

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

23 oktober 2003 \*

In zaak T-65/98,

**Van den Bergh Foods Ltd**, voorheen HB Ice Cream Ltd, gevestigd te Dublin (Ierland), vertegenwoordigd door M. Nicholson en M. Rowe, solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

\* Procestaal: Engels.

ondersteund door

**Masterfoods Ltd**, gevestigd te Dublin (Ierland), vertegenwoordigd door P. G. H. Collins, solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en door

**Richmond Frozen Confectionery Ltd**, voorheen Treats Frozen Confectionery Ltd, gevestigd te Northallerton (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. S. Forrester, QC, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

intervenienten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking 98/531/EG van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (zaken IV/34.073, IV/34.395 & IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (PB L 246, blz. 1),

wijst

**HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG** (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: R. García-Valdecasas, kamerpresident, P. Lindh en J. D. Cooke, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 3 oktober 2002,

het navolgende

## Arrest

### De feiten van het geding

- 1 Het onderhavige beroep strekt tot nietigverklaring van beschikking 98/531/EG van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (zaken IV/34.073, IV/34.395 & IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (PB L 246, blz. 1; hierna: „litigieuze beschikking”).
- 2 Van den Bergh Foods Ltd (hierna: „HB”), een 100 % dochtermaatschappij van de Unilever-groep, is de voornaamste producent van consumptie-ijs in Ierland, in het bijzonder van afzonderlijk verpakte porties impulsijs. Sinds enkele jaren stelt HB de detailhandelaren van consumptie-ijs „gratis” of tegen een geringe huurprijs vrieskisten ter beschikking, die haar eigendom blijven. Voorwaarde daarbij is, dat de vrieskisten uitsluitend worden gebruikt om door HB geleverd consumptie-ijs op te slaan (hierna: „exclusiviteitsbeding”). Blijkens de bepalingen van het modelcontract inzake de vrieskisten, kan deze overeenkomst op elk moment door een van de partijen worden opgezegd mits een opzegtermijn van twee maanden in acht wordt genomen. HB onderhoudt haar vrieskisten op haar kosten behoudens in geval van nalatigheid van de detailhandelaar.
- 3 Masterfoods Ltd (hierna: „Mars”), een dochteronderneming van de Amerikaanse vennootschap Mars Inc., betrad in 1989 de Ierse consumptie-ijsmarkt.

- 4 In de zomer van 1989 gingen talrijke detailhandelaren die over door HB verstrekte vrieskisten beschikten, ertoe over om daarin producten van Mars te bewaren en aan te bieden. Daarop vorderde HB nakoming van het exclusiviteitsbeding.
- 5 In maart 1990 heeft Mars bij de High Court (Ierland) een vordering ingediend die onder meer ertoe strekte vast te stellen, dat het exclusiviteitsbeding nietig was ingevolge het nationale recht en de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans artikelen 81 EG en 82 EG). Daarop heeft HB een afzonderlijke vordering ingediend, ertoe strekkende Masterfoods te verbieden detailhandelaren ertoe aan te zetten het exclusiviteitsbeding te overtreden.
- 6 In april 1990 heeft de High Court een beschikking in kort geding ten gunste van HB gegeven.
- 7 Op 28 mei 1992 heeft de High Court ten principale beslist op de vorderingen van Mars en HB. Het heeft de vordering van Mars verworpen en ten gunste van HB Mars verboden, detailhandelaren ertoe aan te zetten haar producten in vrieskisten van HB te bewaren.
- 8 Mars heeft op 4 september 1992 hoger beroep tegen deze beschikking ingesteld bij de Supreme Court (Ierland). Deze rechterlijke instantie heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof van Justitie drie prejudiciële vragen te stellen (zie hierna punt 30), welke zijn behandeld in het arrest van het Hof van 14 december 2000, Masterfoods en HB (C-344/98, Jurispr. blz. I-11369). Op de datum van het onderhavige arrest is de zaak nog steeds aanhangig bij de Supreme Court.
- 9 Parallel aan deze gerechtelijke procedures bij de Ierse rechterlijke instanties heeft Mars op 18 september 1991 krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de arti-

kelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), bij de Commissie een klacht tegen HB ingediend. Deze klacht had betrekking op het feit, dat HB aan een groot aantal detailhandelaren vrieskisten ter beschikking had gesteld die uitsluitend voor producten van dat merk mochten worden gebruikt.

- 10 Op 22 juli 1992 heeft ook Valley Ice Cream (Ireland) Ltd bij de Commissie een klacht tegen HB ingediend.
- 11 Op 29 juli 1993 heeft de Commissie zich in de tot HB gerichte mededeling van punten van bezwaar op het standpunt gesteld, dat het distributiestelsel van deze onderneming in strijd was met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (hierna: „mededeling van punten van bezwaar van 1993”).
- 12 Na besprekingen met de Commissie heeft HB, ofschoon zij het standpunt van de Commissie betwistte, wijzigingen van onder meer haar distributiestelsel voorgesteld, met het oog op een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Op 8 maart 1995 zijn deze wijzigingen betekend aan de Commissie, die in een persmededeling van 10 maart 1995 te kennen heeft gegeven dat HB daardoor op het eerste gezicht in aanmerking kon komen voor een ontheffing. Op 15 augustus 1995 is een mededeling overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB C 211, blz. 4) bekendgemaakt.
- 13 Van mening dat de wijzigingen niet het verwachte resultaat in de zin van vrije toegang tot de verkooppunten hadden opgeleverd, heeft de Commissie op 22 januari 1997 een nieuwe mededeling van punten van bezwaar tot HB gericht (hierna: „mededeling van punten van bezwaar van 1997”). HB heeft haar standpunt inzake de aangevoerde punten van bezwaar meegedeeld.

- 14 Op 11 maart 1998 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven.

### De litigieuze beschikking

- 15 De Commissie stelt in de litigieuze beschikking dat de HB-distributieovereenkomsten die een exclusiviteitsbeding bevatten, niet stroken met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Zij definieert de relevante productmarkt als die van afzonderlijk verpakte porties impulsijs en de relevante geografische markt als Ierland (punten 138 en 140 van de considerans). Zij stelt vast dat de positie van HB op de relevante markt bijzonder sterk is, hetgeen onder meer blijkt uit haar marktaandeel gedurende vele jaren (zie hierna, punt 21). Deze sterke positie blijkt verder uit de numerieke (79 %) en gewogen (94 %) distributie van de in geding zijnde producten van HB in de maanden augustus en september 1995, alsmede uit de sterkte van het merk en het brede assortiment en de populariteit ervan. De positie van HB op deze markt wordt bovendien versterkt door de sterke positie van Unilever, niet alleen op de andere consumptie-ijsmarkten in Ierland (meeneemijs en horeca-ijs), maar ook op de internationale consumptie-ijsmarkten en op de markten voor diepvrieslevensmiddelen en consumentenproducten in het algemeen (punt 141 van de considerans).
- 16 De Commissie merkt op dat alle distributieovereenkomsten van HB met betrekking tot op verkooppunten geplaatste vrieskisten tot gevolg hebben dat de mogelijkheid van de detailhandelaren die deze overeenkomsten hebben gesloten om in hun winkels impulsproducten van concurrerende leveranciers te bewaren en te koop aan te bieden, beperkt is wanneer de enige vrieskist voor het bewaren van impulsijs op het verkooppunt is geplaatst door HB, wanneer het onwaarschijnlijk is dat de aanwezige HB-vrieskist wordt vervangen door een vrieskist die eigendom is van de detailhandelaar of door een vrieskist die door een concurrent van HB wordt verstrekt, en wanneer het economisch niet rendabel is om een bijkomende vrieskist te plaatsen. Deze beperking heeft volgens de Commissie tot gevolg, dat concurrerende leveranciers wordt verhinderd hun producten aan deze verkooppunten te verkopen, waardoor de mededinging tussen de leveranciers op de relevante markt wordt beperkt (punt 143 van de considerans). De Commissie heeft daarbij geen rekening gehouden met de

beperkende gevolgen van elke afzonderlijke overeenkomst, maar veeleer met de gevolgen van de categorie overeenkomsten die voldoen aan de hiervóór genoemde voorwaarden en een herkenbaar onderdeel zijn van het volledige net van HB's vrieskistovereenkomsten. Volgens de Commissie is de beoordeling van de mededingingsbeperkende gevolgen van dat onderdeel van HB's net dan evenzeer van toepassing op elk van de overeenkomsten die tot dat onderdeel behoren. Bij de beoordeling van deze mededingingsbeperkende gevolgen is rekening gehouden met de gevolgen van alle vergelijkbare netten van vrieskistovereenkomsten die door de andere consumptie-ijsleveranciers op de relevante markt zijn gesloten alsook met andere voorwaarden die deze markt kenmerken (punten 144 en 145 van de considerans)

- 17 De Commissie heeft vervolgens de beperkende gevolgen van de distributieovereenkomsten van HB gekwantificeerd, teneinde aan te tonen dat zij aanzienlijk zijn. Zij merkt in dat verband op dat de beperkende gevolgen van netten van overeenkomsten waarbij een vrieskist wordt verstrekt die uitsluitend is voorbehouden aan de producten van de leverancier, voortvloeien uit het onvermijdelijke plaatsgebrek op de verkooppunten. Het gemiddelde aantal vrieskisten op een verkooppunt bedraagt volgens een marktonderzoek door Lansdowne Market Research Ltd in 1996 anderhalf (hierna: „onderzoek door Lansdowne”), ofschoon het optimale aantal vrieskisten dat nodig is op een verkooppunt op het hoogtepunt van het seizoen volgens de detailhandelaren 1,57 bedraagt (punt 147 van de considerans).
- 18 De Commissie stelt dat slechts een klein aantal detailhandelaren in Ierland, namelijk 17 % volgens het onderzoek door Lansdowne, in het bezit is van andere dan exclusiviteitsvrieskisten. Deze verkooppunten kunnen „open” verkooppunten worden genoemd in die zin, dat het de detailhandelaren vrijstaat impulsiefs van om het even welke producent in voorraad te nemen (punt 148 van de considerans). Wat de andere verkooppunten betreft — 83 % volgens het onderzoek door Lansdowne — waarop de leveranciers vrieskisten hebben geplaatst, is de Commissie van mening dat de andere leveranciers er geen rechtstreekse toegang toe kunnen hebben met het oog op de afzet van hun producten zonder eerst aanzienlijke belemmeringen te overwinnen. Zij stelt dat aldus „nieuwkomers van het verkooppunt uitgesloten” zijn en dat hoewel „deze uitsluiting niet absoluut is in die zin dat het de detailhandelaar niet contractueel is verboden om producten van andere leveranciers te verkopen, [...] er toch sprake [is] van een afgeschermd verkooppunt, daar de toegang tot het verkooppunt voor concurrerende leveranciers ten zeerste wordt bemoeilijkt” (punt 149 van de considerans).

- 19 De Commissie stelt vast dat op ongeveer 40 % van alle verkooppunten in Ierland, alle vrieskisten voor het bewaren van impulsijs zijn verstrekt door HB (punt 156 van de considerans). Zij merkt op dat een „leverancier die voor de verkoop van zijn impulsijsproducten toegang wenst te krijgen tot een verkooppunt (dat wil zeggen een ‚nieuwkomer‘ voor het verkooppunt), waar zich ten minste één exclusiviteitsvrieskist bevindt, [...] hierin slechts [slaagt] wanneer dit verkooppunt één of meer andere dan exclusiviteitsvrieskisten heeft [...], of wanneer hij de detailhandelaar ertoe kan brengen een reeds geplaatste exclusiviteitsvrieskist te vervangen, dan wel een extra vrieskist te plaatsen naast de reeds aanwezige exclusiviteitsvrieskist(en)” (punt 157 van de considerans). Op basis van het onderzoek door Lansdowne is zij van mening (punten 158-183 van de considerans) dat het onwaarschijnlijk is dat detailhandelaren een van beide maatregelen nemen wanneer zij een of meer door HB verstrekte vrieskisten bezitten en concludeert zij dat 40 % van de betrokken verkooppunten de facto met HB zijn verbonden (punt 184 van de considerans). De toegang van concurrerende leveranciers tot deze verkooppunten is bijgevolg afgesneden, zulks met miskennis van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 20 In de litigieuze beschikking is ook vastgesteld dat de overeenkomsten die een exclusiviteitsbeding bevatten, niet in aanmerking komen voor een ontheffing op basis van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, aangezien zij niet bijdragen tot een verbetering van de distributie van producten (punten 222-238 van de considerans), de gebruiker geen billijk aandeel in de eruit voortvloeiende voordelen geven (punten 239 en 240 van de considerans), niet onmisbaar zijn voor de verwezenlijking van de gestelde voordelen (punt 241 van de considerans) en HB de mogelijkheid geven de mededinging op de relevante markt grotendeels uit te schakelen (punten 242-246 van de considerans).
- 21 Wat de toepassing van artikel 86 van het Verdrag betreft, is de Commissie van mening dat HB een machtspositie op de relevante markt inneemt, met name op grond dat HB sinds lang een marktaandeel, in volume en waarde, van 75 % van die markt heeft (punten 259 en 261 van de considerans).
- 22 Volgens de Commissie maakt HB misbruik van „haar machtspositie op de relevante markt [...], omdat zij detailhandelaren [...], die niet zelf over een (gekochte of door een andere leverancier verstrekte) vrieskist beschikken voor de



opslag van impulsijs, aanzet tot het sluiten van vrieskistovereenkomsten op voorwaarde van exclusiviteit”, en bestaat deze schending van artikel 86 „in het aanbod om een vrieskist aan detailhandelaren te leveren en het onderhoud daarvan te verzorgen zonder dat deze detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding hoeven te betalen” (punt 263 van de considerans).

