

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer — uitgebreid)

8 juni 1995 *

In zaak T-9/93,

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, vennootschap naar Duits recht, te Neurenberg (Duitsland), vertegenwoordigd door U. Scholz, advocaat te Neurenberg, en R. Bechtold, advocaat te Stuttgart, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Loesch & Wolter, advocaten aldaar, Rue Zithe 8,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

ondersteund door

* Procestaal: Duits.

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

interveniente,

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

wijst

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

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

griffier: H. Jung

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

het navolgende

II - 1616

Arrest

De aan het beroep ten grondslag liggende feiten

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

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

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

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

Blijkens de gegevens waarover de Commissie beschikt en die voor het grootste deel bestaan uit hetgeen u in uw verzoek hebt aangegeven, zal de vaste duur van in de

toekomst te sluiten overeenkomsten niet meer dan twee jaar bedragen. De gemiddelde duur van de overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs die uw cliënte voornemens is te sluiten, zal dus veel minder dan vijf jaar bedragen, de in verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 (PB 1983, L 173, blz. 5) gestelde voorwaarde voor een groepsvrijstelling voor exclusieve afnameovereenkomsten.

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

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

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

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

(...)"

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

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

- 4 In die omstandigheden heeft de Commissie, teneinde ten verfolge op de beschikking van 25 maart 1992 een eindbeschikking over de betrokken „leveringsovereenkomsten” te geven, op 23 december 1992 beschikking 93/405/EEG inzake een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag tegen Schöller Lebensmittel GmbH

& Co. KG (Zaken IV/31.533 en IV/34.072) (PB 1993, L 183, blz. 1; hierna: „beschikking”) gegeven, waarvan het dispositief luidt als volgt:

„Artikel 1

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

Artikel 2

Een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag voor de in artikel 1 genoemde overeenkomsten wordt hierbij geweigerd.

Artikel 3

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG is gehouden binnen drie maanden na de kennisgeving van deze beschikking de wederverkopers waarmee zij overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, heeft gesloten die nog van kracht zijn, van de bewoordingen van de artikelen 1 en 2 in kennis te stellen en hen op de nietigheid van de betrokken overeenkomsten te wijzen.

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

Artikel 4

Het is Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG tot en met 31 december 1997 verboden overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, te sluiten.

(...)"

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

Procedure

- 6 Bij een op 10 april 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van 25 maart 1992 ingesteld, en bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft zij om voorlopige maatregelen verzocht (zaken T-28/92 en T-28/92 R).
- 7 Bij beschikking in kort geding van 16 juni 1992 heeft de president van het Gerecht voorlopige maatregelen gelast (zaken T-24/92 R en T-28/92 R, Langnese-Iglo en Schöller Lebensmittel, Jurispr. 1992, blz. II-1839).

- 8 Bij een op 2 februari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief heeft verzoekster het Gerecht overeenkomstig artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering laten weten, dat zij afstand deed van instantie, en bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 1 april 1993 is zaak T-28/92 doorgehaald in het register van het Gerecht.
- 9 Bij een op 20 januari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster krachtens artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag, dat de tekst van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag overneemt, het onderhavige beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld.
- 10 Bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft verzoekster tevens krachtens de artikelen 185 van het Verdrag en 104 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking verzocht (zaak T-9/93 R).
- 11 Bij een op 3 februari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Mars verzocht in de procedure T-9/93 R te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Bij een op 4 februari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Mars tevens verzocht in de procedure T-9/93 te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.
- 12 Bij beschikking van 19 februari 1993 heeft de president van het Gerecht Mars toegelaten tot interventie in zaak T-9/93 R en uitspraak gedaan op het door verzoekster ingediende verzoek om opschorting van tenuitvoerlegging (zaken T-7/93 R en T-9/93 R, Langnese-Iglo en Schöller, Jurispr. 1993, blz. II-131).

- 13 Bij beschikking van 12 juli 1993 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht Mars toegelaten tot interventie in zaak T-9/93 en een door verzoekster krachtens artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht ingediend verzoek om vertrouwelijke behandeling toegewezen.
- 14 Ook Langnese heeft een beroep tot nietigverklaring van de tot haar gerichte beschikking ingesteld (zaak T-7/93). Mars is ook toegelaten tot interventie in die zaak.
- 15 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer — uitgebreid) besloten zonder voorafgaande maatregelen van instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Wel heeft het partijen bij brief van 26 september 1994 verzocht schriftelijk te antwoorden op een aantal vragen. Verzoekster en verweerster hebben deze vragen beantwoord bij brieven van respectievelijk 17 en 19 oktober 1994. Bij beschikking van 9 november 1994 heeft de president van de Tweede kamer — uitgebreid een door verzoekster krachtens artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht ingediend verzoek om vertrouwelijke behandeling toegewezen met betrekking tot een aantal gegevens in de antwoorden van partijen op de gestelde vragen.
- 16 De bij genoemde beschikkingen van 12 juli 1993 en 9 november 1994 gelaste vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens is ter terechtzitting in acht genomen. Dit is ook gebeurd in het onderhavige arrest.
- 17 Ter terechtzitting van 16 november 1994 zijn partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

- 18 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
- de beschikking van de Commissie nietig te verklaren;
 - de Commissie in de kosten te verwijzen.
- 19 Verweerster concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep ongegrond te verklaren;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen.
- 20 Interveniente Mars concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep ongegrond te verklaren;
 - verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen.
- 21 Tot staving van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan; ten eerste, schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag daar de omstreden leveringsovereenkom-

sten de mededinging niet merkbaar hebben beïnvloed; ten tweede, schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag doordat de Commissie voor de omstreden overeenkomsten individuele vrijstelling heeft geweigerd; en ten derde, schending van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17”).

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

- 22 Dit middel bestaat uit drie onderdelen. Verzoekster verwijt de Commissie allereerst, dat zij de relevante markt te restrictief heeft afgebakend. Verder stelt zij, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van de leveringsovereenkomsten voor de mededinging. Ten slotte betoogt zij, dat artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie niet de bevoegdheid verleende alle bestaande exclusiviteitsovereenkomsten, daaronder begrepen die welke niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, te verbieden.

Het eerste onderdeel: de afbakening van de markt

- 23 Verzoekster betoogt, dat de Commissie zowel de produktmarkt als de geografische markt verkeerd heeft afgebakend.

De produktmarkt

- 24 In punt 87 van haar beschikking heeft de Commissie de produktmarkt omschreven als de markt van het industrieel bereide ijs in kleine verpakkingen in alle afzetkanalen met uitzondering van de thuisbezorging.

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 25 Volgens verzoekster omvat de betrokken markt het consumptie-ijs in het algemeen, ongeacht de bereidingswijze (industrieel of ambachtelijk), het aantal porties, en de verpakking waarin het wordt aangeboden. Er bestaat geen merkbaar verschil ter zake van de eigenschappen, het eindverbruik, de kenmerken van de bereiding en de prijs dat de verwisselbaarheid of de gelijkwaardigheid van de produkten zou uitsluiten of een rechtvaardigingsgrond zou kunnen opleveren om voor bepaalde soorten consumptie-ijs afzonderlijke markten af te bakenen.
- 26 Het begrip produktmarkt moet worden omschreven aan de hand van de behoeften en de opvattingen van de consument. Volgens de bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen (PB 1986, C 231, blz. 2, punten 11 en 12; hierna: „bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis”), moeten de tot een bepaalde markt behorende produkten „verwisselbaar” zijn, hetgeen „vanuit het gezichtspunt van de consument [moet] worden beoordeeld, waarbij in principe de eigenschappen van de produkten, de prijs ervan en het doel waarvoor zij bestemd zijn, te zamen worden beschouwd”. De Commissie stelt derhalve ten onrechte, dat het standpunt van de consument niet „alleen” beslissend is voor de afbakening van de produktmarkt in het onderhavige geval en dat een „differentiërende” benadering vereist is. De voor de afbakening van de produktmarkt beslissende elementen zijn de eenvoudige behoefte van de consumenten om een portie consumptie-ijs te eten, en het feit dat het consumptie-ijs in de verschillende vormen van detailhandel zonder wezenlijke bewerking aan de consument wordt doorverkocht.
- 27 Met betrekking tot ambachtelijk bereid ijs beklemtoont verzoekster, dat de keuze van de consument niet wordt beïnvloed door de omstandigheid of de verkoper ambachtelijk dan wel industrieel bereid ijs voor verbruik uit het vuistje verkoopt. Het van de consumptie van een portie ijs verwachte genot is in beide gevallen hetzelfde. Bovendien staat in bepaalde eetgelegenheden waar verschillende diensten worden aangeboden, zoals snelrestaurants, snack-bars, restauratierijtuigen enz.,

industrieel bereid ijs in eenpersoonsporties vaak in mededinging met ambachtelijk bereid ijs.

- 28 Wat de verschillende soorten industrieel ijs betreft, betoogt verzoekster, dat de kwaliteit van industrieel ijs dezelfde blijft, ongeacht in welke verpakking het wordt aangeboden. De grootte en de vorm van de verpakking waarin het ijs aan de consument wordt aangeboden, is derhalve van weinig belang. Al deze soorten ijs worden langs de verschillende bestaande afzetkanalen verkocht om aan een zelfde behoefte van de consument te voldoen. Dit blijkt uit het feit, dat tankstations bij voorbeeld ook ijs in gezinsverpakkingen aanbieden en dat bakkerijen, banketbakkerijen of kiosken zowel ambachtelijk bereid ijs als industrieel bereid ijs in verpakkingen voor grootverbruikers in eenpersoonsporties voor verbruik uit het vuistje kunnen verkopen. Bovendien raamt verzoekster, dat ongeveer 14 % van haar klanten, te weten detailhandelaars die ijs voor verbruik uit het vuistje op straat verkopen, zoals bij voorbeeld tankstations en kiosken, enkel de combinatie voorverpakte eenpersoonsporties en ijs in verpakkingen met verschillende eenpersoonsporties, de zogenoemde „multipacks” kopen, hetgeen aantoont dat de door de Commissie verrichte marktafbakening verkeerd is.
- 29 Vervolgens betoogt verzoekster, dat de plaats waar het ijs wordt aangeboden of verbruikt, geen invloed heeft op de bevrediging van de behoeften van de consument. De zin in ijs blijft dezelfde ongeacht of die thuis, op het werk, op straat, op reis of elders ontstaat. Bijgevolg dient de relevante markt alle soorten ijs te omvatten, ongeacht via welk afzetkanaal zij worden aangeboden. De Commissie heeft derhalve ten onrechte het door thuisbezorgdiensten verkochte ijs uitgesloten.
- 30 Ten slotte verwijst de Commissie volgens verzoekster ten onrechte naar de rechtspraak volgens welke „zelfs identieke produkten tot onderscheiden produktmark-

ten kunnen behoren wanneer zij aan een specifieke behoefte voldoen” (zie punt 79 van de beschikking). Er bestaat geen „specifieke” vraag van de consumenten naar gelang van de verpakkingen en deze laatste voorzien niet in „eveneens verscheidene economische behoeften” in de zin van de rechtspraak (zie arrest Hof van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461).

