgemerkt dat, waar de Overeenkomst ertoe strekte de clientèle te behouden en de penetratie van de markt door buitenlandse brouwerijen te belemmeren, de inbreuk tot de zwaarste inbreuken op de mededingingsregels van het Verdrag moet worden gerekend. Er wordt echter ook op gewezen dat de inbreuk niet verder reikt dan de horecasector en de drankgelegenheden die door een exclusieve-afnameclausule aan de partijen zijn gebonden, dat de bepalingen betreffende buitenlandse brouwerijen niet in praktijk zijn gebracht en dat de Luxemburgse biermarkt de kleinste van de Gemeenschap is. Om al deze redenen wordt de inbreuk uiteindelijk als een zware inbreuk gekwalificeerd (overwegingen 92 en 93).

163 Met betrekking tot de duur van de inbreuk wordt in de beschikking met name opgemerkt, dat deze is geëindigd op 16 februari 2000, de datum waarop Interbrew de Commissie liet weten dat zij haar dochterondernemingen Mousel en Diekirch instructie had gegeven de toepassing van de Overeenkomst te beëindigen (overweging 86). Aangezien de inbreuk meer dan veertien jaar heeft geduurd (1985-2000), wordt geconcludeerd dat het om een inbreuk van lange duur gaat (overweging 97).

Argumenten van partijen

164 Verzoeksters stellen dat de Commissie de zwaarte en de duur van de inbreuk onjuist heeft beoordeeld.

- 165 Met betrekking tot de zwaarte van de inbreuk merken zij op dat volgens de richtsnoeren als niet te ernstige inbreuken moeten worden beschouwd „beperkingen van het handelsverkeer waarvan de weerslag op de markt echter beperkt blijft en die overigens betrekking hebben op een weliswaar wezenlijk, maar betrekkelijk smal segment van de communautaire markt”, terwijl het bij zware inbreuken gaat om horizontale of verticale beperkingen van dezelfde aard als in het vorige geval, maar „die strikter worden toegepast, waarvan de weerslag op de markt ruimer is en waarvan de gevolgen zich over uitgestrekte gebieden van de gemeenschappelijke markt kunnen doen gevoelen”. Volgens verzoeksters had de onderhavige inbreuk als een niet te ernstige inbreuk moeten worden gekwalificeerd, aangezien in overweging 92 van de beschikking wordt opgemerkt dat aan de bepalingen betreffende buitenlandse brouwerijen geen uitvoering is gegeven, dat de Overeenkomst niet verder reikte dan de Luxemburgse horecasector en dat de uitgewisselde informatie zeer beperkt was. Brasserie nationale wijst er in dit verband nog eens op dat voor de Overeenkomst geen aanmeldingsplicht gold.
- 166 In verband met de duur van de Overeenkomst voeren verzoeksters aan, dat de bepalingen betreffende buitenlandse brouwerijen nooit zijn toegepast.
- 167 De Commissie acht dit onderdeel van het tweede middel ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

— De zwaarte van de inbreuk

- 168 Volgens de richtsnoeren dient bij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk rekening te worden gehouden met de eigen aard van de inbreuk, met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is, en met de omvang van de betrokken geografische markt. De inbreuken worden aldus ingedeeld in drie categorieën, te weten niet te ernstige, zware en zeer zware inbreuken (punt I A, eerste en tweede alinea).