23 In de litigieuze beschikking:

- verklaart de Commissie dat het exclusiviteitsbeding in de tussen HB en detailhandelaren in Ierland gesloten vrieskistovereenkomsten betreffende de plaatsing van vrieskisten op verkooppunten die uitsluitend beschikken over een of meer door HB geleverde vrieskisten voor de opslag van afzonderlijk verpakte porties impulsijs en geen eigen of door een andere producent van consumptie-ijs beschikbaar gestelde vrieskist(en) bezitten, een inbreuk vormt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag (artikel 1 van het dispositief);
- wijst zij HB's verzoek om ontheffing van het in artikel 1 omschreven exclusiviteitsbeding op grond van artikel 85, lid 3, af (artikel 2 van het dispositief);
- verklaart zij dat HB inbreuk maakt op artikel 86 van het Verdrag, doordat zij detailhandelaren in Ierland die geen eigen of door een andere producent van consumptie-ijs beschikbaar gestelde vrieskist(en) bezitten, aanzet tot het sluiten van vrieskistovereenkomsten op voorwaarde van exclusiviteit, door deze detailhandelaren aan te bieden zonder enige directe vergoeding een of meer vrieskisten voor de opslag van afzonderlijk verpakte porties impulsijs beschikbaar te stellen en het onderhoud van deze vrieskist(en) te verzorgen (artikel 3 van het dispositief);

- gelast zij HB, onmiddellijk een einde te maken aan de in de artikelen 1 en 3 omschreven inbreuken en zich te onthouden van enige maatregel die eenzelfde doel of gevolg heeft (artikel 4 van het dispositief);
  
- gelast zij HB, binnen drie maanden na kennisgeving van deze beschikking de detailhandelaren met wie zij thans vrieskistovereenkomsten heeft die in de in artikel 1 beschreven zin een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen, van de volledige bewoordingen van de artikelen 1 en 3, alsmede van de nietigheid van deze exclusiviteitsbedingen in kennis te stellen (artikel 5 van het dispositief).

### Procesverloop en conclusies van partijen

- 24 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 april 1998, heeft HB krachtens artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230, vierde alinea, EG) verzocht om nietigverklaring van de litigieuze beschikking.
- 25 Bij afzonderlijke akte, op dezelfde dag ter griffie ingeschreven, heeft HB krachtens artikel 185 EG-Verdrag (thans artikel 242 EG) tevens verzocht om opschorting van de uitvoering van deze beschikking totdat het Gerecht ten gronde uitspraak zal hebben gedaan.
- 26 Bij verzoekschriften neergelegd ter griffie van het Gerecht op respectievelijk 29 april en 8 mei 1998 hebben Mars en Treats Frozen Confectionery Ltd, in de loop van het geding Richmond Frozen Confectionery Ltd geworden (hierna: „Richmond”), verzocht in de onderhavige procedure te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusie van de Commissie.

- 27 De verzoeken tot tussenkomst zijn overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht aan partijen betekend.
- 28 Bij faxbericht, ingekomen ter griffie op 13 mei 1998, heeft HB verklaard dat zij geen bezwaar had tegen het verzoek tot tussenkomst van Mars, maar heeft zij zich daarentegen verzet tegen de tussenkomst van Richmond wegens onvoldoende belang bij de oplossing van het geding. HB heeft verzocht, dat partijen die wensten tussen te komen slechts een gezuiverde versie van haar verzoekschrift en van de litigieuze beschikking zou worden meegedeeld. Daartoe heeft zij de gegevens opgesomd die volgens haar geheim of vertrouwelijk waren.
- 29 Bij afzonderlijke akten, neergelegd ter griffie op 14 mei 1998, heeft de Commissie verklaard zich niet te verzetten tegen de twee verzoeken tot tussenkomst. Aangaande verzoeksters verzoek om vertrouwelijke behandeling, heeft zij op 18 mei 1998 een aantal voorbehouden gemaakt.
- 30 Bij beschikking van 16 juni 1998, ingekomen bij het Hof op 21 september daaraanvolgend, heeft de Supreme Court krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 222 EG-Verdrag (thans artikel 295 EG). Deze zaak is ingeschreven onder nummer C-344/98.
- 31 Bij beschikking van 7 juli 1998, Van den Bergh Foods/Commissie (T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641), heeft de president van het Gerecht de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking opgeschort tot de uitspraak van het arrest van het Gerecht in de onderhavige zaak, en de beslissing omtrent de kosten aangehouden.

- 32 Bij beschikking van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 2 maart 1999, is Mars en Richmond toestemming verleend om in het onderhavige geding tussen te komen ter ondersteuning van de conclusie van de Commissie. Bij dezelfde beschikking zijn de door HB ingediende verzoeken om vertrouwelijke behandeling gedeeltelijk ingewilligd. Een niet-vertrouwelijke versie van de processtukken is aan interveniënten betekend.
- 33 Bij beschikking van 28 april 1999 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht de behandeling van de onderhavige zaak overeenkomstig artikel 47, derde alinea, van 's Hofs Statuut geschorst tot de uitspraak van het arrest van het Hof in zaak C-344/98.
- 34 Op 14 december 2000 heeft het Hof voornoemd arrest Masterfoods en HB gewezen. Bij brieven van de griffie van 1 februari 2001 is partijen verzocht opmerkingen in te dienen over de gevolgen van dit arrest voor de onderhavige zaak. De Commissie en HB hebben op respectievelijk 15 en 27 februari 2001 hun opmerkingen ter griffie ingediend. Op 13 maart 2001 heeft Mars haar memorie in interventie in de onderhavige zaak ingediend, met inbegrip van opmerkingen over de gevolgen van het arrest van het Hof. Richmond heeft ervan afgezien een memorie in interventie in te dienen.
- 35 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.
- 36 Partijen zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 3 oktober 2002.

37 HB concludeert dat het Gerecht behage:

- de litigieuze beschikking in haar geheel nietig te verklaren;
- subsidiair, de passages van de litigieuze beschikking die het Gerecht onregelmatig of ongegrond acht nietig te verklaren;
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

38 De Commissie concludeert dat het Gerecht behage:

- het beroep ongegrond te verklaren;
- HB in de kosten te verwijzen.

39 Mars concludeert dat het Gerecht behage:

- het beroep ongegrond te verklaren;

— HB in de kosten van Mars te verwijzen.

40 Ter terechtzitting heeft Richmond geconcludeerd dat het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— HB in de kosten te verwijzen.

### In rechte

41 HB beroept zich ter ondersteuning van haar vordering tot nietigverklaring op zeven middelen, die zijn ontleend aan, in de eerste plaats, kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten, leidend tot dwaling ten aanzien van het recht, in de tweede plaats, schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, in de derde plaats, schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, in de vierde plaats, schending van artikel 86 van het Verdrag, in de vijfde plaats, schending van eigendomsrechten met miskenning van algemene rechtsbeginselen en van artikel 222 van het Verdrag, in de zesde plaats, schending van artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) en, in de zevende plaats, miskenning van de fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht en schending van wezenlijke vormvereisten. Het Gerecht is van oordeel dat het eerste en het tweede middel samen moeten worden onderzocht.

*Het eerste en het tweede middel, ontleend aan kennelijk onjuiste beoordelingen van de feiten en schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

Argumenten van partijen

- 42 HB voert aan dat de litigieuze beschikking gebrekkig is wegens kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten, die tot onjuiste rechtsopvattingen leidt. Volgens haar zijn partijen het niet oneens over de feiten, maar veeleer over de eraan te verbinden conclusies.
- 43 HB is van mening dat de vrieskistexclusiviteit niet kan worden beschouwd als een exclusiviteit die aan het verkooppunt wordt opgelegd (punt 184 van de considerans van de litigieuze beschikking), aangezien de detailhandelaren het recht hebben de overeenkomst die hen aan HB bindt, op te zeggen, of naast de vrieskisten van HB nieuwe vrieskisten te plaatsen die niet aan HB toebehoren indien nieuwe en aantrekkelijke producten worden aangeboden of indien zij niet meer tevreden zijn over het assortiment producten dan wel het niveau van de dienstverlening van HB. Uit het arrest van het Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie (T-7/93, Jurispr. blz. II-1533), blijkt dat de duur van een overeenkomst relevant is om de graad van afscherming van de markt te beoordelen. Volgens HB zijn de vrieskistovereenkomsten immers geen overeenkomsten van onbepaalde duur, omdat de detailhandelaren deze op elk moment kunnen opzeggen. Dat de vrieskisten zelden worden vervangen, bewijst eenvoudigweg dat de detailhandelaren die over deze vrieskisten beschikken, er tevreden over zijn en niet dat de verkooppunten er afhankelijk van zijn.
- 44 Volgens HB blijkt uit alle bewijsmiddelen dat de overgrote meerderheid van de detailhandelaren, waarvan de Commissie stelt dat zij zijn afgeschermd wegens de exclusiviteit van de HB-vrieskist, in feite uitdrukkelijk voor deze exclusiviteit hebben gekozen en er daarmee de voorkeur aan hebben gegeven boven alle andere mogelijkheden voor het bewaren en verkopen van impulsijs. Hieruit volgt dat de Commissie niet had moeten concluderen dat het vrieskistexclusiviteitsbeding de relevante markt in strijd met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag

afschermt. Volgens haar heeft de Commissie niet aangetoond dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de exclusiviteit van de HB-vrieskist en de populariteit van haar producten, in die zin dat een dergelijk verband blijkt uit het feit dat producten van de concurrenten slechts in beperkte mate tot de relevante markt zijn doorgedrongen. De detailhandelaren zijn bereid om nieuwe producten in te slaan, wanneer de consument daarom vraagt. De feiten tonen evenwel aan dat de beperkte aanwezigheid van de concurrenten van HB niet te wijten is aan een eventuele afscherming van de markt door het exclusiviteitsbeding, maar aan de omstandigheid dat hun producten niet voldoende aantrekkelijk voor de consument zijn gebleken.

- 45 HB voert aan dat de Commissie de marktafscherming onjuist heeft beoordeeld. Zij had immers een onderscheid moeten maken tussen de verkooppunten die ingevolge bepalingen van een distributieovereenkomst geen enkele keuzevrijheid hebben, en die welke commerciële keuzevrijheid hebben en deze hebben uitgeoefend na inhoudelijke beoordeling van aanbiedingen door aanwezige concurrenten. Alleen de eerste kunnen als afgeschermd worden beschouwd. De Commissie is in feite ervan uitgegaan dat verkooppunten die enkel HB-vrieskisten hebben, ongeacht hun aantal, afgeschermd zijn. HB verduidelijkt dat zij de beweerde absolute gebiedsbescherming of elke andere in casu gestelde mededingingsbeperking niet wenst te rechtvaardigen, maar dat zij integendeel aanvoert dat alle bewijsmiddelen aantonen dat de beperkte aanwezigheid van haar concurrenten op de markt te danken is aan het feit dat zij de detailhandelaren en de consument voldoening schenkt. De Commissie heeft evenwel geen andere verklaringen gezocht voor het relatieve falen van de concurrenten van HB.

- 46 Volgens HB toont een ander element aan dat de redenering van de Commissie inzake de afscherming van de markt gebrekkig is. Gesteld dat het bestaan van een „verband” voortvloeiend uit de vrieskistovereenkomsten tussen HB en de detailhandelaren zou worden aangetoond, dan moet volgens HB rekening worden gehouden met het feit dat de graad van afscherming van de markt geen 40 % bedraagt, zoals gesteld in het onderzoek door Lansdowne, maar hooguit 6 %.



Om de afschermingsgraad van de relevante markt te berekenen moeten volgens HB, die zich baseert op verschillende gegevens in het onderzoek door Lansdowne, hoe dan ook de volgende drie categorieën van verkooppunten van de berekening worden uitgesloten:

- de verkooppunten waar minstens twee HB-vrieskisten zijn geplaatst, die per definitie over de nodige ruimte beschikken en waarvoor een tweede vrieskist rendabel is (6 % van de verkooppunten);
  
- de verkooppunten waar de detailhandelaar niet geïnteresseerd is in het inslaan van een ander merk consumptie-ijs dan HB, aangezien er dan geen voldoende oorzakelijk verband is tussen de praktijk van het ter beschikking stellen van een HB-vrieskist en het feit dat een concurrent er niet in slaagt toegang tot de markt te krijgen (27 % van de verkooppunten);
  
- de verkooppunten waar de detailhandelaar geïnteresseerd is in het inslaan van andere merken consumptie-ijs dan HB en een andere vrieskist kan plaatsen, of de HB-vrieskist door twee kleinere vrieskisten dan wel door een eigen vrieskist kan vervangen (2 tot 5 % van de verkooppunten).

<sup>47</sup> Derhalve is HB van mening dat bij de berekening van de graad van afscherming van de markt enkel rekening dient te worden gehouden met de verkooppunten waar de detailhandelaar van merk zou willen veranderen, maar dat niet kan. De litigieuze beschikking gaat dan ook uit van een overdreven simplistische opvatting over de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die in strijd is met de rechtsontwikkelingen van de laatste jaren. HB voert tevens aan dat de Commissie de ruimte waarover de detailhandelaren moeten beschikken, overschat.