- 31 De Commissie vertrekt voor de afbakening van de markt van de opvatting van de consument. Allereerst moet worden uitgesloten het als onderdeel van een horeca-dienst aangeboden consumptie-ijs, daar dit volgens de rechtspraak van het Hof (zie arrest van 28 februari 1991, zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935) een afzonderlijke markt vormt. Het gaat daarbij om een deel van het industrieel ijs bestemd voor grootverbruikers en van het ambachtelijk geproduceerd ijs.
- 32 Verder is als gevolg van de voor het produkt specifieke samenhang tussen de koel-mogelijkheid en de consumptie, de plaats van consumptie van het ijs van doorslag-gevend belang om te bepalen of de produkten uit het oogpunt van het mededin-gingsrecht verwisselbaar zijn, te meer daar een behoefte vaak impulsief ontstaat en van korte duur is.
- 33 In die omstandigheden moeten eveneens worden uitgesloten de „multipacks”, het ijs in gezinsverpakkingen en het ijs in kleine verpakkingen dat thuis wordt bezorgd om in particuliere vrieskisten te worden opgeslagen, omdat deze produkten niet beschikbaar zijn voor een behoefte buitenshuis. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen immers zelfs identieke produkten tot onderscheiden produktmarkten behoren wanneer zij aan een specifieke behoefte voldoen (zie arresten van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223; 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, en 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461).

- 34 Het standpunt van de consument is evenwel niet alleen beslissend. Er moet ook rekening worden gehouden met de verschillende afzetkanalen waarlangs het consumptie-ijs de consument bereikt, en met de uiteenlopende mededingingsverhoudingen in de verschillende afzetniveau's, daar de omstreden leveringsovereenkomsten de mededinging tussen producenten en/of groothandelaars in verband met de toegang tot de detailhandel betreffen. Daar artikel 85, lid 1, van het Verdrag elke beperking van de mededinging op elk handelsniveau tussen de producent en de eindverbruiker verbiedt (zie arrest Hof van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78-215/78 en 218/78, Van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125), kan het standpunt van de consument in het onderhavige geval niet alleen beslissend zijn om de gevolgen van de leveringsovereenkomsten voor de mededinging te beoordelen.
- 35 In die omstandigheden moeten van de produktmarkt worden uitgesloten, het ambachtelijk geproduceerd ijs, omdat het geen handelsobject is op de markt waar de aanbodzijde producenten van en groothandelaars in industrieel consumptie-ijs omvat en de vraagzijde uit detailhandelaars bestaat, en het zogenoemde „scooping”-ijs, omdat de detailhandel met betrekking tot dit soort ijs en ijs in kleine verpakkingen uiteenlopende distributiefuncties vervult en de afzetkanalen van beide produktgroepen elkaar slechts marginaal raken. De structuur van de vraag kan immers in aanmerking worden genomen bij de afbakening van de produktmarkt (zie arrest Michelin, reeds aangehaald).
- 36 Wat het ijs in verpakkingen voor grootverbruikers betreft, dit vertoont bovendien een aantal bijzondere kenmerken die rechtvaardigen dat het van de relevante markt wordt uitgesloten.
- 37 Volgens interveniënte Mars moet de door de Commissie afgebakende markt in twee deelmarkten, de traditionele handel en de detailhandel in levensmiddelen, worden gesplitst, daar de onderhavige procedure in wezen slechts betrekking heeft op de deelmarkt van ijs in kleine verpakkingen dat in de traditionele handel wordt

verkocht, en nieuwe concurrenten wegens het bestaan van exclusiviteitsovereenkomsten geen toegang krijgen tot die sector.

- 38 Verder zij opgemerkt, dat meer dan 60 % van alle ijs in kleine verpakkingen via de traditionele handel wordt verkocht. De Commissie heeft ook aangetoond, dat de twee deelmarkten belangrijke structuurverschillen vertonen die naar Duits recht een splitsing rechtvaardigen. Volgens Mars kunnen dezelfde produkten onder verschillende markten worden ingedeeld wanneer zij via verschillende afzetkanalen worden verkocht.

Beoordeling rechtens

- 39 Om de gegrondheid van de door de Commissie in punt 87 van haar beschikking verrichte afbakening van de markt te onderzoeken, dient er om te beginnen aan te worden herinnerd, dat de afbakening van de relevante markt van wezenlijk belang is om de gevolgen van de exclusiviteitsovereenkomsten voor de mededinging na te gaan, inzonderheid om na te gaan of het voor nieuwe binnenlandse en buitenlandse concurrenten mogelijk is vaste voet te krijgen op de markt van consumptie-ijs of er hun marktaandeel te vergroten (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 15 en 16).
- 40 Verder dient volgens de rechtspraak van het Hof rekening te worden gehouden met het standpunt van de consument. Gelijk het Hof in een zaak betreffende de toepassing van artikel 86 van het Verdrag heeft geoordeeld, kunnen de concurrentiemogelijkheden slechts worden beoordeeld aan de hand van die kenmerken der betrokken produkten, waardoor zij bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en slechts in geringe mate met andere produkten verwisselbaar zijn (zie arrest Hof van 21 februari 1973, zaak 6/72, *Europemballage en Continental Can*, *Jurispr.* 1973, blz. 215). Met betrekking tot het begrip produktmarkt heeft het Hof met name geoordeeld, dat dit begrip inhoudt dat het tussen de van

die markt deel uitmakende produkten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen medebrengt dat alle produkten die deel van een zelfde markt uitmaken, elkander voor een zelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren (zie arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald). Met betrekking tot de mogelijkheid om andere elementen in aanmerking te nemen, blijkt bovendien uit de rechtspraak, dat men zich in voorkomend geval niet mag beperken tot een onderzoek van de objectieve kenmerken van de betrokken produkten, maar dat ook de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking moeten worden genomen (zie arrest Michelin, reeds aangehaald, r. o. 37).

- 41 Het Gerecht dient de gegrondheid van de door de Commissie verrichte afbakening van de produktmarkt derhalve tegen de achtergrond van deze overwegingen te onderzoeken. Opgemerkt zij, dat de Commissie in punt 80 van haar beschikking heeft verklaard, dat „scooping”-ijs en ambachtelijk bereid ijs die voor verbruik uit het vuistje op straat, dat wil zeggen buiten een horecadienst, worden verkocht, en het op dezelfde plaats verkochte ijs in kleine verpakkingen uit het oogpunt van de consument gelijksoortig zijn.
- 42 De Commissie heeft derhalve terecht van de relevante markt uitgesloten het consumptie-ijs dat als onderdeel van een horecadienst wordt aangeboden, dat wil zeggen een deel van het industrieel ijs in verpakking voor grootverbruikers en van het ambachtelijk bereid ijs, daar dit volgens de rechtspraak van het Hof (zie arrest Delimitis, reeds aangehaald, r. o. 16) een afzonderlijke markt vormt. De consumptie van ijs in restaurants wordt immers in de regel gekenmerkt door een dienstverrichting en is minder vaak afhankelijk van economische overwegingen dan de aankoop van dit ijs in bij voorbeeld een levensmiddelenzaak.
- 43 Gelijk de Commissie heeft betoogd, dient ook te worden uitgesloten het bij de consument thuis in particuliere vrieskisten opgeslagen consumptie-ijs, omdat dit ijs niet beschikbaar is voor een behoefte buitenshuis, inzonderheid voor een behoefte die impulsief ontstaat, en omdat het slechts in beperkte mate met de op straat verkochte produkten verwisselbaar is (arrest Michelin, reeds aangehaald, r. o. 48

en 49). Het gaat om ijs in gezinsverpakking, een produkt dat in de regel wordt gekocht om thuis te worden opgeslagen, en om thuis bezorgd ijs in kleine verpakkingen. De Commissie heeft de plaats van consumptie in het onderhavige geval terecht als een beslissende factor voor de afbakening van de markt aangemerkt, daar het gaat om produkten die zonder koelmogelijkheid slechts zeer korte tijd kunnen worden bewaard en die derhalve in de onmiddellijke nabijheid van de laatste koelmogelijkheid moeten worden geconsumeerd.

44 Met betrekking tot het in „multipacks” verkochte ijs, blijkt uit de beschikking, dat dit soort ijs in de regel door de levensmiddelenhandel en de thuisbezorgdiensten wordt aangeboden en derhalve niet beschikbaar is voor een impulsieve behoefte buitenshuis. Verzoekster heeft weliswaar aangevoerd, dat ongeveer 14 % van al haar klanten alleen de combinatie voorverpakte eenpersoonsporties en „multipacks” kopen, doch blijktens haar antwoord op de desbetreffende vragen van het Gerecht betreft dit percentage niet alleen de detailhandelaars uit de traditionele handel maar ook die uit de levensmiddelenhandel en heeft in 1993 slechts een zeer klein aantal detailhandelaars uit de traditionele handel die produktencombinatie verkocht. Aangezien verzoekster bovendien ter terechtzitting niet is opgekomen tegen de door de Commissie in haar antwoord op de vragen van het Gerecht geponeerde stelling, dat de „multipacks” slechts ongeveer 4 % van de totale verkoop via de door verzoekster genoemde categorie van klanten vormt, heeft de Commissie terecht geoordeeld, dat de „multipacks” in de regel niet bestemd zijn voor verbruik uit het vuistje en heeft zij het in deze verpakking aangeboden ijs derhalve terecht van de produktmarkt uitgesloten.

45 Blijkens de punten 81 en volgende van de beschikking van de Commissie moeten wegens de uiteenlopende mededingingsvoorwaarden in de verschillende afzetniveaus en de naast elkaar bestaande afzetkanalen waarlangs de betrokken produkten de consument worden aangeboden, ook worden uitgesloten, enerzijds

al het ambachtelijk bereid ijs, dat wil zeggen het buiten een horecadienst op straat verkochte ambachtelijk bereid ijs, omdat dit ijs geen handelsobject vormt op een markt die enkel betrekking heeft op de verkoop aan detailhandelaars, en anderzijds het industrieel ijs in verpakkingen voor grootverbruikers, omdat dit soort ijs een aantal bijzondere kenmerken vertoont ten opzichte van het industrieel ijs in kleine verpakkingen.

46 Met betrekking tot het ambachtelijk bereid ijs blijkt uit de processtukken, dat dit soort ijs in de regel wordt aangeboden op de plaats van de bereiding of in de onmiddellijke omgeving daarvan. Het ambachtelijk bereid ijs valt dus niet onder de omstreden leveringsovereenkomsten, aangezien het niet wordt aangeboden aan de verschillende vormen van detailhandel en door hen ook niet wordt gevraagd, hetgeen door verzoekster niet wordt betwist. In die omstandigheden wordt de beoordeling van de mogelijke gevolgen van de omstreden leveringsovereenkomsten voor de mededinging, inzonderheid ter zake van de toegang tot de detailhandel, niet gewijzigd wanneer dit ijs in de produktmarkt wordt opgenomen. De Commissie heeft het derhalve terecht van de produktmarkt uitgesloten.

47 Met betrekking tot industrieel ijs in verpakking voor grootverbruikers, bestemd om in eenpersoonsporties te worden gesleten, te weten het „scooping”-ijs, dient eraan te worden herinnerd, dat in de punten 84-86 van de beschikking wordt verklaard, dat dit ijs om drie redenen van de produktmarkt moet worden uitgesloten. Allereerst wordt in de beschikking verklaard, dat de detailhandel uiteenlopende distributiefuncties vervult, die bepaald worden door de onderscheiden produktkenmerken en die ertoe leiden dat de afzetkanalen van beide produktgroepen elkaar slechts marginaal raken. Verder wordt er in de beschikking op gewezen, dat de bijkomende bewerking, namelijk het verdelen in porties, die voor „scooping”-ijs vereist is, tot gevolg heeft, dat ijs in kleine verpakkingen en „scooping”-ijs slechts in de horecasector in enige omvang van betekenis samen worden aangeboden. Bovendien zijn de levensmiddelenhandel en de traditionele speciaalzaken, die veruit het grootste deel van het industrieel ijs in kleine verpakkingen afzetten, in het algemeen niet op de verkoop van ijs in verpakking voor grootverbruikers ingesteld. Ten derde bestaan er volgens de beschikking uit produkttechnisch oogpunt verschillen tussen beide categorieën van produkten.