- 169 De richtsnoeren lopen niet vooruit op de beoordeling van de geldboete door de gemeenschapsrechter, die daartoe krachtens artikel 17 van verordening nr. 17 volledige rechtsmacht heeft. Anderzijds kan de Commissie het bedrag van de geldboete weliswaar volgens de methode van de richtsnoeren bepalen, doch dient zij binnen het kader van de in artikel 15 van verordening nr. 17 omschreven sancties te blijven (arrest Gerecht van 21 oktober 2003, *General Motors Nederland en Opel Nederland/Commissie*, T-368/00, *Jurispr.* blz. II-4491, punt 188).
- 170 Vervolgens moet eraan worden herinnerd dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de preventieve werking van de geldboeten, zonder dat er een dwingende of uitputtende lijst van hoe dan ook in aanmerking te nemen criteria bestaat. Bovendien beschikt de Commissie volgens vaste rechtspraak over een beoordelingsbevoegdheid bij het bepalen van het bedrag van de geldboeten in het kader van verordening nr. 17, teneinde het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat zij de mededingingsregels naleven. Niettemin dient het Gerecht te controleren of de hoogte van de opgelegde geldboete in verhouding staat tot de zwaarte en de duur van de inbreuk, en moet het de zwaarte van de inbreuk en de door de verzoekende partij aangevoerde omstandigheden tegen elkaar afwegen (arrest Gerecht van 21 oktober 1997, *Deutsche Bahn/Commissie*, T-229/94, *Jurispr.* blz. II-1689, punt 127; arrest *General Motors Nederland en Opel Nederland/Commissie*, reeds aangehaald, punt 189).
- 171 In casu heeft de Commissie in de beschikking een uit twee stappen bestaande redenering gevolgd, waarbij zij overigens niet met zoveel woorden aan de richtsnoeren heeft gerefereerd.
- 172 Met betrekking tot de eerste stap van de redenering moet eraan worden herinnerd dat, zoals bij de behandeling van het derde en het vierde onderdeel van het eerste middel is opgemerkt, de Overeenkomst in de eerste plaats een marktverdelingsregeling was en bovendien een compartimentering van de gemeenschappelijke markt teweegbracht.

- 173 Aangaande de verdeling van de markt moet worden opgemerkt, dat mededingingsregelingen van dit type behoren tot die welke in artikel 81, lid 1, sub c, EG met zoveel woorden onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard. Zij worden in de rechtspraak dan ook als klaarblijkelijke beperkingen van de mededinging aangemerkt (arrest Gerecht van 15 september 1998, *European Night Services e.a./Commissie*, T-374/94, T-375/95, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 136).
- 174 Wat de compartimentering van de gemeenschappelijke markt betreft, een dergelijke klaarblijkelijke inbreuk op het mededingingsrecht is naar zijn aard bijzonder zwaar. De meest fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap en in het bijzonder de verwezenlijking van één enkele markt worden daardoor tegengewerkt (zie in die zin arresten Gerecht van 22 april 1993, *Peugeot/Commissie*, T-9/92, Jurispr. blz. II-493, punt 42, en *General Motors Nederland en Opel Nederland/Commissie*, reeds aangehaald, punt 191).
- 175 In het kader van de eerste stap van haar redenering heeft de Commissie dan ook terecht geoordeeld, dat de Overeenkomst tot de zwaarste inbreuken op artikel 81 EG moest worden gerekend.
- 176 Wat de tweede stap van de redenering betreft, moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak een geografische markt van nationale omvang een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormt (arrest Hof van 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 28, en arrest *Deutsche Bahn/Commissie*, reeds aangehaald, punt 58).
- 177 Waar vaststaat dat de onderhavige inbreuk de gehele Luxemburgse horecasector betreft, bestrijkt hij derhalve een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