- 48 HB merkt bovendien op dat haar berekening van de werkelijke afscherming van de markt wordt gestaafd door andere gegevens in verband met de ontwikkeling van de relevante markt. Zij is met name van mening dat minstens vijf producenten op de relevante markt vertegenwoordigd zijn en dat andere dan zijzelf, waaronder nieuwe marktdeelnemers, erin zijn geslaagd een in numeriek en gewogen opzicht goed distributieniveau te halen.
- 49 HB betwist de conclusie in de litigieuze beschikking, dat de verstrekking van exclusiviteitsvriescisten een financiële belemmering vormt voor de toegang of de groei van leveranciers en de kosten van toegang van concurrenten tot de relevante markt doet toenemen, omdat nieuwe marktdeelnemers niet anders kunnen dan ook vriescisten ter beschikking stellen en onderhouden. HB voert aan dat deze praktijk nodig is om haar concurrenten te beletten, haar vriescisten te gebruiken om hun producten op te slaan zonder in eigen vriescisten te hoeven investeren.
- 50 Volgens HB impliceert de terbeschikkingstelling, tegen betaling van een afzonderlijke huur, van vriescisten aan de impulsijnsindustrie in Ierland, dat een beroep wordt gedaan op haar logistieke en andere middelen, die niet in geld kunnen worden uitgedrukt. Bovendien is HB vanuit mededingingsoogpunt benadeeld aangezien zij niet alleen vriescisten die voor haar eigen activiteiten bestemd zijn in de boekhouding moet opnemen, maar ook die welke bestemd zijn voor de activiteiten van detailhandelaren en concurrenten.
- 51 HB betwist de stelling van de Commissie in punt 198 van de considerans van de litigieuze beschikking dat de prijsconcurrentie kan lijden onder het feit dat de mededinging in de sector van de impulsproducten overwegend binnen het verkooppunt plaatsvindt, en dat de mededinging tussen merken wordt beperkt op de verkooppunten die slechts één van die merken aanbieden. Zij merkt op dat hoe dan ook ongeveer 44 % van de verkooppunten twee merken consumptie-ijs inslaat.

- 52 HB is van mening dat voor een juiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof, de rule of reason dient te worden gehanteerd. Volgens haar moet immers een onderscheid worden gemaakt tussen beperkingen van gedrag en beperkingen van mededinging. Elke overeenkomst beperkt noodzakelijkerwijze in zekere mate het gedrag, maar niet noodzakelijkerwijze de mededinging. Het is dan ook duidelijk dat de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag noodzakelijkerwijze een kwalitatieve beoordeling inhoudt van elke beperking van het gedrag.
- 53 HB voert tevens aan dat in het licht van de redenering op grond van de rule of reason, artikel 85 van het Verdrag niet van toepassing is op de met de detailhandelaren gesloten vrieskistovereenkomsten, omdat duidelijk is dat het exclusiviteitsbeding nodig is om haar alle voordelen uit het stelsel te laten halen. Bovendien beperkt dit beding de mededinging niet op onredelijke wijze. De exclusiviteit heeft immers enkel betrekking op de vrieskisten en de overeenkomst zelf kan op elk moment worden opgezegd (zie hiervóór punt 43). Zij merkt op dat het Hof in zijn arrest van 28 januari 1986, Pronuptia (161/84, Jurispr. blz. 353), heeft verklaard dat over bijzondere vormen van distributie, in casu een stelsel van verkoopfranchising, kan worden onderhandeld in het stadium van de beschikking inzake de eventuele toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Het gemeenschapsrecht erkent tevens sinds lang dat bij het onderzoek of artikel 85, lid 1, van het Verdrag op een bepaald geval kan worden toegepast, rekening dient te worden gehouden met de aard van het product dat onder de overeenkomst valt (arrest Hof van 30 juni 1966, Société Technique Minière, 56/65, Jurispr. blz. 337, 361 en 362).
- 54 In de litigieuze beschikking is erkend dat het stelsel van gratis verstrekking van vrieskisten zowel de detailhandelaar als de leverancier voordelen biedt (punt 224 van de considerans) en op grote schaal wordt toegepast in Europa (punt 21 van de considerans). HB beklemtoont tevens dat het exclusiviteitsbeding de detailhandelaar geen geografische exclusiviteit toekent en er niet toe heeft bijgedragen Mars of andere concurrenten de toegang tot de relevante markt te beletten. Dit exclusiviteitsbeding valt dus niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag als nevenrestrictie. HB herinnert eraan dat de High Court in het reeds aangehaalde

arrest Masterfoods en HB, in de punten 141 tot en met 146 en 221 tot en met 229 en meer in het bijzonder in punt 222, dezelfde redenering heeft ontwikkeld. HB beroept zich tevens op het verslag van maart 1994 van de Britse commissie voor monopolies en fusies inzake het monopolie op de impulsijmarkt in het Verenigd Koninkrijk, alsmede op verschillende rechterlijke uitspraken in de Verenigde Staten. Volgens HB wordt daarin een andere opvatting dan die van de Commissie in de litigieuze beschikking gehuldigd op het gebied van regels met betrekking tot de uitrusting van verkooppunten.

- 55 Voor het geval de rule of reason niet zou worden toegepast, voert HB aan dat het exclusiviteitsbeding evenmin op basis van het kwantitatieve element binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt, ongeacht de poging in de litigieuze beschikking om een kunstmatig ruime categorie van afgeschermden verkooppunten te doen ontstaan. Zij meent dat het arrest van het Hof van 28 februari 1991, *Delimitis* (C-234/89, Jurispr. blz. I-935), en het reeds aangehaalde arrest *Langnese-Iglo/Commissie*, vereisen dat de mededinging op de markt gedetailleerd wordt onderzocht om te beslissen of een bijzondere overeenkomst, dan wel een contractenpakket, al dan niet een zodanige graad van afscherming met zich brengt, dat zij binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Volgens HB vereisen de reeds aangehaalde arresten *Delimitis* en *Langnese-Iglo/Commissie* dat twee voorwaarden zijn vervuld opdat een markt als open kan worden beschouwd, namelijk dat toegang bestaat tot het aantal verkooppunten dat minstens nodig is voor de rendabele exploitatie van een distributiestelsel en dat concurrenten in zekere mate beschikken over de mogelijkheid hun activiteiten uit te breiden, dit wil zeggen hun marktaandeel te vergroten. HB is van mening dat „indien mededinging op de markt bestaat in die mate dat nieuwkomers de toegang niet wordt ontzegd, dit wil zeggen indien er werkelijke en specifieke mogelijkheden bestaan om de markt te betreden, er geen sprake is van afscherming in de zin van artikel 85, lid 1”. Het belang van het netwerk van soortgelijke overeenkomsten in de betrokken sector mag bovendien niet worden overdreven, omdat het „slechts één van de elementen” vormt.

- 56 Volgens HB moet het Gerecht de afscherming van de toegang tot de markt onderzoeken, alsmede de vraag of deze afscherming al dan niet aanvaardbaar is in de veronderstelling dat Mars of een andere concurrent bereid is tot vergelijkbare uitgaven voor vrieskisten als de andere marktdeelnemers. Een en ander blijkt uit punt 21 van het reeds aangehaalde arrest *Delimitis*, volgens hetwelk, alvorens te oordelen dat een concurrent de toegang tot de markt op onredelijke wijze is

ontzegd, rekening moet worden gehouden met andere strategieën om op de markt door te dringen.

- 57 Volgens HB is de relevante markt niet afgeschermd indien het kwantitatieve criterium wordt gehanteerd. Zij betoogt in de eerste plaats, aangaande de duur van de beperking, dat daar waar in het reeds aangehaalde arrest Langnese-Iglo/Commissie was aangetoond dat de overeenkomsten in die zaak voor vijf jaar waren gesloten en gemiddeld tweeënehalf jaar duurden, de vrieskistovereenkomsten op elk moment kunnen worden opgezegd (zie hiervóór punt 43).
- 58 HB merkt in de tweede plaats op dat het Gerecht in het reeds aangehaalde arrest Langnese-Iglo/Commissie zijn opvatting met betrekking tot de gevolgen van de betrokken overeenkomsten heeft gebaseerd op het feit dat de overeenkomsten de concurrerende leveranciers volledig uitsloten van de relevante verkooppunten. Bij vrieskistexclusiviteit doet een dergelijk gevolg zich daarentegen niet voor. Een concurrent kan een detailhandelaar immers van de troeven van zijn producten overtuigen en op die wijze toegang tot zijn verkooppunt krijgen.
- 59 In de derde plaats wijst HB erop dat het Gerecht in punt 105 van het reeds aangehaalde arrest Langnese-Iglo/Commissie een tweeledige test op basis van een bindingsgraad van 30 % heeft toegepast om te bepalen of sommige overeenkomsten de markt afschermen. Bijgevolg moeten de kwantitatieve criteria die door het reeds aangehaalde arrest Langnese-Iglo/Commissie in verband met de verkooppuntexclusiviteit zijn ontwikkeld, naar analogie op de vrieskistexclusiviteit worden toegepast. Volgens HB is de meest gepaste methode om deze criteria om te zetten, zich toe te spitsen op de detailhandelaren die slechts één HB-vrieskist hebben en geen plaats hebben voor een tweede, of menen dat de investering in een vrieskist niet economisch haalbaar is. Volgens het onderzoek door Lansdowne is het voor 47 % van de verkooppunten, die meer dan 80 % van het totale omzetcijfer voor consumptie-ijs vertegenwoordigen, uitvoerbaar om te beschikken over een vrieskist die aan de detailhandelaar zelf toebehoort.

- 60 HB meent dan ook dat de Commissie niet heeft aangetoond dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de vrieskistexclusiviteit en de problemen voor de leveranciers of nieuwe marktdeelnemers om op de markt door te dringen. Zij concludeert hieruit dat, aangezien de markt niet is afgeschermd in de zin van de in het arrest Langnese-Iglo/Commissie vastgestelde criteria, het niet nodig is over te gaan tot het tweede onderzoeksstadium, waarin wordt onderzocht in hoeverre de betrokken overeenkomst bijdraagt tot de totale graad van afscherming van de relevante markt. Het reeds aangehaalde arrest Langnese-Iglo/Commissie suggereert immers dat de Commissie de economische en juridische elementen moet beklemtonen die volgens haar leiden tot een aanmerkelijke afscherming van de consumptie-ijsmarkt.
- 61 De Commissie, ondersteund door interveniënten, is van mening dat het exclusiviteitsbeding in strijd is met artikel 85 van het Verdrag doordat het de vrijheid van de detailhandelaren beperkt en de toegang tot de markt belemmert. Zij voert aan dat het beding een feitelijke band vormt voor twee categorieën van detailhandelaren, namelijk „die welke een bijkomende vrieskist kunnen plaatsen of die welke een reeds aanwezige vrieskist kunnen vervangen”. In de litigieuze beschikking is aangetoond dat de detailhandelaren terughoudend zijn om een bijkomende vrieskist te plaatsen wegens de plaats die daarvoor nodig is en omdat die plaats kan worden gebruikt om andere producten op te slaan. In de litigieuze beschikking is bovendien aangetoond dat de detailhandelaren die geen plaats hebben, maar in staat zijn om een reeds aanwezige vrieskist te vervangen, hetzij door een door een andere producent ter beschikking gestelde vrieskist, hetzij door een eigen vrieskist, daartoe weinig bereid zijn, aangezien dit hen met bijkomende verantwoordelijkheden opzadelt, zoals het onderhoud voor de detailhandelaren die hun eigen vrieskist kopen of het verlies van HB-producten voor detailhandelaren die een vrieskist van een andere consumptie-ijsproducent plaatsen.
- 62 Volgens de Commissie is de echte vraag die het Gerecht moet beslechten, of zij voldoende bewijs heeft geleverd voor de conclusie in punt 143 van de considerans van de litigieuze beschikking, volgens welke deze beperking tot gevolg heeft dat „concurrerende leveranciers wordt verhinderd hun producten aan deze verkooppunten te verkopen, waardoor de mededinging tussen de leveranciers op de relevante markt wordt beperkt”. De Commissie meent in dat verband dat in de litigieuze beschikking uitvoerig is uiteengezet welke moeilijkheden rijzen voor de detailhandelaren die andere merken consumptie-ijs willen verkopen.

- 63 De Commissie brengt in herinnering dat de litigieuze beschikking er enkel toe strekt de detailhandelaren hun handelsvrijheid terug te geven en op die wijze concurrerende producenten te laten wedijveren op basis van de kwaliteit van hun producten. In werkelijkheid moet worden bepaald of de detailhandelaren, die per slot van rekening betalen voor de in hun winkels geplaatste vrieskisten, vrij zijn er consumptie-ijs van het merk van hun keuze in op te slaan. De litigieuze beschikking vestigt immers de aandacht op het dilemma van de detailhandelaar die consumptie-ijs van verschillende merken wil opslaan. Indien de detailhandelaar, om consumptie-ijs van een ander merk dan HB te verkopen, of wel een bijkomende vrieskist moet plaatsen of wel de verkoop van HB-producten moet staken, zal hij niet geneigd zijn andere merken te verkopen. Bijgevolg is het verkooppunt afgeschermd voor elk concurrerend merk, ongeacht de kwaliteit van het product. Volgens de Commissie had zij exact hetzelfde dilemma aan de orde gesteld in de zaken die hebben geleid tot het arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 108, en het arrest van het Gerecht van 8 juni 1995, Schöller/Commissie (T-9/93, Jurispr. blz. II-1611, punt 84). In deze arresten heeft het Gerecht de Commissie in het gelijk gesteld, door te oordelen dat een vrieskistexclusiviteitsbeding „de toegang tot de markt [...] bemoeilijkt”.
- 64 Volgens de Commissie doet HB haar voordeel met dit dilemma door het exclusiviteitsbeding aan te wenden als belemmering voor de toegang van nieuwe concurrenten. De uitgaven voor vrieskisten maken het HB mogelijk andere leveranciers van de markt uit te sluiten. De Commissie betwist de argumenten van HB volgens welke de detailhandelaren tevreden zijn over hun overeenkomst met HB en er geen belang bij hebben, andere merken ijs te verkopen. De Commissie erkent dat het exclusiviteitsbeding partijen voordelen biedt, maar merkt op dat daaruit niet volgt dat het geen mededingingsbeperkend element bevat.
- 65 Aangaande de mogelijkheid voor de detailhandelaren om hun overeenkomsten met HB op te zeggen, beklemtoont de Commissie dat vooral rekening dient te worden gehouden met het economische gevolg van de overeenkomst. Het onderzoek door Lansdowne toont immers aan dat detailhandelaren die een HB-vrieskist bezitten zelden gebruik maken van hun recht, deze te vervangen door een vrieskist van een ander merk of een eigen vrieskist te kopen.