48 De Commissie heeft evenwel geen feiten aangedragen waaruit blijkt, dat de vraag voor beide categorieën produkten structurele verschillen vertoont in de zin van het reeds genoemde arrest Michelin, die op zichzelf een rechtvaardiging zouden kunnen vormen om het op straat verkochte „scooping”-ijs bij de afbakening van de markt uit te sluiten. Het enkele feit dat deze twee categorieën ijs via verschillende afzetkanalen worden verkocht, volstaat in het onderhavige geval niet voor het uitsluiten van het ijs in verpakking voor grootverbruikers dat in eenpersoonsporties wordt verkocht voor consumptie buiten de horeca. Verzoekster heeft dienaangaande terecht gesteld, dat het gewone verdelen in eenpersoonsporties in de traditionele handel geen „horecadienst” in de zin van het reeds genoemde arrest Delimitis vormt. Bovendien heeft de Commissie niet aangetoond, dat het verdelen in porties invloed heeft op de keuze van de consument tussen een „scooping”-ijs en een ijs in kleine verpakking in de verkooppunten waar beide soorten ijs samen worden aangeboden, te weten op straat. De Commissie heeft immers zelf verklaard, dat die twee soorten ijs uit het oogpunt van de consument gelijksoortig zijn (zie hierboven rechtsoverweging 41). Bovendien volstaat het enkele feit, dat er tussen de twee produkten een verschil in bereidingstechniek kan bestaan, in het onderhavige geval niet om van twee verschillende markten te kunnen spreken wanneer dit verschil voor de consument geen beslissend element vormt.

49 Verder blijkt uit de processtukken, dat ook „scooping”-ijs, althans ten dele, op straat buiten een horecadienst, dat wil zeggen in de traditionele speciaalzaken, wordt verkocht. Uit de processtukken blijkt ook, dat niet alleen kiosken, maar ook brood- en banketbakkerijen, snoepwinkels, ijsverkopers, bioscopen, zwembaden en tankstations over de nodige apparatuur beschikken om „scooping”-ijs te verkopen, en dat deze verkooppunten overigens ook toegerust zijn om ijs in kleine verpakkingen te verkopen. De Commissie heeft tijdens de schriftelijke procedure, althans impliciet, erkend, dat een deel van het ijs in verpakking voor grootverbruikers wordt aangeboden in de vorm van „scooping”-ijs voor verbruik uit het vuistje buiten een horecadienst.

50 Derhalve rijst de vraag, of de Commissie het gedeelte van het ijs in verpakking voor grootverbruikers dat in concurrentie met het ijs in kleine verpakkingen in

verschillende soorten verkooppunten op straat in eenpersoonsporties wordt verkocht, niet in de relevante markt had moeten opnemen, daar deze twee categorieën produkten uit het oogpunt van de consument verwisselbaar zijn. Uit punt 140 van de beschikking, dat door verzoekster niet is betwist, blijkt evenwel, dat de distributie van het ijs voor grootverbruikers in de traditionele handel op basis van exclusiviteitsovereenkomsten gebeurt. In die omstandigheden heeft de beslissing om het „scooping”-ijs niet in de relevante markt op te nemen, geen substantiële wijziging gebracht in de beoordeling van de gevolgen van de omstreden leveringsovereenkomsten voor de mededinging, met name ter zake van de vraag, of het bestaan van die overeenkomsten de toegang tot de markt heeft belet of aanzienlijk heeft belemmerd. Derhalve dient de beschikking niet nietig te worden verklaard omdat het „scooping”-ijs niet in de produktmarkt is opgenomen.

- 51 Mitsdien kan verzoeksters grief inzake de afbakening van de produktmarkt niet worden aanvaard.

De geografische markt

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 52 Verzoekster betoogt, dat in geval van aanvaarding van de door haar voorgestelde omschrijving van de produktmarkt als de markt van consumptie-ijs in ruime zin, ook de geografische markt niet mag worden beperkt tot de Duitse markt, daar de Commissie in haar beschikking in aanmerking heeft genomen, dat verzoekster, Langnese en Mars niet in alleen in Duitsland maar ook in tal van andere landen werkzaam zijn, en daar de bestaande nationale verschillen door de ontwikkeling van de interne Europese markt verder zullen afnemen.

- 53 Volgens de Commissie is de geografische markt de Duitse markt. Zij wijst er allereerst op, dat verzoekster zelf toegeeft, dat er op nationaal niveau nog steeds verschillen bestaan. Verder is de distributie van consumptie-ijs, de omstreden door verzoekster gesloten leveringsovereenkomsten daaronder begrepen, volledig nationaal georganiseerd. De marktstructuur en de aanwezigheid op de markt verschillen overigens van Lid-Staat tot Lid-Staat. Ten slotte zijn de regelingen inzake de bereiding van consumptie-ijs niet geharmoniseerd.

Beoordeling rechtens

- 54 Om te beginnen blijkt uit de beschikking, zonder dat dit door verzoekster is weersproken, dat de afzet van industrieel consumptie-ijs zonder uitzondering nationaal is georganiseerd en dat de nationale kenmerken worden weerspiegeld in de verschillende marktstructuren, assortimenten en prijzen. Vaststaat ook, dat de omstreden overeenkomsten op nationaal niveau worden gesloten. Aangezien verzoekster bovendien niet uitdrukkelijk heeft aangevoerd, dat de geografische markt niet tot de Duitse markt mag worden beperkt wanneer de produktmarkt wordt omschreven als markt van industrieel consumptie-ijs in kleine verpakkingen, is het Gerecht van mening, dat de Commissie terecht en in overeenstemming met de rechtspraak heeft geoordeeld, dat de relevante geografische markt de Duitse markt is (zie in die zin het arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 18, en het arrest *Michelin*, reeds aangehaald, r. o. 25-28). De grief inzake de afbakening van de geografische markt kan derhalve niet worden aanvaard.
- 55 Mitsdien moet het eerste onderdeel van het middel, te weten verkeerde afbakening van de markt, worden afgewezen.

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

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 56 Verzoekster betoogt, dat de Commissie, los van de afbakening van de betrokken markt, de markt niet afdoende en volgens de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde criteria heeft onderzocht. Tot staving van deze stelling herinnert zij eraan, dat volgens het reeds genoemde arrest *Delimitis* de invloed van de op een markt bestaande netwerken van overeenkomsten op de toegang tot die markt afhangt van het aantal door overeenkomsten gebonden verkooppunten ten opzichte van het aantal niet-gebonden verkooppunten, van de duur van de aangegane verbintenissen en van de verhouding tussen de hoeveelheid producten waarop die verbintenissen betrekking hebben, en de rest.
- 57 De Commissie mag zich niet beperken tot de vaststelling, dat leveringsovereenkomsten betrekking hebben op ongeveer (...) % (meer dan 10 %) van de op de relevante markt aanwezige verkooppunten en de in die verkooppunten gerealiseerde verkopen.
- 58 Volgens de rechtspraak van het Hof hangt het antwoord op de vraag, of een exclusieve afnameovereenkomst een beperking van de mededinging tot gevolg heeft, immers niet alleen af van de rechtstreekse gevolgen van de concrete overeenkomst, maar ook van de economische en juridische omstandigheden waarin zij haar plaats vindt en samen met andere omstandigheden tot gevolgen voor de mededinging kan leiden. Deze algemene context omvat enerzijds de overeenkomsten die dezelfde producent met andere klanten heeft gesloten (zie arresten van 11 juli 1974, zaak 8/74, *Dassonville*, *Jurispr.* 1974, blz. 837, en 19 april 1988, zaak 27/87, *Erauw-Jacquery*, *Jurispr.* 1988, blz. 1919), en anderzijds de soortgelijke overeenkomsten die de andere producenten met hun klanten hebben gesloten (arrest Hof 12 december 1967, zaak 23/67, *Brasserie de Haecht*, *Jurispr.* 1967, blz. 525, en arrest *Delimitis*, reeds aangehaald). Bovendien is het cumulatief effect van soortgelijke overeenkomsten op de markt slechts een van de elementen. Tegen de achtergrond van

deze beginselen moet worden nagegaan, welke gevolgen de leveringsovereenkomsten hebben voor de toegang van concurrenten tot de markt.

- 59 Met betrekking tot de markt van consumptie-ijs in Duitsland verklaart verzoekster dienaangaande allereerst, dat de bindingsgraad, te weten de hoeveelheid ijs in kleine verpakkingen die in het kader van de door de Commissie gelaakte leveringsovereenkomsten wordt verkocht, bijzonder laag is. Zelfs binnen de door de Commissie afgebakende markt betreffen de exclusieve afnameovereenkomsten van haar concurrenten nauwelijks meer dan 18 % van de op de markt verkochte hoeveelheden. De door verzoekster gesloten overeenkomsten leveren slechts een bindingsgraad van ongeveer (...) % op. De door de Commissie in haar Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid van 1985 aanvaardbaar geachte bindingsgraad van 30 % wordt dus niet overschreden. Verzoekster voegt eraan toe, dat de Commissie de via groot-handelaars verkochte hoeveelheden ten onrechte in aanmerking neemt voor de berekening van de bindingsgraad, daar de groothandelaars in eigen naam en voor eigen rekening exclusieve afnameovereenkomsten sluiten.
- 60 Ten tweede is verzoekster van mening, dat de Commissie niet voldoende rekening heeft gehouden met de vrij korte duur van de leveringsovereenkomsten. In de omstreden overeenkomsten wordt bepaald, dat zij na twee jaar tegen het einde van elk kalenderjaar kunnen worden opgezegd. Volgens verzoekster heeft twee derde van de op een bepaald ogenblik lopende overeenkomsten derhalve een vaste duur van minder dan één jaar. Bovendien wordt elk jaar een derde van alle exclusiviteits-overeenkomsten opgezegd en staat de toegang tot die verkooppunten derhalve open voor elke concurrent.
- 61 Op grond van deze omstandigheden is verzoekster van mening, dat het bestaande netwerk van exclusiviteitsovereenkomsten de toegang tot de traditionele speciaalzaken belemmert noch belet.