178 Bovendien heeft de Commissie in de richtsnoeren met betrekking tot zeer zware inbreuken opgemerkt, dat het hierbij „in hoofdzaak [gaat] om horizontale beperkingen van het type prijskartel en marktverdelingsregelingen, of andere gedragingen die de goede werking van de interne markt in het gedrang brengen, zoals maatregelen tot afscherming van nationale markten” (punt I A, tweede alinea, derde streepje). Uit deze niet-uitputtende beschrijving volgt dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die, zoals in casu, met name strekken tot verdeling van de clientèle en tot compartimentering van de gemeenschappelijke markt, reeds op grond van hun eigen aard als zeer zwaarwegend kunnen worden gekwalificeerd, en dat voor die kwalificatie niet nodig is dat zij een bepaald geografisch gebied bestrijken of een bijzondere uitwerking hebben. Deze conclusie vindt bevestiging in het feit dat, waar het volgens de niet-uitputtende beschrijving van zware inbreuken hierbij „meestal [zal] gaan om horizontale of verticale beperkingen [...] die strikter worden toegepast, waarvan de weerslag op de markt ruimer is en waarvan de gevolgen zich over uitgestrekte gebieden van de gemeenschappelijke markt kunnen doen gevoelen”, in de beschrijving van zeer zware inbreuken daarentegen niet staat dat er sprake moet zijn van enige concrete weerslag op de markt of van gevolgen die zich in een bepaald geografisch gebied doen gevoelen.

179 Doordat de onderhavige inbreuk in de beschikking als zwaar en niet als zeer zwaar is aangemerkt, is dus reeds een mildere kwalificatie toegepast vergeleken met de criteria die in het algemeen worden gehanteerd bij de vaststelling van geldboeten voor mededingingsregelingen die behalve tot verdeling van de markt ook tot compartimentering van de gemeenschappelijke markt strekken (zie in die zin arrest *Tate & Lyle e.a./Commissie*, reeds aangehaald, bevestigd bij arrest Hof van 29 april 2004, *British Sugar/Commissie*, C-359/01 P, Jurispr. blz. I-4933, punt 103).

180 Voorts preciseert de Commissie in punt I A, tweede alinea, eerste streepje, van de richtsnoeren, dat het bij niet te ernstige inbreuken „kan [...] gaan om — meestal verticale — beperkingen van het handelsverkeer, waarvan de weerslag op de markt echter beperkt blijft en die overigens betrekking hebben op een weliswaar wezenlijk, maar betrekkelijk smal segment van de communautaire markt”.

- 181 Een horizontale mededingingsregeling die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt en strekt tot verdeling van de markt en tot compartimentering van de gemeenschappelijke markt, kan echter niet als een niet te ernstige inbreuk in de zin van de richtsnoeren worden gekwalificeerd.
- 182 Het feit dat de tweede inbreuk die is vastgesteld, niet in praktijk is gebracht, doet aan deze beoordeling niet af. Zoals in punt 174 van dit arrest in herinnering is gebracht, vormt een dergelijke beperking namelijk een klaarblijkelijke inbreuk op artikel 81 EG en, in ruimere zin, op de doelstellingen van de Gemeenschap.
- 183 Om al deze redenen moet worden geconcludeerd dat de Commissie, door de onderhavige inbreuk uiteindelijk als zwaar te kwalificeren, niet in strijd heeft gehandeld met de rechten die verzoeksters aan het gemeenschapsrecht ontlennen.

— De duur van de inbreuk

- 184 In dit verband kan worden volstaan met op te merken dat, zelfs al zou zijn aangetoond dat de bepalingen van de Overeenkomst betreffende buitenlandse brouwerijen dode letter zijn gebleven, deze omstandigheid irrelevant is.
- 185 Aangezien de Commissie wegens het mededingingsbeperkende doel van de betrokken overeenkomst de gevolgen van de overeenkomst niet behoefde aan te tonen, is het feit dat een bepaald aspect van de overeenkomst al dan niet ten uitvoer is gelegd, immers irrelevant voor de berekening van de duur van de inbreuk. Voor de berekening van de duur van een inbreuk met een mededingingsbeperkend doel,

moet namelijk uitsluitend worden bepaald hoe lang deze overeenkomst heeft bestaan, te weten de periode die is verstreken tussen de datum waarop zij is gesloten en die waarop zij is beëindigd (arrest CMA CGM e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 280).