- 66 De Commissie meent voorts dat de levering van consumptie-ijs kan worden losgekoppeld van de terbeschikkingstelling van een vrieskist. Zo is het niet nodig dat consumptie-ijsproducenten vrieskisten bezitten. HB erkent dit onderscheid, aangezien zij in 1995 en in 1996 twee verschillende voorstellen aan de Commissie heeft voorgelegd met het oog op een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, waarin de eigendom van de vrieskisten werd onderscheiden van de levering van consumptie-ijs.
- 67 Mars betoogt dat doordat de vrieskistexclusiviteit het succes op de markt verbindt met het succes in het verkrijgen van toegang tot detailverkooppunten, zij de mededinging verstoort omdat zij de reeds aanwezige leverancier een oneerlijk voordeel toekent ten opzichte van minder grote leveranciers of nieuwe marktdeelnemers, die wellicht niet beschikken over een volledig assortiment van bekende producten.
- 68 De Commissie betwist het argument van HB dat 6 % van de relevante markt, in plaats van de in de litigieuze beschikking genoemde 40 %, is afgeschermd.
- 69 In de litigieuze beschikking is aangetoond hoe moeilijk het exclusiviteitsbeding het een nieuwe concurrent maakt de relevante markt te betreden (punten 185-200 van de considerans). Er bestaat hoe dan ook een oorzakelijk verband tussen de praktijk van HB om exclusiviteitsvrieskisten ter beschikking te stellen en het geringe marktaandeel van haar concurrenten (punten 185-194 van de considerans).
- 70 De Commissie betwist het argument van HB dat de met de detailhandelaren gesloten overeenkomsten ontsnappen aan de toepassing van artikel 85 van het Verdrag, wegens toepassing van de rule of reason en het reeds aangehaalde arrest Pronuptia. De bepalingen van de overeenkomst waarover het Hof zich in het reeds aangehaalde arrest Pronuptia moest uitspreken, waren immers verschillend.



- 71 De Commissie is het evenmin eens met de uitlegging die HB aan het reeds aangehaalde arrest *Delimitis* geeft (zie hiervóór punt 55). Zij merkt op dat het Hof in dat arrest heeft onderzocht of een nieuwe concurrent kon doordringen tot het contractenpakket op de relevante markt. Anders dan HB stelt, is het aantal verkooppunten dat minstens nodig is om voordeel te halen uit een distributiestelsel, voor het Hof geen criterium, maar een gegeven om te beoordelen of concrete mogelijkheden bestaan om tot de markt door te dringen.
- 72 In het reeds aangehaalde arrest *Delimitis* heeft het Hof verklaard dat in de eerste plaats moet worden aangetoond of op de relevante markt duidelijk een „contractenpakket” bestaat. In Ierland worden de meeste op de verkooppunten geplaatste vrieskisten door HB ter beschikking gesteld (punt 152 van de considerans van de bestreden beschikking). In de tweede plaats moet worden onderzocht of het mogelijk is tot de betrokken markt door te dringen. De Commissie betwist dat een dergelijke mogelijkheid in casu bestaat. In de derde plaats suggereert het Hof in zijn reeds aangehaalde arrest *Delimitis* dat rekening moet worden gehouden met de mededingingsvoorwaarden op de relevante markt. In de litigieuze beschikking nu is aangetoond welke problemen rijzen voor de nieuwe marktdeelnemers wegens het exclusieve gebruik van de HB-vrieskisten, dat detailhandelaren ontmoedigt andere producten op te slaan en logistieke en financiële belemmeringen voor de toegang tot de markt doet ontstaan. De Commissie meent dat het argument van HB volgens hetwelk een nieuwe concurrent wordt geacht zijn rivalen te beconcurreren „door te handelen op de wijze die de betrokken sector kenmerkt ”uit geen van de door HB aangehaalde arresten blijkt en onaanvaardbaar zou zijn indien de hele betrokken sector met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag strijdige praktijken toepaste.
- 73 Volgens de Commissie is de in het reeds aangehaalde arrest *Delimitis* vermelde bindingsgraad slechts één van de elementen van de economische en de juridische context waarbinnen een netwerk van overeenkomsten moet worden beoordeeld. Een en ander blijkt ook uit de reeds eerder aangehaalde arresten *Langnese-Iglo/Commissie* en *Schöller/Commissie*.
- 74 De redenering van het Gerecht in laatstgenoemde arresten moet volgens de Commissie ook op het onderhavige geval worden toegepast. De conclusie van het

Gerecht dat de vrieskistexclusiviteitsbedingen de toegang tot de markt bemoeilijken, is van toepassing op het litigieuze exclusiviteitsbeding, aangezien het Gerecht heeft verklaard dat de noodzaak voor een nieuwe concurrent om een netwerk van detailhandelaren op te bouwen, de toegang tot de markt belemmert.

### Beoordeling door het Gerecht

- 75 Met haar eerste twee middelen verwijt HB de Commissie, een reeks kennelijke vergissingen te hebben begaan bij de beoordeling van het bestaan en van de graad van afscherming van de relevante markt door de betrokken distributieovereenkomsten. Zij is met name van mening dat de Commissie, door de graad van afscherming van de markt aanzienlijk te overschatten, artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft geschonden.
- 76 HB komt meer in het bijzonder op tegen de voornaamste conclusie van de Commissie in de litigieuze beschikking, volgens welke 40 % van de verkooppunten in Ierland de facto met HB zijn verbonden door het exclusiviteitsbeding en de toegang tot die verkooppunten bijgevolg is afgeschermd voor de andere leveranciers (zie met name punten 143, 156 en 184 van de considerans). Volgens haar is deze conclusie rechtens en feitelijk fundamenteel onjuist, aangezien de Commissie het juridische criterium op grond waarvan kan worden aangetoond of de relevante markt is afgeschermd, niet juist heeft toegepast. HB verwijt de Commissie, geen onderscheid te hebben gemaakt tussen de detailhandelaren die contractueel verhinderd zijn consumptie-ijs van andere producenten op te slaan en die welke vrij zijn zulks te doen en daarvoor ruimte beschikbaar hebben, maar die op basis van hun eigen commerciële inschatting beslissen het niet te doen. HB meent dat de detailhandelaren vrij beslissen, haar consumptie-ijs in te slaan, met name op grond van de kwaliteit van haar producten. Dat andere producenten moeilijkheden ondervinden om zich op de relevante markt te vestigen, is niet te wijten aan het exclusiviteitsbeding, maar aan de omstandigheid dat hun consumptie-ijs minder aantrekkelijk is voor detailhandelaren en gebruikers.

- 77 Blijkens de litigieuze beschikking heeft de Commissie niet alleen de bepalingen van de distributieovereenkomsten van HB onderzocht, die er formeel niet aan in de weg staan dat detailhandelaren consumptie-ijs van andere producenten in hun verkooppunten opslaan, maar ook de toepassing van deze overeenkomsten op de relevante markt en de commerciële keuzes die de detailhandelaren op basis van deze overeenkomsten werkelijk kunnen maken. De Commissie heeft onderzocht of het mogelijk is een detailhandelaar te overtuigen consumptie-ijs van een nieuwe concurrent op de relevante markt in te slaan, en geconcludeerd dat het voor 40 % van de verkooppunten — namelijk die welke uitsluitend beschikken over door HB verstrekte vrieskisten voor de opslag van consumptie-ijs en die dus noch over eigen vrieskisten, noch over vrieskisten van andere consumptie-ijsproducenten beschikken — „onwaarschijnlijk” is dat de detailhandelaren de nodige maatregelen hebben getroffen om de HB-vrieskist te vervangen door een eigen vrieskist of een door een concurrerende producent ter beschikking gestelde vrieskist, dan wel hebben voorzien in een bepaalde oppervlakte voor het plaatsen van een bijkomende vrieskist. Zij heeft hieruit geconcludeerd dat het exclusiviteitsbeding in de distributieovereenkomsten van HB in werkelijkheid exclusiviteit oplegt aan deze 40 % van de verkooppunten op de relevante markt en dat HB, in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, op aanmerkelijke wijze heeft bijgedragen tot afscherming van die markt.
- 78 Vastgesteld zij dat partijen het oneens zijn over de vraag, of de feitelijke beoordeling van de bijzonderheden van de relevante markt door de Commissie in de litigieuze beschikking en de uit deze beoordeling getrokken conclusie dat het exclusiviteitsbeding artikel 85, lid 1, van het Verdrag schendt, juist zijn.
- 79 Verder dient te worden opgemerkt dat, ondanks de zeer gedetailleerde argumenten die zij in hun memories en ter terechtzitting hebben aangevoerd in verband met de beoordeling van de feiten van het geding en de eraan te verbinden conclusies, partijen het niet werkelijk oneens zijn over meerdere feitelijke elementen die de relevante markt kenmerken (zie hiervóór punt 42), met name de volgende elementen:
- impulsijs moet op lage temperatuur worden gehouden, en bijgevolg in een vrieskist in de bedrijfsruimten van de detailhandelaar worden bewaard;

- voor producenten en consumptie-ijsverdelers is het in Ierland en in heel Europa op grote schaal gebruikelijk, detailhandelaren vrieskisten te verstrekken op basis van een exclusiviteitsbeding. Een detailhandelaar die enkel over één of meer HB-vrieskisten beschikt en die consumptie-ijs van een ander merk wenst te verkopen, moet wegens het exclusiviteitsbeding hetzij de HB-vrieskist(en) vervangen, hetzij een bijkomende vrieskist plaatsen;
  
- anders dan de bedingen die waren vervat in de leveringsovereenkomsten bedoeld in de reeds aangehaalde arresten Langnese-Iglo/Commissie en Schöller/Commissie, die in Duitsland de detailhandelaren verplichtten op hun verkooppunten enkel rechtstreeks bij de ondernemingen Langnese-Iglo en Schöller aangekochte producten te verkopen, belet het exclusiviteitsbeding in casu de detailhandelaren niet consumptie-ijs van andere merken dan HB te verkopen, mits de vrieskisten die HB hun heeft verstrekt uitsluitend voor haar producten worden gebruikt;
  
- HB is in Ierland sinds lang marktleider voor impulsijs. Haar assortiment producten is er erg populair en oogst veel commercieel succes. Zij heeft deze positie verworven na aanzienlijke investeringen in de ontwikkeling en de promotie van een volledig assortiment consumptie-ijs, waarvan de algemene bekendheid in Ierland zeer groot is;
  
- krachtens de bepalingen van de distributieovereenkomsten van HB kunnen de detailhandelaren die een overeenkomst voor de terbeschikkingstelling van een vrieskist hebben gesloten, deze op elk moment opzeggen met een opzegtermijn van twee maanden. Het staat vast dat HB in de praktijk niet verlangt dat de detailhandelaren die de overeenkomst sneller of onmiddellijk wensen op te zeggen, deze opzegtermijn in acht te nemen;

- impulsijs vormt voor de meeste detailhandelaren in Ierland een marginaal product (aangezien het slechts een klein percentage van hun omzet en winst uitmaakt), dat seizoensgebonden wordt verkocht. Het concurreert op de verkooppunten om verkoopruimte met een hele reeks andere producten (die al dan niet voor onmiddellijke consumptie bestemd zijn);
  
- HB maakt deel uit van de Unilever-groep. De vennootschappen van deze groep zijn de voornaamste leveranciers van consumptie-ijs in de meeste lidstaten. In de impulsijsector bekleden deze vennootschappen in meerdere lidstaten de eerste plaats.

80 Om te beginnen zij opgemerkt dat het exclusiviteitsbeding niet bepaalt dat de detailhandelaren zich ertoe verbinden om in hun verkooppunten enkel HB-producten te verkopen. Derhalve vormt dit beding formeel geen exclusieve aankoopverplichting die ertoe strekt de mededinging op de relevante markt te beperken. Het staat dus aan het Gerecht om allereerst te onderzoeken of de Commissie in de bijzondere omstandigheden van de relevante markt afdoende heeft aangetoond dat het vrieskistexclusiviteitsbeding in werkelijkheid bepaalde verkooppunten een exclusiviteit oplegt en of zij de afschermingsgraad juist heeft gekwantificeerd. Het Gerecht moet vervolgens, zo nodig, nagaan of de afschermingsgraad hoog genoeg is om schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op te leveren. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de rechterlijke toetsing van handelingen van de Commissie die ingewikkelde economische beoordelingen inhouden, zich moet beperken tot de vraag, of de procedurevoorschriften en de motiveringsregels in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie in die zin arresten Hof van 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62; 15 juni 1993, Matra/Commissie, C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punten 23 en 25; arrest Gerecht van 29 juni 1993, Asia Motor France e.a./Commissie, T-7/92, Jurispr. blz. II-669, punt 33).