- 62 In de punten 68-71 van haar beschikking stelt de Commissie allereerst vast, dat de door verzoekster aan de wederverkopers opgelegde exclusieve afnameverplichting zowel de mededinging tussen produkten van hetzelfde merk als de mededinging tussen produkten van verschillende merken beperkt. Wegens het contractuele verbod dat hem bindt, kan de wederverkoper de aanbiedingen betreffende produkten van andere leveranciers derhalve niet in aanmerking nemen. De exclusieve afnameverplichtingen bemoeilijken of verhinderen het opzetten van onafhankelijke afzetstructuren, die noodzakelijk zijn voor de intrede van nieuwe concurrenten op de betrokken markt of voor de versteviging van een reeds bestaande marktpositie. De contractuele verplichting om uitsluitend contractprodukten te betrekken, houdt ipso facto het verbod in om produkten te verkopen die met de contractprodukten concurreren. De combinatie van het ene en het andere beperkt in het onderhavige geval de mededinging.
- 63 Vervolgens wordt in punt 105 van de beschikking vastgesteld, dat verzoeksters omzetcijfer en het marktaandeel van de omstreden leveringsovereenkomsten de in de bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis genoemde drempels ruimschoots overschrijden. Reeds op grond van die vaststelling kan worden geconcludeerd, dat de leveringsovereenkomsten de Duitse concurrenten en de concurrenten uit de andere Lid-Staten merkbaar beperken in hun mogelijkheden om hun intrede te doen op de relevante markt of hun marktaandeel aldaar te vergroten, en derhalve onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. In het onderhavige geval behoeft bijgevolg geen onderzoek te worden verricht van de gevolgen van de netwerken van soortgelijke overeenkomsten die andere ondernemingen op de relevante markt hebben gesloten.
- 64 In haar memories en ter terechtzitting heeft de Commissie daaraan toegevoegd, dat slechts wanneer het netwerk van gelijksoortige overeenkomsten van de onderneming wier overeenkomsten aan het mededingingsrecht worden getoetst, op zichzelf niet voldoet aan de voorwaarde van merkbaar ongunstige beïnvloeding, het cumulatief effect van parallelle netwerken volgens de rechtspraak in aanmerking moet worden genomen (zie arresten Brasserie de Haecht en Delimitis, reeds aangehaald).

- 65 Interveniente Mars geeft toe, dat de bindingsgraad 25 à 30 % bedraagt, ongeacht of de door de Commissie dan wel de door verzoekster verrichte afbakening van de markt als uitgangspunt wordt genomen. Dit cijfer weerspiegelt evenwel niet de reële marktvoorwaarden in de traditionele handel, daar de berekening op basis van een gemiddelde is verricht.
- 66 De situatie in de traditionele handel moet afzonderlijk worden onderzocht, daar meer dan 60 % van het ijs in kleine verpakkingen via dit kanaal wordt afgezet en verzoekster slechts op dit deel van de betrokken markt leveringsovereenkomsten heeft gesloten.
- 67 Volgens het door interveniente verrichte onderzoek bedroeg de bindingsgraad in de traditionele handel in 1990 meer dan 70 %. Bovendien moeten ook verzoeksters marktaandeel en de concentratiegraad in aanmerking worden genomen. In 1992 nam verzoekster 33,4 % van de verkoop van ijs in kleine verpakkingen in de traditionele handel voor haar rekening. Het marktaandeel van Langnese bedroeg 60 %. Deze twee grote producenten hadden samen dus een marktaandeel van meer dan 90 %. Het lijkt geen twijfel, dat verzoekster en Langnese een machtspositie innemen op deze markt. Derhalve kan niet redelijkerwijze worden betwijfeld, dat de door verzoekster gesloten exclusiviteitsovereenkomsten onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.
- 68 Met betrekking tot de voornaamste argumenten van verzoeksters stelling, dat de toegang tot de traditionele speciaalzaken wordt belet noch belemmerd, merkt Mars allereerst op, dat juist de uit economisch oogpunt interessantste verkooppunten door exclusiviteitsovereenkomsten zijn gebonden. Verder verklaart zij, dat de overeenkomsten in feite veel langer duren dan in verzoeksters ramingen wordt aangegeven, namelijk waarschijnlijk meer dan tien jaar. De detailhandelaars zeggen de overeenkomsten in de regel immers niet op.

- 69 Bovendien stuit een nieuwe concurrent op de markt op het probleem, dat het voor de door een exclusiviteitsovereenkomst gebonden detailhandelaar gaat om een „beslissing van alles of niets”. Weinig handelaars zijn bereid af te zien van het assortiment van produkten van de concurrent met een machtspositie en te kiezen voor de minder bekende produkten van de nieuwe concurrent.
- 70 Het enkele feit dat Mars naar eigen zeggen in de detailhandel in levensmiddelen voor „multipacks”, waarvoor geen exclusiviteitsovereenkomsten bestaan, een marktaandeel van ongeveer 17 % heeft — dit is tien keer meer dan haar marktaandeel voor ijsrepen in de traditionele handel (ongeveer 1,7 %) — is een voldoende bewijs, dat de toegang tot de traditionele handel voor haar gesloten blijft.

Beoordeling rechtens

- 71 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat de Commissie in de punten 68-70 van de beschikking terecht heeft geoordeeld, dat de in de leveringsovereenkomsten opgenomen clause waarbij de detailhandelaar zich ertoe verbindt, in zijn verkooppunt enkel produkten te verkopen die hij rechtstreeks van verzoekster heeft betrokken, zowel een exclusieve afnameverplichting als een mededingingsverbod bevat, welke zowel de mededinging tussen produkten van hetzelfde merk als de mededinging tussen produkten van verschillende merken kunnen beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 72 In die omstandigheden moet worden nagaan, of de Commissie feitelijk en rechtens afdoende heeft aangetoond, dat de omstreden leveringsovereenkomsten, zoals zij stelt, de mededinging op de markt merkbaar beïnvloeden.

- 73 Vaststaat allereerst, dat verzoekster op de relevante markt een sterke positie inneemt. Blijkens de beschikking behaalde verzoekster in 1991 een totale omzet van (...) (meer dan een miljard) DM, waarvan (...) (meer dan 900) miljoen DM in de sector consumptie-ijs. Het concern met dezelfde naam had in die periode een geconsolideerde omzet van (...) (meer dan 1,5 miljard) DM. Daarbij komt, dat het concern Südzucker, dat rechtstreeks en indirect 49 % van verzoeksters aandelenkapitaal in handen heeft, een omzetcijfer van 4,54 miljard DM heeft aangegeven. Volgens de punten 31 en 35 van de beschikking bedroeg verzoeksters aandeel in de relevante markt in 1991 ongeveer (...) % in de levensmiddelenhandel en (...) % (meer dan 25 %) in de traditionele handel. Opgemerkt zij, dat verzoekster ter terechtzitting laatstgenoemd cijfer heeft bevestigd voor het geval wordt uitgegaan van de door de Commissie verrichte marktafbakening. Met betrekking tot het kwantitatieve belang van de omstreden overeenkomsten op de relevante markt blijkt uit de processtukken, dat op de relevante markt zoals deze door de Commissie is afgebakend, ongeveer (...) % (meer dan 10 %) van de verkooppunten door deze overeenkomsten aan verzoekster zijn gebonden en dat de verkoop die verzoekster via deze verkooppunten realiseert, eveneens ongeveer (...) % (meer dan 10 %) van de totale verkoop op deze markt bedraagt.
- 74 Volgens de Commissie kan reeds op grond van die gegevens worden geconcludeerd, dat de overeenkomsten de Duitse concurrenten en de concurrenten uit de andere Lid-Staten merkbaar beperken in hun mogelijkheden om hun intrede te doen op de relevante markt of om hun marktaandeel aldaar te vergroten, zonder dat het cumulatief effect van de door de andere leveranciers van consumptie-ijs opgezette parallelle netwerken behoeft te worden onderzocht, daar de omstreden overeenkomsten reeds ongeveer (...) % (meer dan 10 %) van de relevante markt bestrijken en het door de deelnemende ondernemingen gerealiseerde omzetcijfer de drempel die in de bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis wordt genoemd, ruimschoots overschrijdt.
- 75 Opgemerkt zij evenwel, dat deze bekendmaking slechts een omschrijving beoogt te geven van de overeenkomsten die volgens de Commissie de mededinging of de handel tussen Lid-Staten niet merkbaar beïnvloeden. Er kan echter niet met zeker-

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

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

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

- 78 Met betrekking tot de gevolgen van netwerken van exclusiviteitsovereenkomsten voor de toegang tot de markt, blijkt bovendien uit de rechtspraak van het Hof, dat deze met name afhangen van het aantal bij overeenkomst aan de producenten gebonden verkooppunten ten opzichte van het aantal niet-gebonden detailhandelaars, van de hoeveelheden waarop die verplichtingen betrekking hebben alsmede van de verhouding tussen die hoeveelheden en de hoeveelheden die door niet-gebonden detailhandelaars worden afgezet. Anderzijds vormt de uit een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten voortvloeiende bindingsgraad, ofschoon van belang voor de beoordeling van de afscherming van de markt, slechts één van de elementen van de economische en juridische context waarbinnen een overeenkomst of, zoals in het onderhavige geval, een netwerk van overeenkomsten moet worden beoordeeld (arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 19 en 20).
- 79 Bij de vaststelling van de bindingsgraad in de zin van het percentage door exclusiviteitsovereenkomsten gebonden verkooppunten en het percentage verkoop dat via deze verkooppunten wordt gerealiseerd, moet volgens het Gerecht in het onderhavige geval rekening worden gehouden met de mogelijkheden van toegang tot de detailhandel op de hele referentiemarkt, zoals deze door de Commissie is afgebakend, te weten zowel de traditionele handel als de levensmiddelenhandel, daar de afbakening van de markt het kader vormt voor de beoordeling van de gevolgen die de omstreden overeenkomsten voor de mededinging hebben.
- 80 Dienaangaande moet allereerst worden vastgesteld, dat, zoals hierboven in rechts-overweging 73 is gezegd, wanneer men rekening houdt met de omvang van de verkoop van consumptie-ijs in kleine verpakkingen op de relevante markt, de bindingsgraad ongeveer (...) % (meer dan 10 %) bedraagt, toe te schrijven aan de door verzoekster gesloten exclusiviteitsovereenkomsten. Wat het cumulatief effect van andere soortgelijke overeenkomsten op de markt betreft, bestrijken de door Langnese, de andere grote producent van consumptie-ijs in Duitsland, gesloten soortgelijke exclusieve afnameovereenkomsten ongeveer (...) % van de relevante markt.
- 81 Derhalve moet worden vastgesteld, dat de door de twee grootste producenten opgezette netwerken van exclusieve afnameovereenkomsten ongeveer (...) % van de

markt betreffen, dus meer dan de bindingsgraad van 30 % die de Commissie aanvaardbaar achtte ten tijde van haar administratieve brief aan verzoekster, welke zij vervolgens in punt 19 van het Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid van 1985 heeft toegelicht.

- 82 Gelijk hierboven in rechtsoverweging 78 is gezegd, vormt de bindingsgraad evenwel slechts één van de elementen van de economische en juridische context waarbinnen een netwerk van overeenkomsten moet worden beoordeeld. Daarnaast moeten de marktvoorwaarden worden onderzocht en moet met name worden nagegaan, of er voor een nieuwe concurrent reële en concrete mogelijkheden zijn om op de markt door te dringen niettegenstaande het bestaan van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten.
- 83 Wat deze elementen betreft, heeft de Commissie erop gewezen, dat er zowel in de levensmiddelenhandel als in de traditionele handel nog andere belangrijke belemmeringen van de toegang tot de markt bestaan. Dienaangaande blijkt uit de punten 100 en 134-137 van de beschikking, dat de toegang tot de markt voor nieuwe concurrenten wordt bemoeilijkt door het bestaan van een systeem waarbij verzoekster zowel in de levensmiddelenhandel als in de traditionele handel een groot aantal vrieskisten ter beschikking van de detailhandelaars stelt [volgens punt 57 van de beschikking in 1991 ongeveer (...) van het totaal, waarvan (...) in de traditionele handel en (...) in de levensmiddelenhandel], op voorwaarde dat de detailhandelaars deze uitsluitend voor de produkten van verzoekster gebruiken.
- 84 De Commissie heeft terecht geoordeeld, dat de toegang tot de markt daardoor wordt bemoeilijkt. Deze omstandigheid heeft immers noodzakelijkerwijs tot gevolg, dat een concurrent die zijn intrede doet op de markt, de detailhandelaar moet overhalen de door verzoekster geïnstalleerde vrieskist te ruilen voor een andere, hetgeen meebrengt dat hij afziet van de met de produkten van de vroegere leverancier behaalde omzet, of hem moet overhalen een bijkomende vrieskist te installeren, hetgeen met name wegens het plaatsgebrek in de kleine verkooppunten vaak onmogelijk is. Indien de nieuwe concurrent daarbij dan nog slechts een beperkt assortiment van produkten kan aanbieden, hetgeen het geval is voor inter-

veniënte, kan hij veel moeilijkheden ondervinden om de detailhandelaar ertoe te brengen zijn overeenkomst met de vroegere leverancier op te zeggen.