186 Het tweede onderdeel van het tweede middel moet bijgevolg worden afgewezen.

Derde onderdeel van het tweede middel: niet-toepassing van de richtsnoeren waar het verzachtende omstandigheden betreft

Bestreden beschikking

187 In de beschikking wordt opgemerkt dat de twijfel die de tendens in de Luxemburgse rechtspraak tot in maart 1996 kon doen rijzen omtrent het inbreukmakende karakter van de restrictieve afspraken betreffende de wederzijdse eerbiediging van „bierclausules”, een verlaging van de geldboete met 20 % rechtvaardigt (overweging 100).

Argumenten van partijen

188 Tot staving van dit middelonderdeel stellen verzoeksters in de eerste plaats dat de Commissie de verzachtende omstandigheid als gevolg van de door de Luxemburgse rechtspraak gecreëerde twijfel ten onrechte slechts voor de periode tot maart 1996 in aanmerking heeft genomen, aangezien het aan de Overeenkomst ten grondslag liggende risico ook na dat tijdstip is blijven bestaan. Brasserie nationale voegt daaraan nog toe dat de mogelijkheid dat hoger beroep wordt ingesteld en dat het tot uiteenlopende rechterlijke uitspraken komt, rechtvaardigt dat die twijfel als

verzachtende omstandigheid in aanmerking wordt genomen voor de gehele periode waarin de Overeenkomst van kracht was, of in elk geval tot de gemiddelde termijn was verstreken waarbinnen in een staat als Luxemburg op een hoger beroep wordt beslist, te weten drie jaar. Dit betekent volgens Brasserie nationale dat een verlaging van de geldboete met ten minste 40 % gerechtvaardigd was.

- 189 Verzoeksters voeren voorts aan dat een van de in de richtsnoeren genoemde verzachtende omstandigheden bestaat in „het feit dat de inbreukmakende overeenkomsten of gedragsregels niet daadwerkelijk zijn toegepast” (punt 3, tweede streepje). De omstandigheid dat de op buitenlandse brouwerijen betrekking hebbende bepalingen van de Overeenkomst dode letter zijn gebleven, rechtvaardigt huns inziens dan ook een verdere verlaging van het bedrag van de geldboeten.
- 190 De Commissie acht dit onderdeel van het tweede middel ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 191 Wat het eerste door verzoeksters aangevoerde argument betreft, moet eraan worden herinnerd dat het door de partijen aangevoerde probleem van rechtsonzekerheid naar het oordeel van de Commissie geen grond voor afwijking van artikel 81, lid 1, EG vormde (overweging 62). Zoals bij de bespreking van het derde onderdeel van het eerste middel is opgemerkt, is dit oordeel niet onjuist, aangezien een dergelijk probleem geen rechtvaardiging kan vormen voor een mededingingsregeling met een concurrentiebeperkend doel.
- 192 Aangezien het genoemde probleem een dergelijke mededingingsregeling niet rechtvaardigde, kan het evenmin in aanmerking worden genomen als een verzachtende omstandigheid die een verlaging van de wegens die regeling opgelegde geldboete zou rechtvaardigen.

- 193 Het door verzoeksters aangevoerde rechtsonzekerheidsprobleem kan geen grond opleveren om in de zin van punt 3 van de richtsnoeren redelijke twijfel te koesteren omtrent het inbreukmakende karakter van het thans aan de orde zijnde mededingingsbeperkende gedrag, aangezien de Overeenkomst, zoals hiervóór reeds opgemerkt, een verdeling van de markt en compartimentering van de gemeenschappelijke markt tot doel had.
- 194 Door de aan verzoeksters op te leggen geldboete op grond van genoemde twijfel met 20 % te verminderen, heeft de Commissie bijgevolg geen inbreuk gemaakt op de rechten die zij aan het gemeenschapsrecht ontleen.
- 195 Met betrekking tot verzoeksters' tweede argument moet worden opgemerkt dat punt 3, tweede streepje, van de richtsnoeren niet aldus moet worden uitgelegd, dat het ziet op het geval waarin een mededingingsregeling, los van het individuele gedrag van elke onderneming, in haar geheel niet is toegepast. De in deze bepaling bedoelde omstandigheid betreft integendeel het individuele gedrag van elke onderneming.
- 196 Verzoeksters hebben evenwel niets aangevoerd waaruit blijkt dat zij overeenkomstig punt 3, tweede streepje, van de richtsnoeren in aanmerking hadden moeten komen voor een verzachtende omstandigheid op grond dat de Overeenkomst niet daadwerkelijk was toegepast, dat wil zeggen dat zij daadwerkelijk van toepassing van de Overeenkomst hadden afgezien door zich op de markt concurrerend te gedragen.
- 197 Het derde onderdeel van het tweede middel faalt derhalve.