- 81 Opgemerkt zij dat, in de litigieuze beschikking, de kwantificering van de graad van afscherming van de relevante markt voornamelijk gebaseerd is op de informatie en statistische gegevens van het onderzoek door Lansdowne. De beschikking refereert bovendien vaak aan een onderzoek van de relevante markt, waarvoor HB opdracht heeft gegeven en dat in 1996 is uitgevoerd door Behaviour & Attitudes Ltd, een onderneming voor marktonderzoek (hierna: „B&A-onderzoek”), en aan een onderzoek dat in 1996 door Rosslyn Research Ltd voor Mars is uitgevoerd (hierna: „Rosslyn-onderzoek”). Deze onderzoeken bevatten twee soorten informatie, te weten enerzijds louter feitelijke informatie met betrekking tot het aantal verkooppunten in Ierland, het aantal vrieskisten per verkooppunt en de berekening van het aantal vrieskisten dat aan de detailhandelaren toebehoort of dat is verstrekt door de consumptie-ijsproducenten, en anderzijds informatie inzake statistische beoordelingen van gegevens op basis van een steekproefsgewijs gehouden opinieonderzoek bij detailhandelaren in Ierland. De Commissie baseert haar conclusie in punt 156 van de considerans van de litigieuze beschikking op een beoordeling van de relevante informatie en gegevens van deze onderzoeken, te weten dat op 40 % van de verkooppunten van de relevante markt, de enige in het verkooppunt geplaatste vrieskist(en) die bestemd zijn voor het opslaan van impulsijs, door HB zijn verstrekt (zie punten 87-125 en 146-156 van de considerans van de litigieuze beschikking). Het zij opgemerkt dat partijen de globale juistheid van dit cijfer niet betwisten en dat HB in haar opmerkingen aangaande de mededeling van de punten van bezwaar van 1997, heeft verklaard dit cijfer te aanvaarden.
- 82 Bij het onderzoek of de beoordeling van de Commissie van het bestaan en de afschermingsgraad van de relevante markt gegrond is, kan het Gerecht niet enkel de gevolgen van het exclusiviteitsbeding afzonderlijk in aanmerking nemen en uitsluitend refereren aan contractuele beperkingen die de detailhandelaren door HB-distributieovereenkomsten worden opgelegd.
- 83 Voor de vraag of de HB-distributieovereenkomsten onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, dient volgens de rechtspraak immers te worden nagegaan, of uit alle op de relevante markt gesloten soortgelijke overeenkomsten en uit de overige elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomsten blijkt, dat die overeenkomsten het cumulatief effect hebben, nieuwe concurrenten de toegang tot die markt te beletten. Indien blijkt dat dit niet het geval is, kunnen de individuele over-

eenkomen die tot het netwerk van overeenkomsten behoren, de mededinging niet beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Blijkt uit het onderzoek daarentegen, dat de markt moeilijk toegankelijk is, dan moet vervolgens worden nagegaan, in hoeverre de litigieuze 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 arresten *Delimitis*, reeds aangehaald, punten 23 en 24, en *Langnese-Iglo/Commissie*, reeds aangehaald, punt 99).

- 84 Hieruit volgt dat, anders dan HB stelt, de aan de detailhandelaren opgelegde contractuele beperkingen niet alleen louter formeel vanuit juridisch oogpunt moeten worden onderzocht, maar dat daarbij ook rekening dient te worden gehouden met de specifieke economische context van de betrokken overeenkomsten, met inbegrip van de bijzonderheden van de relevante markt die deze beperkingen in de praktijk zouden kunnen versterken en aldus de mededinging op die markt zouden kunnen vervalsen, in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 85 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het exclusiviteitsbeding in de distributieovereenkomsten van HB deel uitmaakte van een hele reeks soortgelijke overeenkomsten die producenten op de relevante markt hadden gesloten en niet alleen in Ierland, maar ook in andere landen een gangbare praktijk vormde (zie hiervóór punt 79).
- 86 HB betwist dan ook niet dat in 1996 ongeveer 83 % van de detailhandelszaken in Ierland door producenten verstrekte vrieskisten hadden en onderworpen waren aan analoge voorwaarden als die opgenomen in het exclusiviteitsbeding. Het praktische gevolg van dit netwerk van overeenkomsten is dat de consumptieijproducenten die geen vrieskist hebben geplaatst op een verkooppunt dat deel uitmaakt van deze 83 %, er geen rechtstreekse toegang toe hebben om hun producten te verkopen, tenzij de detailhandelaar hetzij een reeds aanwezige vrieskist vervangt door zijn eigen vrieskist of door een vrieskist die door een nieuwe leverancier is verstrekt, hetzij een andere vrieskist plaatst die hem of een nieuwe leverancier toebehoort. Een detailhandelaar kan immers niet zonder de leveringsovereenkomst van de betrokken vrieskist te schenden, in die vrieskist

consumptie-ijs van een andere producent opslaan naast ijs van de leverancier van de vrieskist, zelfs al zou vraag naar die andere merken bestaan. Hieruit volgt dat slechts 17 % van de verkooppunten beschikte over vrieskisten die aan de detailhandelaar toebehoren en bijgevolg consumptie-ijs van eender welke leverancier in voorraad konden nemen. Volgens het onderzoek door Lansdowne is bovendien van de vrieskisten die door een consumptie-ijsproducent op de relevante markt worden verstrekt, 61 % afkomstig van HB, 11 % van Mars, 9 % van Valley en 8 % van Nestlé (zie punt 88 van de considerans van de litigieuze beschikking). Volgens het onderzoek door Rosslyn is van de door een consumptie-ijsproducent op de relevante markt verstrekte vrieskisten 64 % afkomstig van HB, 14 % van Mars en 4 % van Valley (zie punt 107 van de considerans van de litigieuze beschikking).

- 87 Blijkens het dossier zijn de verkooppunten met de hoogste verkoopcijfers van impulsijs doorgaans klein en is de ruimte waarover zij beschikken beperkt (zie punt 43 van de considerans van de litigieuze beschikking). Het Gerecht is van oordeel dat het hiervóór in punt 47 vermelde argument van HB, dat de Commissie de ruimte waarover de detailhandelaren dienen te beschikken heeft overschat, niet kan worden aanvaard. Zelfs al is het aantal vrieskisten in Ierland tussen 1991 en 1996 met ongeveer 16 % gestegen, zoals HB in haar memories aanvoert, betekent zulks immers niet dat op het moment waarop de litigieuze beschikking werd gegeven, dergelijk plaatsgebrek niet bestond. De wettigheid van de litigieuze beschikking moet immers met name worden beoordeeld op basis van de feitelijke elementen die bestonden op de datum van de vaststelling. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat HB niet de vaststelling van de Commissie betwist dat in 1996 (zie punt 147 van de considerans), dat wil zeggen vlak na de door HB aangevoerde stijging van het aantal vrieskisten in Ierland en twee jaar vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking, het optimale aantal vrieskisten dat volgens de detailhandelaren in het hoogseizoen nodig is op een verkooppunt, bijna was bereikt. Volgens het onderzoek door Lansdowne is 87 % van de detailhandelaren bovendien van mening dat het economisch niet leefbaar is ruimte te besteden aan de plaatsing van een bijkomende vrieskist (zie punt 97 van de considerans van de litigieuze beschikking).

- 88 Bovendien valt niet te ontkennen dat de markt van de betrokken producten als kenmerk heeft dat elke detailhandelaar minstens één vrieskist moet bezitten — die hem toebehoort of is verstrekt door een consumptie-ijsproducent — om consumptie-ijs in voorraad te nemen en uit te stallen (zie hiervóór punt 79).



Derhalve moet de detailhandelaar die impulsproducten verkoopt, zoals snoepwaren, chips en frisdranken, een andere beslissing nemen wanneer een consumptie-ijsproducent hem voorstelt zijn producten te verkopen ter vervanging of aanvulling van een bestaand assortiment, dan wanneer een producent van andere producten, zoals sigaretten en chocolade, waarvoor geen vrieskist, maar normale rekken nodig zijn, hem een soortgelijk voorstel doet. Een detailhandelaar kan zich immers niet veroorloven, gedurende een proefperiode zijn bestaande voorraad aan te vullen met een nieuw assortiment, om vast te stellen of voldoende vraag voor dat assortiment bestaat. Hij moet eerst een commerciële beslissing nemen om te bepalen of de investeringen, de risico's en de andere nadelen die verbonden zijn aan de plaatsing van een vrieskist of een bijkomende vrieskist, met inbegrip van de verplaatsing en de vermindering van de verkoop van andere merken ijs en andere producten, zullen worden gecompenseerd door bijkomende opbrengsten. Hieruit volgt dat een rationele detailhandelaar enkel ruimte aan een vrieskist zal besteden om er ijs van een bepaald merk in op te slaan, indien de verkoop van dat product rendabeler is dan de verkoop van ijs van andere merken en andere impulsproducten.

89 Het Gerecht merkt op dat in de omstandigheden die met name hiervóór in de punten 85 tot en met 88 zijn uiteengezet, de „gratis” verstrekking van een vrieskist, de klaarblijkelijke populariteit van HB-consumptie-ijs, het ruime assortiment van haar producten en de voordelen die verbonden zijn met de verkoop ervan, zeer belangrijke overwegingen zijn in de ogen van de detailhandelaren wanneer deze de mogelijkheid onderzoeken om een bijkomende vrieskist te plaatsen voor de verkoop van een tweede, zelfs beperkt, assortiment ijs of, a fortiori, om hun distributieovereenkomst met HB op te zeggen teneinde de HB-vrieskist te vervangen door hun eigen vrieskist dan wel een vrieskist die aan een andere leverancier toebehoort, die naar alle waarschijnlijkheid aan een exclusiviteitsvoorwaarde zal zijn onderworpen.

90 Bovendien zij eraan herinnerd dat HB sinds een aantal jaren een machtspositie op de relevante markt inneemt. Toen de litigieuze beschikking werd gegeven, had zij immers een aandeel van 89 % op de relevante markt, zowel in volume als in waarde, waarbij de rest over een aantal kleine leveranciers was verdeeld (zie de beoordeling door het Gerecht hierna in de punten 155 en 156). Deze positie blijkt tevens uit de grote bekendheid van het merk HB, alsmede uit de omvang en de

populariteit van haar assortiment producten in Ierland. Het Gerecht is in dit verband van oordeel, dat de Commissie bij de beoordeling van de gevolgen van het exclusiviteitsbeding op de relevante markt, rekening mocht houden met het feit dat HB op deze markt een machtspositie innam teneinde de vigerende marktvoorwaarden te beoordelen en dat deze beoordeling, anders dan HB stelt, dus niet „misvormd” was. Overeenkomstig vaste rechtspraak op dit gebied, houdt de vaststelling dat er sprake is van een machtspositie, op zich geen verwijt jegens de betrokken onderneming in (zie arresten Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57, en 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie, C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 37).

- 91 Door aldus rekening te houden met de populariteit van HB-ijs en de positie van deze onderneming op de relevante markt, straft de Commissie haar niet voor haar legitiem commercieel succes. Zij heeft enkel gewezen op de daadwerkelijke afhankelijkheid van de detailhandelaren die is ontstaan doordat op de verkooppunten door HB verstrekte vrieskisten staan, de machtspositie van HB op de relevante markt, de populariteit van haar assortiment producten, het plaatsgebrek waarmee de typische verkooppunten kampen, en de nadelen en de risico's die samenhangen met het opslaan van een tweede assortiment ijs, hetgeen allemaal deel uitmaakt van de economische context van de onderhavige zaak.
- 92 De door HB getroffen maatregelen om de inachtneming van het exclusiviteitsbeding te verzekeren hebben tot gevolg dat de detailhandelaren jegens haar producten anders handelen dan jegens ijs van andere merken, zulks op een wijze die de mededinging op de relevante markt kan vervalsen. Deze gevolgen worden duidelijk aangetoond doordat detailhandelaren in dezelfde vrieskist ijs van andere merken naast dat van HB opslaan, wanneer zij menen dat het hun vrijstaat dit te doen.
- 93 Blijkens het dossier en de litigieuze beschikking (zie punt 48 van de considerans) heeft Mars vanaf haar intrede op de relevante markt in 1989 een deel van deze markt veroverd, maar heeft de reactie van HB en haar aandringen bij de

detailhandelaren om het exclusiviteitsbeding na te leven, deze evolutie omgekeerd. Na de kortgedingbeschikking tegen Mars door de High Court in 1990, waarbij haar werd verboden de detailhandelaren aan te zetten haar ijs in HB-vrieskisten op te slaan, is de numerieke distributie van haar impulsijs in Ierland van 42 tot minder dan 20 % teruggevallen. Dit feit op zich toont aan dat op de relevante markt vraag was naar door concurrenten van HB vervaardigde producten en dat het exclusiviteitsbeding van invloed is op de mogelijkheid voor haar concurrenten om tot de markt door te dringen en er zich te vestigen.

- 94 Het B&A-onderzoek toont eveneens aan dat een aanmerkelijk deel [...] <sup>1</sup> (meer dan 35 %) van de detailhandelaren bereid zou zijn een groter assortiment producten op te slaan indien de distributieovereenkomsten van ijsleveranciers geen exclusiviteitsbedingen meer bevatten (zie punt 120 van de considerans van de litigieuze beschikking), waaruit overigens blijkt dat deze bedingen tot gevolg zouden kunnen hebben, anders dan HB betoogt (zie hiervóór punt 51), dat niet alleen de keuze van de consument, maar ook de prijsconcurrentie tussen leveranciers wordt verminderd. In tegenstelling tot wat HB stelt, toont ook het feit dat ongeveer 44 % van de verkooppunten twee ijsmerken verkopen, niet aan dat de mededinging tussen merken niet wordt belemmerd door het exclusiviteitsbeding.
- 95 Bovendien wordt in de Ierse supermarkten die geen vrieskistexclusiviteit toepassen, ijs van andere leveranciers dan HB naast HB-producten verkocht. Richmond heeft ter terechtzitting aangevoerd dat zij in Ierland 65 % van de supermarkten bevoorraadt, maar slechts 8 % van de detailhandelaren. Bovendien zij opgemerkt dat Richmond in het Verenigd Koninkrijk, waar het distributiestelsel voor impulsijs verschillend is, een marktaandeel van 24 % heeft verworven, terwijl haar marktaandeel op de relevante markt niet hoger is dan 2 %. Al deze gegevens bevestigen dat wanneer zij een tweede merk consumptie-ijs in een enkele vrieskist kunnen opslaan, een groot aantal detailhandelaren bereid zijn zulks te doen. Dat zij dit niet doen, is het gevolg van de exclusiviteitsbedingen op de relevante markt.

<sup>1</sup> — Vertrouwelijke informatie.