- 85 Verder blijkt uit de processtukken, dat de traditionele handel een groot aantal individuele detailhandelaars telt waarvan de gemiddelde omzet vrij klein is. Om een rendabel distributiesysteem te kunnen opzetten moet een nieuwe concurrent derhalve over een groot aantal detailhandelaars kunnen beschikken die geografisch zodanig zijn geconcentreerd, dat zij vanuit regionale of centrale opslagplaatsen kunnen worden bevoorrad. Door het ontbreken van een onafhankelijke tussenhandel vormt deze fragmentatie van de vraag een bijkomende belemmering van de toegang tot de markt. Ten slotte heeft de Commissie terecht in aanmerking genomen, dat verzoeksters producten een grote merkbekendheid genieten.
- 86 In deze omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat uit het onderzoek van het geheel van soortgelijke overeenkomsten op de markt alsmede van de andere elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomsten, zoals deze in de rechtsoverwegingen 83-85 hierboven zijn geanalyseerd, blijkt dat de door verzoekster gesloten exclusieve afnameovereenkomsten de mededinging merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 87 Gezien de sterke positie die verzoekster op de relevante markt inneemt, en met name gezien haar marktaandeel, dragen die overeenkomsten in aanzienlijke mate bij tot afscherming van de markt.
- 88 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie derhalve terecht geoordeeld, dat de omstreden overeenkomsten de mededinging op de relevante markt merkbaar beperken.

89 Mitsdien moet het tweede onderdeel van het middel worden afgewezen.

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

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

90 Verzoekster betoogt, dat de Commissie slechts onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallende overeenkomsten kan verbieden en dit enkel wanneer de beperking van mededinging de drempel der merkbaarheid overschrijdt.

91 Dit klemt in het onderhavige geval te meer, omdat de Commissie ook de parallelle exclusiviteitsovereenkomsten van Langnese heeft verboden, die in aanmerking zijn genomen bij het onderzoek van het cumulatief effect van de soortgelijke overeenkomsten, en omdat na de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992 in een kort geding in de zaak die het onderhavige beroep is voorafgegaan (zie hierboven rechtsoverweging 7), kon worden onderzocht, of zonder de overeenkomsten met de tankstations de exclusiviteitsclausules in de andere overeenkomsten de mededinging nog steeds merkbaar beïnvloeden.

92 De Commissie stelt, dat zij niet verplicht was een drempel te bepalen waarbeneden de door verzoekster gesloten overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs verenigbaar waren met artikel 85 van het Verdrag.

- 93 Tot staving van deze stelling verklaart zij in punt 107 van de beschikking, dat de merkbare invloed op de mededinging betrekking heeft op alle door verzoekster gesloten leveringsovereenkomsten. Wanneer het gaat om een netwerk van soortgelijke overeenkomsten die door één en dezelfde producent zijn gesloten, is de merkbare invloed aanwezig of niet aanwezig zonder dat bepaalde elementen daaruit kunnen worden afgezonderd. Het is op grond van artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet mogelijk afzonderlijke overeenkomsten of netwerken van overeenkomsten zodanig te splitsen, dat een „niet-merkbaar” gedeelte aan het verbod kan worden onttrokken.
- 94 Zij voegt eraan toe, dat verzoekster geen criteria heeft weten aan te reiken aan de hand waarvan het geheel van overeenkomsten zou kunnen worden gesplitst. Een dergelijke splitsing zou haars inziens willekeur opleveren. Bovendien verzet artikel 85, lid 2, van het Verdrag zich om redenen van rechtszekerheid tegen een splitsing, inzonderheid bij netwerken.

Beoordeling rechtens

- 95 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat volgens de rechtspraak een door één enkele leverancier opgezet netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten aan het verbod van artikel 85, lid 1, kan ontsnappen wanneer het samen met alle soortgelijke overeenkomsten op de markt, daaronder begrepen de overeenkomsten van andere leveranciers, niet in aanzienlijke mate bijdraagt tot het afsluiten van de markt voor nieuwe binnenlandse en buitenlandse concurrenten (zie arrest *Delimitis*, reeds aangehaald, r. o. 23 en 24). Dit houdt in, dat in geval van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten gesloten door één enkele producent, de beoordeling van de gevolgen van dit netwerk voor de mededinging ook geldt voor de afzonderlijke overeenkomsten waaruit dit netwerk bestaat. Bovendien moet de Commissie voor het beoordelen van de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uitgaan van de reële gegevens van het concrete geval en mag zij zich niet op hypothetische situaties baseren. De Commissie heeft terecht opgemerkt, dat in het onderhavige geval het splitsen van de omstreden overeenkomsten in verschillende hypothetische categorieën willekeur zou opleveren.

- 96 Met betrekking tot de vraag, of de Commissie had moeten onderzoeken of het door verzoekster opgezette netwerk van overeenkomsten de mededinging nog steeds beperkte nadat een soortgelijk netwerk van Langnese was verboden, behoeft slechts te worden opgemerkt, dat volgens het reeds genoemde arrest *Delimitis*, wanneer de Commissie in een geval als het onderhavige vaststelt, dat het geheel van soortgelijke overeenkomsten op de markt alsmede de andere elementen van de economische en juridische context de mededinging merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en vervolgens op goede gronden oordeelt, dat de leveringsovereenkomsten van een producent in aanzienlijke mate bijdragen tot deze afscherming van de markt, alle omstreden overeenkomsten van deze producent onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. De omstandigheid dat de Commissie tegelijkertijd een door een andere producent opgezet netwerk van soortgelijke overeenkomsten verbiedt, doet daaraan niets af.
- 97 Met betrekking tot de reeds genoemde beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, die verzoekster tot staving van haar argumenten heeft aangevoerd, dient er ten slotte aan te worden herinnerd, dat die beschikking, die de toepassing van de beschikking van de Commissie van 25 maart 1992 heeft opgeschort, behalve met betrekking tot de exclusieve verkooppunten van verzoekster en Langnese in tankstations, in kort geding is gegeven. Deze na afweging van de verschillende belangen van de procespartijen getroffen maatregel was bedoeld om ernstige en onherstelbare schade voor zowel Mars als verzoekster te voorkomen. De beschikking had dus een bijzonder doel en kan derhalve niet worden ingeroepen tot staving van de stelling, dat de Commissie de afzonderlijke overeenkomsten moest splitsen om te oordelen of zij onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vielen.
- 98 Een netwerk van soortgelijke overeenkomsten moet derhalve in zijn geheel worden beoordeeld en de Commissie heeft de overeenkomsten dus terecht niet gesplitst. Dit onderdeel van het middel is derhalve niet gegrond.
- 99 Uit het voorgaande volgt, dat het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moet worden afgewezen.

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

100 Verzoekster betoogt, dat ingeval de omstreden overeenkomsten toch onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, zij in aanmerking komen voor een groepsvrijstelling krachtens verordening nr. 1984/83 of voor een individuele vrijstelling. Het middel bestaat uit drie onderdelen. Allereerst had de Commissie niet mogen afwijken van de beoordeling vervat in de administratieve brief die zij verzoekster na de aanmelding van de omstreden overeenkomsten in 1985 had gestuurd. Ten tweede heeft de Commissie ten onrechte geoordeeld, dat de omstreden overeenkomsten voor onbepaalde duur zijn gesloten in de zin van artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 en derhalve niet onder de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling vallen. Ten derde levert de weigering om een individuele vrijstelling te verlenen, een schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op.

Het eerste onderdeel: de gestelde verplichting van de Commissie om niet af te wijken van de in haar administratieve brief vervatte beoordeling

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

101 Tot staving van haar stelling, dat de Commissie ter zake van de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag niet kon afwijken van de in haar administratieve brief vervatte beoordeling, betoogt verzoekster allereerst, dat een administratieve brief de ondernemingen die deze aanvaardden, niet in een minder gunstige positie mag brengen dan die waarin zij zouden hebben verkeerd indien zij van de Commissie een formele beschikking hadden gekregen. Volgens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 kan de Commissie een formele vrijstellingsbeschikking slechts intrekken of wijzigen, indien de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zijn gewijzigd, of indien de beschikking berust op onjuiste inlichtingen of

door bedrog is verkregen. Hieruit volgt inzonderheid, dat een wijziging van de juridische situatie geen voldoende grond is om een vrijstellingsbeschikking in te trekken. Deze beperking geldt ook voor de beoordeling in een administratieve brief waarmee de procedure wordt afgesloten (administratieve brief).

102 Met betrekking tot hetgeen de Commissie in de punten 149 en 150 van de beschikking heeft verklaard, beklemtoont verzoekster, dat zij de feiten in de aanmelding volledig en volgens de destijds geldende regels had uiteengezet en dat de feitelijke omstandigheden sedert de administratieve brief van 1985 niet wezenlijk zijn veranderd.

103 Verder had zij in de aanmelding alle omstandigheden vermeld die de Commissie ook thans nog van wezenlijk belang acht, te weten de marktaandeelen en de via de gebonden verkooppunten verkochte hoeveelheden. Verzoekster herinnert eraan, dat de bindingsgraad voor de hele markt van industrieel bereid ijs volgens haar berekeningen 17 % bedroeg. Indien de Commissie de markt van consumptie-ijs destijds had beperkt tot de markt van industrieel bereid consumptie-ijs in kleine verpakkingen, zoals zij thans doet, had zij uit de door verzoekster verstrekte gegevens kunnen opmaken, dat de bindingsgraad dan meer bedroeg dan de door verzoekster aangegeven 17 %. Verzoekster voegt eraan toe, dat de Commissie destijds aldus moet hebben geredeneerd, daar zij in 1985 in haar Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid melding maakte van een bindingsgraad van 30 %.

104 Volgens verzoekster kan de Commissie ook het op de markt verschijnen van Mars niet aangrijpen om de zaak opnieuw te bezien. Wanneer de Commissie exclusieve afnameovereenkomsten onderzoekt en deze aanvaardbaar acht, mag worden aangenomen, dat zij daarbij in aanmerking neemt of daadwerkelijke of potentiële concurrenten de toegang tot de markt wordt belet of dat hun groeimogelijkheden op

de markt daadwerkelijk worden belemmerd. De klacht van Mars had dus vooraf moeten worden onderzocht, namelijk bij het onderzoek voor het jaar 1985, indien dit correct ware verricht.

105 Aangezien de Commissie niet heeft aangetoond, dat sedert de administratieve brief de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zijn gewijzigd, is de Commissie gebonden door de in die administratieve brief gegeven beoordeling.