Vierde onderdeel van het tweede middel (uitsluitend aangevoerd in zaak T-49/02): gebrekkige motivering van het oorspronkelijke basisbedrag waarvan de Commissie bij de berekening van de geldboeten is uitgegaan

Bestreden beschikking

- 198 Om alle hiervóór genoemde redenen is de onderhavige inbreuk in de beschikking als zwaar gekwalificeerd. Daarnaast heeft de Commissie het nodig geacht rekening te houden met de daadwerkelijke economische macht van de betrokken ondernemingen om schade te berokkenen, waarbij het bedrag van de geldboete op een zodanig niveau moest worden vastgesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitging. Bovendien moest volgens de Commissie op dat bedrag een weging worden toegepast om rekening te houden met het specifieke gewicht van het inbreukmakende gedrag van elke partij. Derhalve zijn de partijen op grond van hun respectieve omzet in de betrokken sector in drie groepen ingedeeld, waarbij het bedrag dat wegens de zwaarte van de inbreuk werd opgelegd, voor de eerste in overweging 95 van de beschikking genoemde groep, Brasserie de Luxembourg, is vastgesteld op 500 000 euro (overwegingen 92-95).

Argumenten van partijen

- 199 Brasserie nationale maakt de Commissie het verwijt, dat zij het oorspronkelijke basisbedrag waarvan zij voor de in overweging 95 van de beschikking genoemde eerste groep ondernemingen is uitgegaan en dat bepalend was voor alle berekeningen voor elke partij, ontoereikend heeft gemotiveerd. Dit maakt rechterlijke toetsing van de aan Brasserie nationale opgelegde geldboete onmogelijk en rechtvaardigt derhalve de nietigverklaring van die boete.
- 200 De Commissie acht dit onderdeel van het tweede middel ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 201 Gelet op de in artikel 253 EG geformuleerde en in punt 142 van dit arrest in herinnering geroepen motiveringseisen, moet worden vastgesteld dat de in de overwegingen 92 tot en met 95 vermelde gegevens Brasserie nationale ten volle in staat hebben gesteld, middelen aan te voeren betreffende de onwettigheid van de berekeningsfactoren op basis waarvan de Commissie voor de eerste groep ondernemingen tot het genoemde bedrag van 500 000 euro is gekomen.
- 202 Uit die overwegingen blijkt immers dat de Commissie tot dat bedrag is gekomen door eerst de onderhavige inbreuk als zwaar te kwalificeren en vervolgens rekening te houden met de economische macht van Brasserie de Luxembourg om andere marktdeelnemers schade te berokkenen, met de noodzaak om het bedrag van de boete vast te stellen op een zodanig niveau dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitging, en met het specifieke gewicht van het inbreukmakende gedrag van deze onderneming, dat is bepaald op basis van haar omzet in de Luxemburgse horecasector.
- 203 Het vierde onderdeel van het tweede middel moet bijgevolg worden afgewezen.
- 204 Aangezien alle onderdelen van het tweede middel falen, moet dit middel in zijn geheel worden afgewezen.
- 205 De onderhavige beroepen moeten bijgevolg in hun geheel worden verworpen.