96 Opgemerkt zij ook dat de conclusie van de Commissie dat de toegang van concurrenten van HB tot de relevante markt wordt belemmerd door het bestaan van het exclusiviteitsbeding, wordt bevestigd door de beoordeling door HB zelf van de voordelen van dit beding. Uit de litigieuze beschikking blijkt immers dat de Unilever-groep, ter gelegenheid van de komst van Mars op de Europese markt eind jaren tachtig, bijzonder belang hechtte aan de verstrekking van vrieskisten die bestemd waren voor exclusief gebruik door haar ondernemingen (zie punten 64-68 van de considerans van de litigieuze beschikking) en zelf heeft geoordeeld dat deze praktijk tot gevolg kon hebben dat de betrokken verkoop-punten exclusiviteit werd opgelegd. In een document van de Unilever-groep van 1989, getiteld: „European Ice Cream Marketing Strategy”, is in de volgende be-woordingen verwezen naar het belang van het exclusiviteitsbeding en het behoud van de eigendomsregeling van de vrieskisten:

„Wij moeten de eigendom van de vrieskisten behouden, met name wanneer de distributie plaatsvindt door derden, om, voorzover mogelijk via exclusiviteits-contracten, het gebruiksmonopolie van de vrieskisten te behouden en de facto het monopolie van de consumptie-ijsverkoop in het verkooppunt.”

97 Gelet op hetgeen voorafgaat, is het Gerecht van mening dat de Commissie rechte ns afdoende heeft bewezen dat, niettegenstaande de bekendheid van HB-producten op de relevante markt en het feit dat HB een volledig assortiment consumptie-ijs aanbiedt, waarvan een groot deel zeer populair is bij de gebruikers, er objectieve en nauwkeurige aanwijzingen zijn waaruit blijkt dat in Ierland vraag bestaat naar consumptie-ijs van andere producenten wanneer dit beschikbaar is, zelfs als deze producenten over beperktere assortimenten beschikken, te weten consumptie-ijs van producenten die, zoals Mars, welbe-paalde marktsegmenten innemen. De Commissie heeft in dit verband aangetoond dat een aanzienlijk aantal producenten bereid is impulsijs van meerdere producenten in voorraad te nemen, mits zij dit in één vrieskist kunnen opslaan, en dat zij weinig geneigd zijn dit te doen wanneer zij verplicht zijn een bijkomende vrieskist te plaatsen die aan hen of aan een andere producent toebehoort. Bijgevolg kan het argument van HB, dat de terughoudendheid van detailhandelaren om producten van andere consumptie-ijsproducenten te ver-kopen niet moet worden toegeschreven aan het exclusiviteitsbeding, maar veeleer aan het feit dat er op de relevante markt geen vraag naar deze producten bestaat, niet worden aanvaard.

- 98 Vastgesteld zij tevens dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat, gelet op de specificiteiten van het betrokken product en de economische context in casu, het netwerk van distributieovereenkomsten van HB en de „gratis” verstrekking van exclusiviteitsvriescisten, de detailhandelaren in vrij veel gevallen ervan doen afzien hun eigen vrieskist of die van een andere producent te plaatsen en daardoor de facto de verkooppunten die enkel over HB-vriescisten beschikken, te weten 40 % van de verkooppunten van de relevante markt, binden. Ondanks het feit dat detailhandelaren die enkel over HB-vriescisten beschikken in theorie consumptie-ijs van andere producenten kunnen verkopen, heeft het exclusiviteitsbeding tot gevolg dat de commerciële vrijheid van de detailhandelaren om de op hun verkooppunten te verkopen producten te kiezen, wordt beperkt.
- 99 HB meent evenwel dat, voor het geval het Gerecht zou oordelen dat het exclusiviteitsbeding de verkooppunten feitelijk bindt, de afschermingsgraad die voortvloeit uit haar distributieovereenkomsten niet hoger is dan 6 % van alle verkooppunten op de relevante markt en de mededinging op deze markt niet aanzienlijk beperkt. Volgens haar is de conclusie van de Commissie dat 40 % van de verkooppunten van de relevante markt in feite afgeschermd is, bijgevolg kennelijk onjuist. HB merkt in het bijzonder op dat dit percentage te hoog is, met name omdat het drie categorieën verkooppunten omvat, die niet als afgeschermd kunnen worden beschouwd (zie hiervóór punt 46). Zij verklaart dienaangaande dat voor de berekening van de graad van afscherming van de relevante markt enkel rekening dient te worden gehouden met de verkooppunten waar de detailhandelaren van ijsleverancier wensen te veranderen, maar dit niet kunnen.
- 100 Het Gerecht is van oordeel dat deze argumenten moeten worden afgewezen.
- 101 Anders dan HB stelt (zie hiervóór punten 46 en 47), kunnen de detailhandelaren in de 6 % van de verkooppunten met meer dan één HB-vriescist (en die dus over plaats beschikken om meer dan één vrieskist te plaatsen) een HB-vriescist slechts vervangen wanneer zij menen dat zij door deze vervanging en de verkoop van een

ander consumptie-ijsmerk minstens hetzelfde omzetcijfer halen dan de omzet die zij voordien met HB-consumptie-ijs haalden. Blijkens het dossier kiezen detailhandelaren er in werkelijkheid immers slechts zeer zelden voor om een van de door HB verstrekte vrieskisten te vervangen door een vrieskist die aan hen of aan een andere producent toebehoort, met name wegens de positie en de populariteit van HB op de relevante markt.

- 102 Het Gerecht is van mening dat deze 6 % van de verkooppunten en de 27 % verkooppunten die over een HB-vrieskist beschikken en waarvan de eigenaren beweerdelijk niet geïnteresseerd zijn in het opslaan van een ander merk consumptie-ijs dan HB (volgens de beoordeling door HB van de gegevens die zijn vervat in het onderzoek door Lansdowne), niet mogen worden uitgesloten van de berekening van de graad van afscherming van de relevante markt. Deze detailhandelaren zijn wegens de werking van het exclusiviteitsbeding immers geplaatst voor een situatie die hun commerciële keuzemogelijkheden vervalst. Met name gezien de positie van HB op de relevante markt, alsmede gelet op het feit dat geen van haar concurrenten een even bekend en volledig assortiment producten als het hare bezit en het reeds hiervóór in punt 87 aangehaalde plaatsgebrek, zet de mogelijkheid voor de betrokken detailhandelaren om producten van andere producenten te verkopen, vooral wanneer laatstgenoemden over een beperkt assortiment producten beschikken, hen doorgaans niet voldoende aan, de HB-vrieskisten te vervangen of een andere vrieskist te plaatsen (zie naar analogie arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 108).
- 103 Het aantal van de derde categorie verkooppunten, namelijk die waar de detailhandelaren beweerdelijk belangstelling hebben om andere merken consumptie-ijs in voorraad te nemen en daartoe kunnen overgaan, maar dat niet hebben gedaan, varieert, volgens de door HB verstrekte, op het onderzoek door Lansdowne gebaseerde gegevens, tussen 2 en 5 %. Niettegenstaande het feit dat deze categorie door HB niet duidelijk was omschreven, vertegenwoordigt zij dus slechts een miniem deel van het totaal van 40 % en doet zij niet af aan de conclusie van de Commissie in de litigieuze beschikking, dat het identificeerbaar deel van het netwerk van HB-overeenkomsten betrekking had op ongeveer 40 % van alle verkooppunten op de relevante markt.

- 104 Bovendien merkt het Gerecht aangaande de laatste twee categorieën verkooppunten tevens op, dat de cijfers die door HB naar voren zijn gebracht en die gebaseerd zijn op haar beoordeling van het onderzoek door Lansdowne, niet afdoen aan de beoordeling van de Commissie aangaande de graad van afscherming van de relevante markt. Bij gebreke van elke aanwijzing door HB van de redenen waarom enerzijds 27 % van de betrokken verkooppunten geen belangstelling zou hebben om een ander merk consumptie-ijs dan HB in voorraad te nemen, en anderzijds 2 tot 5 % van de betrokken verkooppunten, die wel belangstelling hebben om andere consumptie-ijsmerken in voorraad te nemen, maar toch niet de nodige stappen daarvoor zetten, is het Gerecht van oordeel dat het zeer goed mogelijk is dat deze omstandigheden toe te schrijven zijn aan de door de Commissie genoemde factoren (zie met name punten 157-184 van de considerans van de litigieuze beschikking), die de uit het exclusiviteitsbeding voortvloeiende beperkingen van de mededinging op de relevante markt versterken en de detailhandelaren daadwerkelijk commercieel afhankelijk maken van HB.
- 105 Aangaande het argument van HB dat de door het exclusiviteitsbeding opgelegde vrieskistexclusiviteit niet mag worden beschouwd als een exclusiviteit die aan de verkooppunten wordt opgelegd omdat de detailhandelaren over de mogelijkheid beschikken hun distributieovereenkomsten met HB op elk moment op te zeggen, is het Gerecht van oordeel dat deze mogelijkheid geenszins belet dat de betrokken overeenkomsten daadwerkelijk worden toegepast, zolang geen gebruik is gemaakt van de opzegmogelijkheid. Derhalve moet het Gerecht bij de beoordeling van de gevolgen van de distributieovereenkomsten op de relevante markt rekening houden met de daadwerkelijke duur van deze overeenkomsten (zie, naar analogie, arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 111). HB beklemtoont terecht dat, anders dan de situatie in andere lidstaten, waar het exclusiviteitsbeding wordt gecombineerd met een contractuele verbintenis van enkele maanden of zelfs enkele jaren, de situatie in casu, zoals de Commissie erkent, de detailhandelaren de mogelijkheid biedt het exclusiviteitsbeding met een zeer korte opzegtermijn, zelfs bijna onmiddellijk, op te zeggen. Een dergelijk argument zou overtuigend kunnen zijn indien deze mogelijkheid in de praktijk bevestiging vond en indien de verkooppunten dus regelmatig beschikbaar werden voor nieuwe leveranciers op de relevante markt. Zoals de Commissie evenwel heeft aangetoond, is dit niet het geval, aangezien de distributieovereenkomsten van HB gemiddeld na acht jaar worden opgezegd. Hieruit volgt dat het argument dat de distributieovereenkomsten van HB kunnen worden opgezegd, niet overtuigend is aangezien deze mogelijkheid in feite niet bijdraagt tot vermindering van de graad van afscherming van de relevante markt.

- 106 Wat het argument van HB met betrekking tot de toepassing in casu van de rule of reason betreft, moet worden beklemdoond dat een dergelijke regel in het communautaire mededingingsrecht niet bestaat. De door HB voorgestane uitlegging van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt overigens moeilijk te rijmen met de normatieve structuur van artikel 85.
- 107 Artikel 85, lid 3, van het Verdrag voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om overeenkomsten die de mededinging beperken, vrij te stellen wanneer zij aan een aantal voorwaarden voldoen, met name wanneer zij noodzakelijk zijn om bepaalde doelstellingen te verwezenlijken en ondernemingen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Slechts binnen het strikte kader van deze bepaling kunnen de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar worden afgewogen (zie in die zin arrest Pronuptia, reeds aangehaald, punt 24; arresten Gerecht van 15 juli 1994, Matra Hachette/Commissie, T-17/93, Jurispr. blz. II-595, punt 48, en 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 136). Artikel 85, lid 3, van het Verdrag zou een groot deel van zijn nuttig effect verliezen indien dat onderzoek reeds in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zou moeten worden verricht (zie in die zin arrest Hof van 8 juli 1999, Montecatini/Commissie, C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 133; arresten Gerecht van 10 maart 1992, Montepide/Commissie, T-14/89, Jurispr. blz. II-1155, punt 265; 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie, T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 109, en zie ook arrest Gerecht van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, Jurispr. blz. II-2459, punten 72-74).
- 108 Bovendien kan uit het enkele feit dat het geïdentificeerde deel van het netwerk van vrieskistovereenkomsten van HB betrekking had op ongeveer 40 % van alle verkooppunten op de markt, niet met zekerheid worden afgeleid dat dit deel automatisch de mededinging op aanzienlijke wijze kan verhinderen, beperken of vervalsen. Dit impliceert, zoals HB ter terechtzitting heeft aangevoerd, dat 60 %, dus een meerderheid, van de verkooppunten op de relevante markt niet is afgeschermd door het exclusiviteitsbeding.



- 109 Voor de beoordeling van de gevolgen van een dergelijk net van distributieovereenkomsten moet rekening worden gehouden met de economische en juridische context ervan, alwaar het samen met andere omstandigheden een cumulatief effect voor de mededinging kan hebben (zie arresten *Delimitis*, reeds aangehaald, punt 14, en *Langnese-Iglo/Commissie*, reeds aangehaald, punt 100).
- 110 In casu heeft de Commissie in de litigieuze beschikking rekening gehouden met de gevolgen voor de mededinging, niet alleen van de distributieovereenkomsten van HB, maar ook van de verschillende netwerken van vrieskistexclusiviteitsovereenkomsten die andere leveranciers op de relevante markt opzetten. Blijkens de litigieuze beschikking bezit 55 % van de verkooppunten slechts één of twee HB-vrieskisten, 14 % een HB-vrieskist en een Mars-vrieskist en 7 % een HB-vrieskist en een vrieskist van een andere producent dan Mars (zie punt 108 van de considerans). De Commissie heeft tevens opgemerkt dat de exclusiviteitsvoorwaarde die van toepassing is op de vrieskisten in 83 % van de verkooppunten op de relevante markt (zie hiervóór punten 18 en 86), een aanzienlijke praktische en financiële belemmering vormt voor de toegang tot de markt en de uitbreiding van andere leveranciers (zie punten 185-194 van de considerans).
- 111 Vastgesteld zij dat, aangezien andere leveranciers dan HB, onder zeer vergelijkbare omstandigheden, detailhandelaren ook vrieskisten ter beschikking stellen (zie met name hiervóór punt 85), waarvoor dezelfde plaats nodig is, de Commissie in de litigieuze beschikking terecht heeft geconcludeerd dat de moeilijkheden om de detailhandelaren op de uitsluitend met HB-vrieskisten uitgeruste verkooppunten ervan te overtuigen, de aanwezige HB-vrieskisten te vervangen of bijkomende vrieskisten te plaatsen voor impulsifs, ook gelden voor elke exclusiviteitsvrieskist, zelfs wanneer andere leveranciers niet dezelfde positie of dezelfde populariteit op de relevante markt als HB hebben. De toegang van de concurrerende leverancier tot de relevante markt wordt belemmerd door een aantal factoren, waaronder de omstandigheid dat de detailhandelaren belast zijn met de aankoop en het onderhoud van een vrieskist, hun vrees voor het risico en hun terughoudendheid om de band met hun leveranciers te beëindigen. Hieruit volgt dat de op de relevante markt opgezette netwerken van overeenkomsten betrekking hebben op 83 % van de verkooppunten.