106 De Commissie is om te beginnen van mening, dat gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, de administratieve brief haar niet bindt. Zij betoogt dien-aangaande, dat administratieve brieven geen grotere bindende kracht kunnen hebben dan de formele beschikkingen die zij in het kader van de praktische toepassing van de mededingingsregels vervangen. Volgens artikel 8, lid 3, sub a, van verordening nr. 17 kan de Commissie formele vrijstellingsbeschikkingen intrekken of wijzigen, „indien de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zijn gewijzigd”. Zij wijst erop, dat de administratieve brief is verstuurd zonder officiële inleiding van de procedure, zonder bekendmaking als bedoeld in artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 en zonder voorafgaande raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities. Bovendien berustte de betrokken administratieve brief op een voorlopig onderzoek en bevatte hij volgens vaste praktijk een uitdrukkelijk voorbehoud, volgens hetwelk de zaak opnieuw zou worden gezien, wanneer „(...) bepaalde elementen, feitelijk of rechtens, waarop deze beoordeling berust, merkbaar veranderen (...)”.

107 De Commissie is van mening, dat zij in die omstandigheden in punt 149 van haar beschikking op goede gronden heeft kunnen oordelen, dat de zaak opnieuw moest worden gezien, omdat de voorstelling van de feiten in de aanmelding in zoverre onvolledig was, dat niet werd gerept van het „agreement” betreffende de wederzijdse erkenning van de exclusiviteitsovereenkomsten binnen de afdeling ijspro

dukten noch van de betekenis en de omvang van de doelbinding met betrekking tot de in levensmiddelenzaken geplaatste vrieskisten, die voor haar een aanwijzing voor bijkomende belemmeringen voor de toetreding tot de markt hadden kunnen vormen.

108 In punt 150 van haar beschikking betoogt de Commissie eveneens, dat het feit dat Mars en Jacobs Suchard tot de markt zijn toegetreden, een reden is om de zaak opnieuw te bezien, te meer omdat juist de door Mars opgedane ervaring de afscherming van de markt aan het licht heeft gebracht en derhalve aanleiding heeft gegeven tot een nieuw onderzoek.

109 Wegens de procedurele waarborgen van artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening (EEG) nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbende en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, blz. 2268) is de Commissie overigens gehouden de haar door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken (zie arrest Gerecht van 18 september 1992, zaak T-24/90, Automec, Jurispr. 1992, blz. II-2223). Verzoekster stelt derhalve ten onrechte, dat wegens de administratieve brief de klacht van Mars moest worden afgewezen.

Beoordeling rechtens

110 Allereerst moet worden opgemerkt, dat volgens de rechtspraak een administratieve brief, als die welke aan verzoekster is gestuurd nadat deze in 1985 haar leveringsovereenkomsten had aangemeld, noch een beschikking houdende negatieve verklaring noch een beschikking als bedoeld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag in de zin van de artikelen 2 en 6 van verordening nr. 17 is, daar die administratieve brief niet overeenkomstig de bepalingen van die verordening is vastgesteld (zie arresten Hof van 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79-3/79, Giry en Guerlain, Jurispr. 1980, blz. 2327; zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2511, en zaak 37/79, Marty, Jurispr. 1980, blz. 2481, alsmede 11 december 1980, zaak 31/80, l'Oréal,

Jurispr. 1980, blz. 3775). In die zaken heeft het Hof beklemtoond, dat de betrokken administratieve brieven zonder inachtneming van de publiciteitsvoorschriften van artikel 19, lid 3, van verordening van nr. 17 waren verzonden en evenmin waren bekendgemaakt overeenkomstig artikel 21, lid 1, van die verordening.

- 111 Verder gaat het om een mededeling waarbij de Commissie verzoekster liet weten, dat er voor haar geen aanleiding bestond om tegen de betrokken overeenkomsten op te treden, daar deze in de omstandigheden van het concrete geval verenigbaar waren met de mededingingsregels van het Verdrag, en dat de zaak derhalve kon worden afgesloten. Dat de Commissie die administratieve brief in haar Vijftiende verslag over het mededingingsbeleid van 1985 heeft vermeld en daar enige toelichtingen bij heeft gegeven, wijzigt het rechtskarakter van die brief niet.
- 112 Ten slotte blijkt uit het door de Commissie ter terechtzitting gehouden pleidooi, dat deze destijds slechts een voorlopig onderzoek van de marktvoorwaarden heeft verricht. Dat onderzoek was hoofdzakelijk gebaseerd op de door verzoekster verstrekte informatie, ook ter zake van de gegevens die zijn gebruikt voor de afbakening van de destijds relevant geachte markt en voor de berekening van de bindingsgraad. De Commissie heeft zich in haar administratieve brief overigens het recht voorbehouden, de zaak opnieuw te bezien indien een merkbare wijziging intreedt in bepaalde elementen, feitelijk of rechtens, waarop haar beoordeling was gebaseerd. Een dergelijk voorbehoud is trouwens de gangbare administratieve praktijk van de Commissie op dit gebied.
- 113 Met betrekking tot de vraag, of er sedert de administratieve brief een merkbare wijziging is ingetreden in de feitelijke omstandigheden, blijkt uit de processtukken, dat twee nieuwe concurrenten, Mars en Jacobs Suchard, op de markt zijn verschenen. Vaststaat bovendien, dat interveniënte Mars een bijzondere concurrent is, die slechts een beperkt assortiment van produkten aanbiedt en een marketingbeleid

voert dat verschilt van dat van haar voornaamste concurrenten. Verder heeft de Commissie na de klacht van Mars kennis gekregen van bijkomende belemmeringen van de toegang tot de markt, met name in de levensmiddelenhandel. Deze vloeien voort uit de door verzoekster aan de detailhandelaars opgelegde verplichting om de vrieskisten die zij hun ter beschikking stelt, uitsluitend voor haar produkten te gebruiken.

- 114 Dit zijn nieuwe omstandigheden die, met name gelet op de concrete moeilijkheden die interveniënte had ondervonden, een rechtvaardigingsgrond vormen om de voorwaarden van de toegang tot de markt grondiger en nauwgezetter te onderzoeken dan voor de administratieve brief het geval is geweest. Bijgevolg stond deze brief niet eraan in de weg, dat de Commissie de zaak opnieuw bezag om te beoordelen, of de omstreden leveringsovereenkomsten in het concrete geval verenigbaar zijn met de mededingingsregels.
- 115 Deze oplossing verdraagt zich bovendien met de gelet op de procedurele waarborgen van artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63 op de Commissie rustende verplichting, de haar door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken om te beoordelen of deze elementen een gedraging aan het licht brengen die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan vervalsen en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden (zie arrest *Automec*, reeds aangehaald, r. o. 79).
- 116 Uit het voorgaande volgt, zonder dat behoeft te worden nagegaan of de door verzoekster verrichte aanmelding onvolledig was, dat het eerste onderdeel van het middel moet worden afgewezen.

Het tweede onderdeel: de stelling dat de omstreden overeenkomsten in aanmerking komen voor een groepsvrijstelling

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 117 Verzoekster betoogt dienaangaande dat, anders dan de Commissie meent, haar overeenkomsten niet „voor onbepaalde duur” zijn gesloten in de zin van artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83.
- 118 Wanneer een overeenkomst eerst voor een bepaalde duur wordt gesloten en na het verstrijken daarvan voor een bepaalde duur, te weten voor een jaar, wordt verlengd, is de duur ervan niet onbepaald, maar bepaald. Artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 sluit niet uit, dat de voor een bepaalde duur gesloten overeenkomsten telkens voor een nieuwe periode worden verlengd. Het maakt niets uit, of de overeenkomst automatisch dan wel enkel door een uitdrukkelijke verklaring van de wederverkoper wordt verlengd, zolang het recht van partijen om de overeenkomst na een bepaalde termijn te beëindigen onverlet blijft.
- 119 In dit verband voegt verzoekster daar nog aan toe, dat de Commissie haar niet het recht kan ontnemen aanspraak te maken op de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling, daar de Commissie de krachtens artikel 14 van die verordening verrichte intrekking van die vrijstelling niet in het dispositief van de beschikking heeft opgenomen.
- 120 De Commissie betoogt, zoals zij in punt 112 van de beschikking heeft uiteengezet, dat de leveringsovereenkomsten niet onder de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling vallen, omdat „overeenkomsten met een vaste duur van maximaal twee jaar en automatische verlenging na afloop daarvan” „voor onbepaalde duur” zijn gesloten in de zin van artikel 3, sub d, van die verordening. De beëindiging ervan is immers afhankelijk is van een onzekere, toekomstige

gebeurtenis, namelijk het initiatief van een der partijen. Een dergelijke uitlegging van artikel 3, sub d, is overigens in overeenstemming met punt 39 van de bekendmaking van de Commissie inzake de verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op, onderscheidenlijk, groepen alleenverkoopovereenkomsten en groepen exclusieve afnameovereenkomsten (PB 1984, C 101, blz. 2).

- 121 De Commissie wijst erop, dat verzoekster zich hoe dan ook niet op verordening nr. 1984/83 kan beroepen, nu zij krachtens van artikel 6 van verordening nr. 17 heeft geweigerd een individuele vrijstelling te verlenen. Dit volgt uit de aard zelf van de groepsvrijstellingsverordeningen, daar bij groepsvrijstellingen niet voor elk geval afzonderlijk wordt onderzocht, of daadwerkelijk aan de in het Verdrag neergelegde vrijstellingsvoorwaarden is voldaan. Bijgevolg staat een weigering van individuele vrijstelling na concrete toetsing van de betrokken overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag eraan in de weg, dat verzoekster zich op een groepsvrijstelling beroept.

Beoordeling rechtens

- 122 Zonder dat behoeft te worden onderzocht, of verzoekster zich op de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende groepsvrijstelling kan beroepen, daar de Commissie de intrekking van die vrijstelling krachtens artikel 14 van die verordening niet in het dispositief van de beschikking heeft opgenomen, kan worden volstaan met de vaststelling, dat de litigieuze overeenkomsten in ieder geval voor onbepaalde duur zijn gesloten in de zin van artikel 3, sub d, van die verordening en derhalve niet onder de krachtens die verordening geldende vrijstelling vallen.
- 123 Er dient immers aan te worden herinnerd, dat volgens artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 de krachtens die verordening geldende groepsvrijstelling niet

van toepassing is wanneer de betrokken overeenkomst voor onbepaalde duur is gesloten. Welnu, er bestaat in de praktijk geen verschil tussen een overeenkomst die uitdrukkelijk voor onbepaalde duur is gesloten met de mogelijkheid voor de partijen om hun contractuele betrekkingen te beëindigen — dit soort overeenkomsten valt volgens artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 niet onder de krachtens die verordening geldende groepsvrijstelling — en een overeenkomst die, zoals in het onderhavige geval, na twee jaar stilzwijgend wordt verlengd zolang zij niet door een van de partijen wordt opgezegd. In beide gevallen staat het de contractpartijen vrij, hun contractuele betrekkingen te heroverwegen met inaanmerkingneming van de alternatieven die op de markt voorhanden zijn. Deze heroverweging, die artikel 3, sub d, van verordening nr. 1984/83 beoogt op te leggen, geeft nieuwe concurrenten de gelegenheid toegang te krijgen tot detailhandelaars die niet meer gebonden zijn. Beslissend voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van deze overeenkomsten is namelijk, gelijk de Commissie in punt 113 van de beschikking heeft overwogen, dat de duur niet vaststaat, daar hij van het initiatief van een der partijen afhangt.