Kosten

- 206 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.
- 207 Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) De beroepen worden verworpen.**
- 2) Verzoeksters worden in de kosten verwezen.**

Meij

Forwood

Pelikánová

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 juli 2005.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

A. W. H. Meij

Inhoud

Feiten	II - 3040
Bestreden beschikking	II - 3044
Procedure	II - 3046
Conclusies van partijen	II - 3046
In rechte	II - 3047
1. Eerste middel: schending van artikel 81, lid 1, EG	II - 3047
De beoordeling van het doel van de Overeenkomst (derde, vierde en eerste onderdeel van het eerste middel)	II - 3048
Bestreden beschikking	II - 3048
Argumenten van partijen	II - 3054
— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst tot behoud van de clientèle (derde onderdeel van het eerste middel) .	II - 3054
— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst die ertoe strekt de penetratie van de Luxemburgse horecasector te belemmeren (vierde onderdeel van het eerste middel)	II - 3059
— Onvoldoende inaanmerkingneming van de context van de Overeenkomst bij de beoordeling van het doel ervan (eerste onderdeel van het eerste middel)	II - 3060
Beoordeling door het Gerecht	II - 3062
— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst tot behoud van de clientèle (derde onderdeel van het eerste middel) .	II - 3062
— De onjuiste kwalificatie van de Overeenkomst als overeenkomst die ertoe strekt de penetratie van de Luxemburgse horecasector te belemmeren (vierde onderdeel van het eerste middel)	II - 3067

— Onvoldoende inaanmerkingneming van de context van de Overeenkomst bij de beoordeling van het doel ervan (eerste onderdeel van het eerste middel)	II - 3071
Tweede onderdeel van het eerste middel: de Commissie heeft ten onrechte geoordeeld dat de Overeenkomst ook zonder „bierclausule” toepasselijk was ..	II - 3072
Bestreden beschikking	II - 3072
Argumenten van partijen	II - 3073
Beoordeling door het Gerecht	II - 3075
Vijfde onderdeel van het eerste middel: de Overeenkomst heeft de mededinging niet merkbaar beïnvloed	II - 3082
Bestreden beschikking	II - 3082
Argumenten van partijen	II - 3082
Beoordeling door het Gerecht	II - 3083
— De gestelde beoordelingsfout	II - 3083
— Het motiveringsgebrek	II - 3084
2. Tweede middel: schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 en van het in artikel 253 EG geformuleerde motiveringsvereiste	II - 3085
Eerste onderdeel van het tweede middel: de inbreuk is niet opzettelijk begaan.	II - 3085
Bestreden beschikking	II - 3085
Argumenten van partijen	II - 3086
Beoordeling door het Gerecht	II - 3088
— De beoordelingsfout	II - 3088
— Het motiveringsgebrek	II - 3089
	II - 3103

Tweede onderdeel van het tweede middel: onjuiste beoordeling van de zwaarte en de duur van de inbreuk	II - 3090
Bestreden beschikking	II - 3090
Argumenten van partijen	II - 3090
Beoordeling door het Gerecht	II - 3091
— De zwaarte van de inbreuk	II - 3091
— De duur van de inbreuk	II - 3095
Derde onderdeel van het tweede middel: niet-toepassing van de richtsnoeren waar het verzachtende omstandigheden betreft	II - 3096
Bestreden beschikking	II - 3096
Argumenten van partijen	II - 3096
Beoordeling door het Gerecht	II - 3097
Vierde onderdeel van het tweede middel (uitsluitend aangevoerd in zaak T-49/02): gebrekkige motivering van het oorspronkelijke basisbedrag waarvan de Commissie bij de berekening van de geldboeten is uitgegaan	II - 3099
Bestreden beschikking	II - 3099
Argumenten van partijen	II - 3099
Beoordeling door het Gerecht	II - 3100
Kosten	II - 3101