- 112 Ofschoon de afschermingsgraad die uit de netwerken van overeenkomsten voortvloeit, een zeker belang heeft bij de beoordeling van de afscherming van de markt, vormt hij evenwel slechts één van de elementen van de economische en de juridische context waarbinnen het netwerk van overeenkomsten moet worden beoordeeld (zie arresten *Delimitis*, reeds aangehaald, punten 19 en 20, en *Langnese-Iglo/Commissie*, reeds aangehaald, punt 101). Daarnaast moeten ook de vigerende marktvoorwaarden worden beoordeeld, met name de werkelijke en concrete mogelijkheden voor nieuwe concurrenten om niettegenstaande het bestaan van deze netwerken tot de markt door te dringen.
- 113 Het Gerecht is tevens van oordeel dat de Commissie in de litigieuze beschikking terecht heeft geoordeeld dat de verstrekking van exclusiviteitsvriescisten aan detailhandelaren en de lopende onderhoudskosten van deze vriescisten een financiële belemmering vormen voor de toegang van nieuwe leveranciers tot de betrokken markt en voor de uitbreiding van aanwezige leveranciers. In dit verband moet worden vastgesteld dat er geen objectief verband bestaat tussen de verstrekking van exclusiviteitsvriescisten en de verkoop van consumptie-ijs. Uit de litigieuze beschikking blijkt evenwel dat detailhandelaren niet geneigd zijn de vriescisten te aanvaarden van leveranciers die niet minstens even voordelige voorwaarden bieden als die welke worden geboden door de leveranciers wier vriescisten reeds op de betrokken verkooppunten zijn geplaatst, of die welke doorgaans worden geboden door leveranciers op die markt. In het kader van de relevante markt betekent een en ander dat de leverancier bereid moet zijn een „gratis” vriescist aan te bieden en er het onderhoud van te verzekeren. Hieruit volgt dat, overeenkomstig hetgeen de Commissie in de litigieuze beschikking heeft aangevoerd (zie met name punt 189 van de considerans), de uitgaven die gemoeid zijn met de aanschaf van een vriescistenbestand voor plaatsing op verkooppunten teneinde de producten van een leverancier rendabele distributieniveaus te verzekeren, het met name kleine ondernemingen en leveranciers van impulsijs die welbepaalde marktsegmenten innemen, zeer moeilijk maken om tot de relevante markt toe te treden en er hun positie te handhaven, omdat investeringen in vriescisten van leveranciers die slechts een beperkt assortiment producten aanbieden, moeilijk te rechtvaardigen zijn. Het hiervóór in punt 59 uiteengezette argument van HB, dat het voor 47 % van de verkooppunten rendabel zou zijn over een vriescist te beschikken die aan de detailhandelaar toebehoort, kan volgens het Gerecht niet worden aanvaard omdat, gelet op de praktijk van niet alleen HB, maar ook van andere leveranciers, detailhandelaren „gratis” vriescisten ter beschikking te stellen, detailhandelaren geen enkele reden hebben om hun eigen vriescist aan te schaffen.

- 114 Het Gerecht is tevens van oordeel dat HB rechtens niet afdoende heeft aangetoond dat het niet praktisch zou zijn een afzonderlijke huur voor de verstrekking van vrieskisten te verlangen (zie hiervóór punt 50). In dit verband blijkt uit de litigieuze beschikking dat HB in Noord-Ierland de detailhandelaren een jaarlijkse huur aanreket voor haar vrieskisten en een prijsvermindering toepast voor producten die zij levert aan detailhandelaren met eigen vrieskisten (zie punt 127 van de considerans). Hieruit volgt dat, gelet op het feit dat het op een andere geografische markt mogelijk is een afzonderlijke huur te verlangen voor de verstrekking van vrieskisten, het exclusiviteitsbeding niet kan worden geacht noodzakelijk te zijn opdat een bepaalde leverancier zijn concurrenten belet zijn vrieskisten te gebruiken voor de opslag van hun producten. Om dezelfde reden kan niet worden gesteld dat HB gehouden zou zijn, zonder daarvoor te worden vergoed, in haar boekhouding vrieskisten op te nemen die niet alleen voor haar eigen activiteiten bestemd zijn, maar ook voor de activiteiten van haar detailhandelaren en concurrenten (zie hiervóór punten 49 en 50).
- 115 Bovendien moet worden vastgesteld dat, ofschoon niet wordt betwist dat de terbeschikkingstelling van vrieskisten aan detailhandelaren een aantal economische en praktische voordelen biedt aan de leveranciers van consumptie-ijs en de detailhandelaren, de economische voordelen van deze praktijk in de context van de relevante markt teniet worden gedaan door de negatieve gevolgen ervan voor de mededinging, wanneer de verstrekking van vrieskisten aan detailhandelaren aan een exclusiviteitsbeding is onderworpen. Hieruit volgt dat het door HB in haar memories aangevoerde argument, dat deze praktijk enkel mag worden bekritiseerd wanneer er geen objectieve commerciële rechtvaardiging voor bestaat, niet kan worden aanvaard.
- 116 Bovendien blijkt uit het dossier dat het feit dat zich in Ierland geen onafhankelijke groothandel in impulsijs heeft ontwikkeld, met zich brengt dat de toegang tot de distributie via deze onafhankelijke tussenpersonen moeilijker wordt. Bovendien vormen de kracht van de reeds aanwezige merken op de relevante markt en de merkentrouw van de consument, een geducht beletsel voor nieuwe toetreders (zie punt 195 van de considerans van de litigieuze beschikking).
- 117 Aangaande het argument van HB dat minstens vijf producenten op de relevante markt concurreren, blijkt uit het dossier dat de marktaandeelen van de andere producenten van impulsijs op de relevante markt zeer beperkt zijn. Het

marktaandeel van Mars, de grootste concurrent van HB op de markt, bedroeg gedurende de periode juni-juli 1997 in volume en waarde slechts 4 respectievelijk 5 %. Bovendien is het marktaandeel van Mars, Valley en Leadmore gedaald in de jaren die zijn voorafgegaan aan de vaststelling van de litigieuze beschikking (zie punten 32-37 van de considerans). Derhalve moet worden geconcludeerd dat de geringe marktaandelen van de concurrenten van HB, althans gedeeltelijk, toe te schrijven zijn aan de praktijk van gratis verstrekking van vrieskisten door deze onderneming.

- 118 Gelet op hetgeen voorafgaat is het Gerecht van oordeel dat uit het onderzoek van alle vergelijkbare distributieovereenkomsten op de relevante markt, alsmede uit de andere gegevens van de economische en juridische context van deze overeenkomsten blijkt, dat de door HB gesloten distributieovereenkomsten de mededinging aanzienlijk ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag en op aanmerkelijke wijze bijdragen tot een afscherming van de markt.
- 119 Derhalve moeten het eerste en het tweede middel, inzake kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten en schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, worden afgewezen.

*Het derde middel, inzake rechtsdwaling ten aanzien van artikel 85, lid 3, van het Verdrag*

#### Argumenten van partijen

- 120 HB voert aan dat het exclusiviteitsbeding binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 3, van het Verdrag valt en kan worden vrijgesteld. Zij betwist de stelling van

de Commissie in de litigieuze beschikking, dat de beperkende gevolgen van haar netwerk van vrieskistovereenkomsten de overhand hebben op de voordelen van de eruit volgende doeltreffendheid op het gebied van de distributie. Zij betwist tevens dat deze voordelen enkel haar en haar detailhandelaren ten goede komen en, ten aanzien van een op ruimere wijze begrepen algemeen belang, niet de nadelen compenseren die deze overeenkomsten op mededingingsvlak met zich brengen. Tot slot komt HB op tegen de conclusie vervat in punt 234 van de considerans van de litigieuze beschikking, dat het uit het exclusiviteitsbeding volgende voordeel dat het gehele grondgebied wordt gedekt, niet kan opwegen tegen de nadelen van de afscherming van de markt, die ook aan het HB-netwerk van vrieskistovereenkomst toe te schrijven zijn.

- 121 HB merkt meer in het bijzonder op dat de litigieuze beschikking gebrekkig is wegens drie rechtsdwalingen ten aanzien van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 122 In de eerste plaats voert zij aan dat de litigieuze beschikking een fundamentele denkfout bevat met betrekking tot het verband tussen artikel 85, lid 1, en artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Zij merkt op dat volgens de litigieuze beschikking artikel 85, lid 3, van het Verdrag vereist dat de beperking van de mededinging wordt afgewogen tegen de mogelijkheid om te beschikken over voordelen die een ontheffing rechtvaardigen (zie punten 222-225 van de considerans). Blijkens de litigieuze beschikking beperkt HB de mededinging in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, omdat zij te doeltreffend concurreert door de detailhandelaren en de consument voordelen te verschaffen (zie punt 226 van de considerans). Aangezien deze voordelen beweerdelijk de mededinging beperken, kan er geen rekening meer mee worden gehouden bij de toekenning van een ontheffing op basis van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. De redenering van de Commissie vormt bijgevolg een „vicieuze cirkel”.
- 123 In de tweede plaats zijn volgens HB de verschillende toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag cumulatief in die zin, dat aan elk ervan moet zijn voldaan opdat een ontheffing kan worden verleend. Voor elk van deze

voorwaarden moet evenwel afzonderlijk worden nagegaan of eraan is voldaan. De Commissie kan dan ook niet aanvoeren dat de voordelen die de HB-vrieskistovereenkomsten bieden, automatisch worden geneutraliseerd door de beperkende gevolgen van genoemde overeenkomsten, aangezien de vraag of de mededinging wezenlijk is uitgeschakeld moet worden behandeld los van de vraag van de voordelen die uit de betrokken overeenkomsten voortvloeien. Het Gerecht heeft dit vereiste van een afzonderlijke beoordeling duidelijk gesteld in punt 122 van het reeds aangehaalde arrest *Matra Hachette/Commissie*. HB merkt op dat de verbetering van de distributie voor de detailhandelaren op het vlak van de vermindering van de kosten voor vervoer en regelmatige bevoorrading, en de verbetering van de distributie voor de leveranciers op het vlak van planning, logistiek en stimulering van de vraag door maximalisering van de beschikbaarheid en de zichtbaarheid van producten, volgens de Commissie kunnen worden genegeerd, wegens beweerde negatieve gevolgen voor de mededinging op de relevante markt. Anders dan de Commissie beweert (zie hierna punt 130), is, wanneer objectieve voordelen van een overeenkomst zijn vastgesteld, de vraag of de markt is afgeschermd enkel relevant voor de criteria van de wezenlijke uitschakeling van de mededinging volgens artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Punt 180 van het reeds aangehaalde arrest *Langnese-Iglo/Commissie*, dat door de Commissie is aangehaald, spreekt de argumenten van HB in dit verband niet tegen (zie wederom hierna punt 130).

124 In de derde plaats voert HB aan dat de Commissie een vergissing heeft begaan bij het onderzoek op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, door zich te baseren op het feit dat de relevante markt is afgeschermd. De werkelijke afschermingsgraad van de markt is immers niet hoger dan 6 %.

125 HB voert tevens aan dat de gedetailleerde toepassing door de Commissie van bepaalde voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, uitgaat van een verkeerde rechtsopvatting. Zij merkt in dat verband op dat de litigieuze beschikking (zie punt 227 van de considerans) erkent dat de beschikbaarheid van vrieskisten op een zeer groot aantal verkooppunten, die de gehele geografische markt bestrijkt en voor een groot deel het gevolg is van het vrieskistennet van HB, kan worden beschouwd als een objectief voordeel, met name voor de distributie, en dat het exclusiviteitsbeding bijdraagt tot de verwezenlijking van dit voordeel. De Commissie probeert dit voordeel evenwel te ontkennen door aan te nemen dat HB met het oog op winstmaximalisering, ook

zonder exclusiviteitsbeding vrieskisten zal blijven verstrekken. De Commissie mag evenwel niet veronderstellen dat HB ook zonder exclusiviteitsbeding zal doorgaan met de verstrekking van vrieskisten. HB voert bovendien aan dat de Commissie, anders dan zij in de punten 232 en 233 van de considerans van de litigieuze beschikking heeft verklaard, niet mag aannemen dat er concurrerende leveranciers bestaan die een assortiment producten dat vergelijkbaar is met dat van HB kunnen produceren, en tegen even lage kosten als HB, waardoor zij deze producten kunnen verdelen op de verkooppunten die voor HB een te laag omzetcijfer hebben en verkopen aan detailhandelaren die, in de veronderstelling dat zij niet meer door HB met consumptie-ijs worden bevoorrad, in staat zouden zijn hun eigen vrieskisten te verstrekken. Zij voert tevens aan dat niet bewezen is dat een onafhankelijke groothandelaar tegen lagere kosten en op doeltreffender wijze dan HB zou kunnen distribueren, noch dat enkel de aard van de vrieskistovereenkomsten van HB belet dat een nieuw ondernemerstype van onafhankelijke groothandelaar ontstaat.