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

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

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

- 125 Verzoekster betoogt, dat de leveringsovereenkomsten voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag en derhalve in aanmerking komen voor een individuele vrijstelling.

- 126 Allereerst dragen de leveringsovereenkomsten bij tot verbetering van de distributie van consumptie-ijs. Het is immers dank zij deze overeenkomsten dat het hele grondgebied, zelfs de kleine verkooppunten, regelmatig kan worden bevoorraad. Verzoekster stelt, dat zij zonder de omstreden overeenkomsten ongeveer 42 % van haar klanten, namelijk die waarvan het jaarlijks verkoopcijfer te klein is, vanwege de kosten niet meer zal kunnen bevoorraden. Anders dan de Commissie stelt, zal de bevoorrading van de kleine verkooppunten niet worden overgenomen door de lokale producenten of de groothandelaars. Voor de groothandelaars levert de regelmatige bevoorrading van de kleine verkooppunten over het hele grondgebied immers geen enkel voordeel op, daar zij het consumptie-ijs er slechts als extra bijnemen ter aanvulling van het assortiment van klanten die andere diepvriesartikelen in grote hoeveelheden afnemen.
- 127 Bovendien houdt de Commissie in de beschikking onvoldoende rekening met de omstandigheid, dat voor de verkoop van consumptie-ijs een vrieskist noodzakelijk is. Wanneer de detailhandelaar niet in staat of niet bereid is zelf een vrieskist te kopen, kan deze hem in voorkomend geval ter beschikking worden gesteld door de producent, die dan evenwel de zekerheid dient te hebben dat de bevoorrading van het verkooppunt hem een bepaald minimum aan verkoop zal opleveren. Daartoe moet het betrokken verkooppunt door een exclusieve afnameovereenkomst worden gebonden. Volgens verzoekster trekt de omstandigheid, dat de detailhandelaars vrieskisten ter beschikking worden gesteld, de markt open.
- 128 Vervolgens betoogt verzoekster, dat er op de markt zoals die door de Commissie is afgebakend, een concurrentiedruk bestaat die waarborgt dat de voordelen aan de consumenten worden doorgegeven, daar de leveringsovereenkomsten slechts een bindingsgraad van ongeveer 30 % opleveren en de verbintenissen zelf in de tijd zijn beperkt. Bovendien beschikken de consumenten dank zij verzoeksters distributiesysteem niet alleen over een groot aantal verkooppunten van consumptie-ijs over het hele grondgebied, maar ook over een volledig produktenassortiment in die verkooppunten. Zonder de omstreden overeenkomsten zouden de producenten immers slechts de meest gevraagde artikelen in de detailhandel kunnen aanbieden.

- 129 Ten slotte betoogt verzoekster, dat de exclusiviteitsovereenkomsten niet leiden tot uitschakeling van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag. Haars inziens stelt de Commissie ten onrechte, onder verwijzing naar het reeds genoemde arrest Europemballage en Continental Can, dat reeds aan de in artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag neergelegde negatieve voorwaarde is voldaan wanneer er op de markt geen daadwerkelijke mededinging bestaat. Uit de algemene context van dat arrest blijkt immers, dat deze voorwaarde slechts is vervuld indien elke ernstige kans op mededinging in wezen is uitgesloten, hetgeen in casu niet het geval is.
- 130 Volgens verzoekster bestaat er op de relevante markt in elk geval een „daadwerkelijke mededinging”. Zij wijst erop, dat de Commissie bij haar onderzoek ten onrechte is voorbijgegaan aan de omstandigheid, dat in de levensmiddelenhandel heel wat verkooppunten niet zijn gebonden en geen enkele verplichting hebben en dat ongeveer 39 % van de totale omzet van de markt via deze verkooppunten wordt gerealiseerd. Bovendien wijst een bindingsgraad die 30 % niet overschrijdt, niet op „uitschakeling” van de mededinging. Ten slotte mag uit de enkele omstandigheid dat twee producenten een belangrijk deel van de markt of van een segment van de markt in handen hebben, niet worden afgeleid dat er geen of slechts een beperkte mededinging bestaat.
- 131 Volgens de Commissie was niet voldaan aan de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden voor een individuele vrijstelling.
- 132 Zij betoogt allereerst, dat de leveringsovereenkomsten niet bijdragen tot verbetering van de verdeling van de produkten in de zin van artikel 85, lid 3, daar zij geen objectieve en concrete voordelen voor het algemeen belang in de zin van het arrest van het Hof van 13 juli 1966 (gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grun-dig, Jurispr. 1966, blz. 449) opleveren die de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen kunnen compenseren.

- 133 Wegens de sterke positie die verzoekster op de markt inneemt, treden de voordelen die aan exclusieve afnameovereenkomsten verbonden kunnen zijn, te weten versterking van de mededinging tussen produkten van verschillende merken, in het onderhavige geval niet in. Integendeel, het bestaan van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten — een belangrijke belemmering van de toegang tot de markt — beperkt de mededinging op de markt en leidt derhalve tot een aanzienlijke versterking van de positie van verzoekster ten opzichte van haar concurrenten. Bovendien loopt de regelmatige bevoorrading van de consumenten over het gehele grondgebied geen gevaar in geval van verdwijning van de exclusiviteitsovereenkomsten.
- 134 Verder mag niet worden aangenomen, dat de consumenten een billijk aandeel in de uit de overeenkomsten voortvloeiende voordelen krijgen door het feit dat de exclusiviteitsovereenkomsten een homogeen en transparant distributiestelsel creëren. Zonder de druk van een daadwerkelijke mededinging worden de ondernemingen immers niet gedwongen de uit die overeenkomsten voortvloeiende winst door te geven. Bovendien beperken de overeenkomsten de keuzemogelijkheid van de consument, daar deze in de gebonden verkooppunten slechts het consumptiejs-assortiment van één bepaalde producent vindt.
- 135 Ten slotte is de Commissie van mening, dat aan de negatieve voorwaarde van artikel 85, lid 3, sub b, van het Verdrag is voldaan, daar er op de relevante markt geen daadwerkelijke mededinging bestaat. Wat de levensmiddelenhandel betreft, vormen de sterke positie van verzoekster en Langnese, die samen meer dan twee derde van de verkoop via dit afzetkanaal voor hun rekening nemen, en de concentratie van de vraag een aanzienlijke belemmering van de toegang tot de markt. In de traditionele handel wordt de toegang tot de markt grotendeels belemmerd door het cumulatief effect van alle van kracht zijnde exclusiviteitsovereenkomsten. Volgens de Commissie wordt ongeveer (...) % (meer dan 55 %) van de afzet in de traditionele handel op basis van exclusieve afnameovereenkomsten gerealiseerd. Bovendien leveren ook de door verzoekster en Langnese op de hele markt geïnstalleerde vrieskisten mededingingsbeperkingen op.

- 136 Interveniente Mars stelt, dat het sluiten van exclusiviteitsovereenkomsten en het opzetten van een specifiek distributiesysteem door de producent niet absoluut noodzakelijk zijn voor een efficiënte en rationele distributie van industrieel bereid consumptie-ijs. Dergelijke distributiesystemen zijn immers zeer uitzonderlijk, daar de zogenoemde „impulsprodukten” in de regel door de producent worden afgeleverd in de centrale opslagplaatsen van de groothandelaars, die de bestellingen van de verschillende verkooppunten groeperen en uitvoeren. Volgens Mars zou verzoekster alleen in Duitsland, Denemarken en Italië exclusiviteitsovereenkomsten betreffende de verkooppunten hebben gesloten.
- 137 Haars inziens stelt verzoekster ten onrechte, dat de groothandelaars de wil noch de middelen hebben om de traditionele handel te bevoorraden. Indien de groothandelaars er niet in slagen het nodige aantal verkooppunten te bevoorraden om tot een rationele distributie te komen, ligt dat volgens Mars aan de exclusiviteitsovereenkomsten die een groot aantal verkooppunten binden.
- 138 Het door verzoekster toegepaste systeem heeft tot gevolg, dat voor nieuwe concurrenten de toegang tot de markt van het zogenoemde „impulsijs”, waar zeer grote winsten worden gemaakt, nagenoeg volledig wordt afgesloten. Ten slotte volgt uit de rechtspraak van het Hof, dat een onderneming die een markt heeft gecreëerd, daarom nog niet het recht heeft haar positie op die markt te beschermen door middel van exclusiviteitsovereenkomsten (zie arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald).

Beoordeling rechtens

- 139 Voor de beoordeling, of de Commissie het recht had een individuele vrijstelling te weigeren, dient er allereerst aan te worden herinnerd, dat voor een individuele vrijstellingsbeschikking met name is vereist, dat de betrokken overeenkomst cumula-

tief voldoet aan de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, zodat de vrijstelling moet worden geweigerd wanneer aan een van de vier voorwaarden niet is voldaan (zie bij voorbeeld arrest Gerecht van 15 juli 1994, T-17/93, Matra Hachette, Jurispr. 1994, blz. II-595, r. o. 104).

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

- 141 Voorts is het vaste rechtspraak, dat wanneer om vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, wordt verzocht, het in de eerste plaats aan de betrokken ondernemingen staat, de Commissie bewijsmateriaal te verstrekken dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag is voldaan (zie bij voorbeeld arresten Hof van 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, en 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19).

- 142 Met betrekking tot de eerste van de vier in artikel 85, lid 3, van het Verdrag genoemde voorwaarden zij eraan herinnerd, dat volgens deze bepaling voor vrijstelling in aanmerking komen de overeenkomsten „die bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang”. Dienaangaande zij erop gewezen, dat volgens de rechtspraak van het Hof, verbetering niet samenvalt met de voordelen welke partijen voor hun produktie of distributie aan de overeenkomst ontleen. Die verbetering moet zodanig merkbare voordelen met zich brengen, dat zij de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen compenseert (zie arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald).
- 143 In het onderhavige geval is deze eerste voorwaarde behandeld in de punten 115-121 van de beschikking. Ofschoon volgens de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 exclusieve afnameovereenkomsten in het algemeen een verbetering van de distributie tot gevolg hebben, omdat zij de leverancier in staat stellen de afzet van zijn waren nauwkeuriger en voor langere tijd van tevoren te organiseren en de wederverkopers gedurende de looptijd van de overeenkomst een geregelde aanvoer naar behoefte waarborgen, en zelfs al zou verzoekster vanwege de kosten haar leveranties aan bepaalde kleine verkooppunten moeten stopzetten wanneer zij zou moeten afzien van de exclusieve bevoorrading daarvan, toch is de Commissie van mening, dat de omstreden overeenkomsten geen objectieve en concrete voordelen voor het algemeen belang opleveren die de op het vlak van de concurrentie optredende nadelen kunnen compenseren.
- 144 Tot staving van deze stelling heeft de Commissie erop gewezen, dat wegens de sterke positie die verzoekster op de relevante markt inneemt, de omstreden overeenkomsten, anders dan in de zesde overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 wordt verwacht, niet tot een versterking van de mededinging tussen produkten van verschillende merken leiden. De Commissie heeft namelijk terecht geoordeeld, dat het betrokken netwerk van overeenkomsten een ernstige belemmering van de toegang tot de markt vormt, welke tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt.

- 145 Verder blijkt uit punt 120 van de beschikking, dat de Commissie van oordeel was, dat de bevoorrading van de kleine verkooppunten, die verzoekster eventueel zou moeten stopzetten vanwege de kosten, zou worden verzekerd door andere leveranciers, bij voorbeeld door kleine lokale producenten of door onafhankelijke tussenhandelaars die verschillende assortimenten verkopen. Bovendien herinnert de Commissie eraan, dat verzoekster zelf heeft toegegeven, dat zij zelfs zeer kleine verkooppunten met een jaarlijks verkoopcijfer van om en bij de 300 DM blijft bevoorraden wanneer deze geografisch gunstig gelegen zijn.
- 146 In dit verband dient eraan te worden herinnerd, dat interveniënte Mars erop heeft gewezen, dat het zeer uitzonderlijk is dat de producenten zelf zorgen voor de levering van het zogenoemde „impulsijs”. Tussen partijen wordt namelijk niet betwist, dat ondernemingen van de groep Unilever, waaronder Langnese, alleen in Duitsland, Denemarken en Italië exclusiviteitsovereenkomsten met betrekking tot de verkooppunten hebben gesloten.
- 147 Ofschoon verzoekster heeft aangevoerd, dat zij vanwege de kosten de bevoorrading van een aantal kleine verkooppunten zal moeten stopzetten, indien zij geen exclusieve afnameovereenkomsten meer mag sluiten, is het Gerecht van oordeel, dat zij geen elementen heeft aangedragen waaruit blijkt, dat de regelmatige aanvoer van consumptie-ijs in kleine verpakkingen over het hele grondgebied daardoor gevaar zal lopen en dat met de name de betrokken kleine verkooppunten dan niet door andere leveranciers of door de groothandelaars zullen worden bevoorrad, gewoon als gevolg van de vrije mededinging die daardoor is ontstaan. Verzoekster heeft ook niet op overtuigende wijze aangetoond, welke bijzondere omstandigheden de producenten ertoe hebben genoopt op de Duitse markt een eigen distributiesysteem voor consumptie-ijs op te zetten. Het Gerecht is derhalve van mening, dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de omstreden overeenkomsten niet voldoen aan de eerste voorwaarde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Van mening dat de processtukken voldoende licht werpen op de zaak, oordeelt het

Gerecht, dat er geen getuigenverhoor behoeft plaats te vinden over de wil en de middelen van de groothandelaars om de detailhandelaars in de traditionele handel te bevoorraden of over de uit de exclusiviteitsovereenkomsten voortvloeiende mededingingsbeperkingen, met name over de mogelijkheid voor een nieuwe concurrent om vaste voet te krijgen en bekendheid te verwerven in de traditionele handel, zoals interveniënte heeft voorgesteld.

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

149 Uit het voorgaande volgt, dat het onderhavige middel inzake schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag in zijn geheel dient te worden afgewezen.

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

Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen

150 Tot staving van dit middel voert verzoekster allereerst aan, dat artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie niet de bevoegdheid verleent, haar te verplichten de

wederverkopers waarmee zij exclusiviteitsovereenkomsten heeft gesloten, van de bewoordingen van de artikelen 1 en 2 van de beschikking in kennis te stellen. Volgens verzoekster staat het aan haar te bepalen, op welke wijze zij gevolg zal geven aan de beschikking waarbij de Commissie die overeenkomsten heeft verboden.

- 151 Wat artikel 4 van het dispositief van de beschikking betreft, betoogt verzoekster, dat de Commissie haar krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 alleen kan verplichten „aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken”. Er bestaat geen rechtsgrondslag voor een verbod op het sluiten van nieuwe overeenkomsten die volgens de Commissie strijdig zouden zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag en niet zouden voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Bovendien kan de Commissie het sluiten van nieuwe, onder de krachtens verordening nr. 1984/83 geldende vrijstelling vallende overeenkomsten niet verbieden zonder die vrijstelling eerst krachtens artikel 14 van die verordening in te trekken.
- 152 Volgens verzoekster kan artikel 4 van de beschikking hoe dan ook niet verbieden, dat nieuwe exclusieve afnameovereenkomsten worden gesloten waarvan de duur aldus is gewijzigd, dat er, zelfs wanneer men het standpunt van de Commissie overneemt, geen twijfel over kan bestaan, dat zij binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1984/83 vallen.
- 153 De Commissie heeft in punt 154 van de beschikking uitgelegd, dat het in artikel 4 van het dispositief aan verzoekster opgelegde verbod om tot en met 31 december 1997 nieuwe leveringsovereenkomsten te sluiten als die welke thans onverenigbaar met artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn verklaard, gerechtvaardigd is, omdat het „bevel tot beëindiging van de inbreuk (...) van zijn inhoud zou worden beroofd, wanneer het SLG (verzoekster) was toegestaan de huidige ‚leveringsovereenkomsten’ onmiddellijk door nieuwe te vervangen”.
- 154 Artikel 3 van verordening nr. 17 vormt wel degelijk een geldige rechtsgrondslag. De door dit artikel aan de Commissie verleende bevoegdheid moet immers op de

meest doeltreffende wijze en zo goed mogelijk aangepast aan de omstandigheden van elk geval worden uitgeoefend (zie beschikking Hof van 17 januari 1980, zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1980, blz. 119).

155 Deze bevoegdheid houdt in, dat zij het recht heeft de ondernemingen bepaalde bevelen tot doen of tot nalaten te geven om een einde te maken aan de inbreuk. De bijzondere verplichtingen die aldus worden opgelegd, worden bepaald door de eisen die het herstel van de wettelijkheid stelt. Bovendien machtigt artikel 3 van verordening nr. 17 haar, alle maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om een einde te maken aan de vastgestelde inbreuk, en dit kunnen zowel positieve als negatieve maatregelen zijn (zie arrest Hof van 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/89, C-117/89 en C-125/89-C-129/89, Ahlström Osa-keyhtiö e. a. („houtslip”), Jurispr. 1993, blz. I-1307).

156 In het onderhavige geval wordt het in artikel 4 van de beschikking vervatte verbod gerechtvaardigd door de noodzaak te beletten dat het verbod van artikel 1 van de beschikking wordt omzeild. Zonder artikel 4 van de beschikking zou verzoekster namelijk te allen tijde via verordening nr. 1984/83 een groepsvrijstelling kunnen krijgen voor nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten. De Commissie voegt eraan toe, dat het verbod accessoir is en enkel tot doel heeft, te voorkomen dat de administratieve procedure die tot de weigering van individuele vrijstelling heeft geleid, nodeloos wordt herhaald. Artikel 4 van de beschikking gaat niet verder dan nodig is om de toestand weer in overeenstemming te brengen met het Verdrag.

157 Ten slotte betoogt de Commissie, dat artikel 3 van de beschikking de logische consequentie trekt uit het verbod van de leveringsovereenkomsten. De aanvullende kennisgeving die verzoekster aan haar medecontractanten moet doen, is in het belang van de opgelegde verzaking, want daardoor wordt de nodige openheid van zaken gegeven.

Beoordeling rechtens

- 158 Om te beginnen dient aandacht te worden besteed aan verzoeksters stelling, dat artikel 3 van verordening nr. 17 geen rechtsgrondslag biedt voor artikel 3 van de beschikking van de Commissie, volgens hetwelk verzoekster gehouden is „binnen drie maanden na kennisgeving van deze beschikking de wederverkopers waarmee zij overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, heeft gesloten die nog van kracht zijn, van de bewoordingen van de artikelen 1 en 2 in kennis te stellen en hen op de nietigheid van de betrokken overeenkomsten te wijzen”. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat artikel 3 van verordening nr. 17 bepaalt: „Indien de Commissie (...) een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen of ondernemingsverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.” Dit artikel verleent de Commissie ook de bevoegdheid een kennisgeving als die van artikel 3 van de beschikking te eisen om efficiënte toepassing van de beschikking te verzekeren. Aangezien het bovendien gaat om een bepaling die in overeenstemming is met de administratieve praktijk van de Commissie op dit gebied, dient verzoeksters grief inzake de geldigheid van artikel 3 van de beschikking te worden afgewezen.
- 159 Met betrekking tot de vraag, of artikel 4 van de beschikking, waarbij verzoekster wordt verboden overeenkomsten te sluiten als die welke in artikel 1 van de beschikking strijdig met artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn geacht, rechtsgrondslag mist, is het Gerecht van oordeel, dat het in rechtsoverweging 158 genoemde artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie slechts de bevoegdheid verleent, bestaande exclusiviteitsovereenkomsten te verbieden, indien deze onverenigbaar zijn met de mededingingsregels.
- 160 Met betrekking tot het herstel van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten dient erop te worden gewezen, dat volgens de rechtspraak betreffende artikel 85, lid 1, zelfs wanneer bij onderzoek van alle op de relevante markt gesloten

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

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

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

163 Bovendien is het in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, een van de grondbeginselen van het gemeenschapsrecht, bepaalde ondernemingen voor de

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

164 Om al deze redenen is het Gerecht van oordeel, dat het aangevoerde middel gegrond is. Mitsdien moet artikel 4 van de beschikking nietig worden verklaard.

165 Uit het voorgaande volgt, dat het beroep moet worden verworpen, behalve voor zover het strekt tot nietigverklaring van artikel 4 van de beschikking.

Kosten

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

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

rechtdoende:

- 1) Verklaart nietig artikel 4 van beschikking 93/405/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (Zaken IV/31.533 en IV/34.072).
- 2) Verwerpt het beroep voor het overige.
- 3) Verstaat dat verzoekster alle kosten van de onderhavige instantie, daaronder begrepen de kosten die op het kort geding zijn gevallen en de kosten van interveniënte, met uitzondering van een vierde van alle kosten van verweerster, zal dragen.
- 4) Verstaat dat verweerster een vierde van haar eigen kosten zal dragen.

Vesterdorf

Barrington

Saggio

Kirschner

Kalogeropoulos

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 juni 1995.

De griffier

De president

H. Jung

B. Vesterdorf

II - 1672

Inhoud

De aan het beroep ten grondslag liggende feiten	II - 1617
Procedure	II - 1621
Conclusies van partijen	II - 1624
Het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag	II - 1625
Het eerste onderdeel: de afbakening van de markt	II - 1625
De produktmarkt	II - 1625
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1626
Beoordeling rechtens	II - 1630
De geografische markt	II - 1635
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1635
Beoordeling rechtens	II - 1636
Het tweede onderdeel: de gevolgen van de exclusieve afnameovereenkomsten voor de mededinging	II - 1637
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1637
Beoordeling rechtens	II - 1641
Het derde onderdeel: de gestelde verplichting van de Commissie om de afzonderlijke overeenkomsten aldus te splitsen, dat een deel daarvan niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt	II - 1647
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1647
Beoordeling rechtens	II - 1648
Het middel inzake schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II - 1650
Het eerste onderdeel: de gestelde verplichting van de Commissie om niet af te wijken van de in haar administratieve brief vervatte beoordeling	II - 1650
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1650
Beoordeling rechtens	II - 1653
Het tweede onderdeel: de stelling dat de omstreden overeenkomsten in aanmerking komen voor een groepsvrijstelling	II - 1656
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1656
Beoordeling rechtens	II - 1657
	II - 1673

Het derde onderdeel: de vraag of de leveringsovereenkomsten voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag	II - 1658
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1658
Beoordeling rechtens	II - 1662
Het middel inzake schending van artikel 3 van verordening nr. 17	II - 1666
Summiere uiteenzetting van de argumenten van partijen	II - 1666
Beoordeling rechtens	II - 1669
Kosten	II - 1671