- 126 HB voert aan dat in de context van de distributie de term „onmisbaar” niet betekent dat er geen ander distributiestelsel voor de producten bestaat, maar enkel dat de beperkingen nodig zijn ter verwezenlijking van het door de producent vastgestelde productiebeleid, dat voordelen oplevert in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Zij is van mening dat, zo verkooppunt-exclusiviteit onmisbaar kan worden geacht voor de verwezenlijking van genoemde voordelen, zoals de groepsvrijstellingen voor distributieovereenkomsten en exclusieve-afnameovereenkomsten duidelijk erkennen, hetzelfde moet gelden voor exclusiviteitsbedingen in verband met vrieskisten.
- 127 HB voegt hieraan toe dat een verbod op het exclusiviteitsbeding duidelijk een negatieve weerslag zou hebben op haar situatie alsmede op haar distributieovereenkomsten. In de eerste plaats zou zij een concurrentieel nadeel lijden doordat een concurrent haar activa zou mogen gebruiken, zonder uitgaven te moeten doen om de betrokken verkooppunten een vrieskist te verstrekken, en tegelijkertijd HB zou kunnen uitsluiten van de door hem verstrekte vrieskisten. In de tweede plaats zou het niet mogelijk zijn hetzelfde, even volledige assortiment HB-producten in de vrieskisten aan te bieden, hetgeen de verkoop zou doen dalen. De kosten voor de terbeschikkingstelling en het onderhoud van de vrieskist zouden niet meer kunnen worden teruggewonnen, aangezien deze kosten worden afgewenteld op de verkoop van HB-consumptie-ijs. In de derde plaats zouden de distributiekosten voor consumptie-ijs stijgen op de door de litigieuze beschikking bedoelde en op de andere verkooppunten.

- 128 Volgens HB biedt haar distributiestelsel de consumenten voordelen, overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Anders zou de Commissie immers geen bekendmaking op basis van artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 (zie hiervóór punt 12) hebben doen uitgaan waarin werd verduidelijkt dat een vrijstelling gerechtvaardigd was. In feite is een groot deel van de gronden voor de groepsvrijstelling op basis van verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve-afnameovereenkomsten (PB L 173, blz. 5), eveneens ongeldig.
- 129 HB voegt hieraan toe dat haar distributieovereenkomsten niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen, aangezien, zelfs volgens de stelling van de Commissie, 60 % van de relevante markt niet is afgeschermd. Zij merkt tevens op dat de verwijzing, in punt 245 van de considerans van de litigieuze beschikking, naar het feit dat de mededingingsstructuur van de relevante markt sinds tal van jaren geen grote wijzigingen heeft ondergaan, niet strookt met de feiten, aangezien de litigieuze beschikking er geen rekening mee houdt dat recentelijk grote innoverende leveranciers zoals Mars, Nestlé en Häagen-Dazs die markt hebben betreden.
- 130 Volgens de Commissie schuilt geen fundamentele denkfout in de litigieuze beschikking. Een vrijstelling kan immers slechts worden verleend nadat de beperkende gevolgen van de overeenkomst zijn afgewogen tegen de voordelen die zij biedt. Deze voordelen „mogen niet worden gelijkgesteld met elk voordeel dat de partners uit de overeenkomst halen”. Zij voert tevens aan dat de litigieuze beschikking alle voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag afzonderlijk onderzoekt. Zij heeft in de litigieuze beschikking geconcludeerd dat de overeenkomsten van HB niet aan de voorwaarden voldeden, omdat zij niet bijdroegen tot verbetering van de verdeling der producten, de gebruikers geen billijk aandeel in de uit de overeenkomsten voortvloeiende voordelen gaven, niet onmisbaar waren voor het bereiken van deze doelstellingen en HB de mogelijkheid gaven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. De Commissie is van mening, onder verwijzing meer in het bijzonder naar punt 180 van het arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, en naar punt 142 van het arrest Schöller/Commissie, reeds aangehaald, dat haar beoordeling van de eerste van de vier in artikel 85, lid 3, van het Verdrag neergelegde voorwaarden, niet uitgaat van een verkeerde rechtsopvatting.



- 131 Volgens de Commissie spitst het verzoekschrift van HB zich toe op slechts één van de vier criteria waaraan moet zijn voldaan voor de verkrijging van een vrijstelling, te weten de verbetering van de verdeling der producten of de verbetering van de technische of economische vooruitgang, en behandelt het de andere criteria niet in detail. Bovendien heeft HB niet aangetoond waarom de voordelen van haar distributiestelsel, gesteld dat die er zijn, voortvloeien uit het exclusiviteitsbeding en niet uit andere factoren.
- 132 De Commissie voert aan dat alle in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden gelijktijdig moeten zijn vervuld. Volgens haar heeft HB tevens de in de punten 239 en 240 van de considerans van de litigieuze beschikking vervatte conclusies, volgens welke het exclusiviteitsbeding de keuze van de gebruikers reduceert en niet garandeert dat zij voordelen halen uit de verhoogde doeltreffendheid, niet betwist of zelfs maar aan de orde gesteld. De Commissie betwist de stelling van HB dat het exclusiviteitsbeding in aanmerking komt voor een vrijstelling naar analogie met de groepsvrijstellingen voor exclusieve distributie en exclusieve afname. Zij is van mening dat het evenwicht tussen de beperkingen en hun voordelen, voor de beoordeling waarvan het begrip onmisbaar belangrijk is, verschillend is in het geval van impulsifs. Ofschoon voor vele producten verticale beperkingen van de vrijheid van detailhandelaren aanvaardbaar zijn omdat zij de mededinging tussen merken stimuleren, is mededinging tussen merken evenwel minder waarschijnlijk voor impulsproducten, omdat gebruikers doorgaans geen winkel binnenstappen met het doel deze producten te kopen, en deze producten niet vergelijken tussen verkooppunten. Bovendien gaan de voordelen van de betrokken groepsvrijstellingen verloren indien er onvoldoende mededinging voor de betrokken producten bestaat, zoals in de reeds aangehaalde zaak Iglo/Commissie het geval was. Dat HB schade kan lijden indien zij een bepaalde handelspraktijk staakt, betekent bovendien niet dat deze praktijk onmisbaar is.
- 133 Aangaande de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarde met betrekking tot de mogelijkheid de mededinging uit te schakelen, voert de Commissie aan dat HB zich niet heeft uitgesproken over de overwegingen 242 tot en met 246 van de litigieuze beschikking, inzake het gebrek aan mededinging op de relevante markt en de belemmeringen voor de toegang van nieuwe leveranciers. De Commissie merkt in dat verband op dat HB enkel haar

opvatting betwist dat de mededingingsstructuur op de relevante markt sinds tal van jaren geen grote wijzigingen heeft ondergaan (punt 245 van de considerans van de litigieuze beschikking). Zij verklaart opnieuw dat de relevante markt in feite voor 80 % door HB beheerst blijft.

- 134 Volgens de Commissie zijn de hiervóór in punt 128 uiteengezette argumenten van HB onjuist en vormen zij een nieuw middel dat niet in het verzoekschrift is aangevoerd en dat derhalve ingevolge artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk is.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 135 Het is vaste rechtspraak dat de toetsing door het Gerecht van ingewikkelde economische beoordelingen door de Commissie in het kader van de haar bij artikel 85, lid 3, van het Verdrag toegekende beoordelingsmarge met betrekking tot elk van de daarin genoemde vier voorwaarden, dient te worden beperkt tot de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie in die zin arresten Gerecht van 23 februari 1994, CB en Europay/Commissie, T-39/92 en T-40/92, Jurispr. blz. II-49, punt 109; Matra Hachette/Commissie, reeds aangehaald, punt 104, en 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, T-29/92, Jurispr. blz. II-289, punt 288). Het staat niet aan het Gerecht om zijn beoordeling in de plaats van die van de Commissie te stellen.
- 136 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, ten overstaan van de Commissie te bewijzen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan (zie in die zin arresten Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBVB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 52, en 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 45, arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 179).

- 137 Voor de verlening door de Commissie van een individuele vrijstellingsbeschikking dient de overeenkomst of het besluit van de ondernemersvereniging cumulatief aan de vier in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden te voldoen. Het volstaat dat aan een van de vier voorwaarden niet is voldaan opdat de vrijstelling moet worden geweigerd (zie in die zin arrest VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald, punt 61; beschikking Hof van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie, C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 34; arresten Matra Hachette/Commissie, reeds aangehaald, punt 104, en SPO e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 267 en 286).
- 138 Vastgesteld zij dat, anders dan HB aanvoert (zie hiervóór in punt 123), uit de litigieuze beschikking duidelijk blijkt dat de Commissie de distributieovereenkomst van HB in detail heeft onderzocht tegen de achtergrond van elk van de vier in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden (zie punten 221-254 van de considerans van de litigieuze beschikking).
- 139 Ingevolge de eerste van deze voorwaarden moeten de overeenkomsten die voor vrijstelling in aanmerking komen, „bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang”. Dienaangaande zij erop gewezen, dat volgens de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht, verbetering niet samenvalt met ieder voordeel dat partijen voor hun productie of distributie aan de overeenkomst ontnemen. Die verbetering moet met name zodanige aanmerkelijke, objectieve voordelen met zich brengen, dat zij de nadelen op het vlak van de mededinging opheft (zie arrest Hof van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429, 502, en arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 180).
- 140 Deze eerste voorwaarde is onderzocht in de punten 222 tot en met 238 van de considerans van de litigieuze beschikking. De Commissie heeft met name erkend dat de vrieskistovereenkomsten van HB bepaalde of alle in de vijfde overweging van de considerans van verordening nr. 1984/83 genoemde voordelen kunnen opleveren voor HB zelf en voor de detailhandelaren die partij zijn bij deze overeenkomsten, en dat de thans door HB gebruikte distributiemethode haar, alsmede haar detailhandelaren, een aantal voordelen wat doeltreffendheid betreft

kon bieden op het vlak van planning, organisatie en verdeling. Derhalve heeft de Commissie geoordeeld, dat deze overeenkomsten geen zodanige aanmerkelijke objectieve voordelen opleverden dat zij de nadelen op het vlak van de mededinging compenseerden. Tot staving van deze stelling heeft zij geoordeeld dat de betrokken vrieskistovereenkomsten de positie van HB op de relevante markt aanzienlijk versterkten, met name ten opzichte van haar potentiële concurrenten. Dienaangaande heeft zij terecht opgemerkt dat de versterking van de positie van een onderneming met een zodanig gewicht op de relevante markt als HB, de mededinging niet bevorderde, maar afremde, omdat het overeenkomstenet van deze onderneming een aanzienlijke belemmering vormde voor toetreding tot de markt van andere ondernemingen en voor de expansie op de markt van reeds aanwezige concurrenten (zie met name punten 225 en 236 van de considerans van de litigieuze beschikking en, naar analogie, arrest Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 182). Tevens zij in herinnering gebracht dat de graad van afscherming van de relevante markt 40 % bedraagt (zie hiervoor punt 98) en niet 6 %, zoals HB aanvoert (zie hiervoor punt 124).

- 141 Derhalve is het Gerecht van oordeel dat, anders dan HB heeft aangevoerd (zie hiervoor punt 123), de Commissie bij de toetsing van de distributieovereenkomst van HB aan de eerste voorwaarde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, terecht rekening heeft gehouden met de belemmeringen die het exclusiviteitsbeding veroorzaakt voor de toegang tot de relevante markt en, bijgevolg, met de eruit voortvloeiende verzwakking van de mededinging (zie, naar analogie, arresten Consten en Grundig/Commissie, reeds aangehaald, punt 502, en Langnese-Iglo/Commissie, reeds aangehaald, punt 180). Hieruit volgt dat het hiervoor in punt 122 vermelde argument van HB, dat in de punten 222 tot en met 225 van de considerans van de litigieuze beschikking een fundamentele denkfout schuilt met betrekking tot het verband tussen artikel 85, lid 1, en artikel 85, lid 3, van het Verdrag, niet kan worden aanvaard, aangezien de Commissie volgens vaste rechtspraak in dit verband verplicht is na te gaan of er aanmerkelijke, objectieve voordelen bestaan die de nadelen van een overeenkomst op het vlak van de mededinging opheffen.

- 142 Voorts zij opgemerkt dat de distributieovereenkomsten van HB twee bijzondere aspecten vertonen, namelijk de „gratis” verstrekking van vrieskisten aan detailhandelaren en de verbintenis van laatstgenoemden om deze vrieskisten uit-

sluitend te gebruiken om HB-consumptie-ijs op te slaan. De voordelen nu die de betrokken overeenkomsten opleveren, vloeien voort uit het eerste aspect en kunnen dus ook zonder exclusiviteitsbeding worden verwezenlijkt.

- 143 Bovendien moet worden ingestemd met de verklaring van de Commissie in punt 227 van de considerans van de litigieuze beschikking, dat ofschoon de ruime beschikbaarheid van vrieskisten op verkooppunten voor de verkoop van impuls-ijproducten, die de gehele geografische markt bestrijkt en voor een groot deel het gevolg is van het vrieskistennet van HB, kan worden beschouwd als een objectief voordeel inzake de verdeling van haar producten in het algemeen belang, het niettemin onwaarschijnlijk is dat HB detailhandelaren definitief niet langer vrieskisten, op welke voorwaarden ook, zou verstrekken, behoudens in een klein aantal gevallen, wanneer HB zou worden beperkt in haar mogelijkheden om een exclusiviteitsverplichting voor deze vrieskisten op te leggen. HB heeft niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke vergissing heeft begaan door te oordelen dat een onderneming als HB, die haar positie op de relevante markt wenst te behouden, vanuit handelsoogpunt op zo veel mogelijk verkooppunten aanwezig wil zijn (zie punt 228 van de considerans en hiervóór punt 125). Anders dan HB aanvoert, heeft de Commissie immers niet slechts verondersteld, dat HB vrieskisten op de relevante markt zou blijven verstrekken, maar heeft zij een prognose opgemaakt van de werking van deze markt na de vaststelling van de litigieuze beschikking. Anders dan HB beweert (zie hiervóór punt 125) mocht de Commissie zich bovendien beroepen op het argument dat de concurrenten van HB een beleid konden voeren dat erin bestond, vrieskisten te verstrekken aan de verkooppunten die voor HB een te laag omzetcijfer op het vlak van impulsijs hadden, zulks tegen betere voorwaarden dan die welke de detailhandelaren zelf konden hopen te verkrijgen indien HB aan bepaalde verkooppunten geen vrieskisten meer zou verstrekken. De Commissie mocht tevens melding maken van de mogelijkheid, dat vrieskisten worden geplaatst door onafhankelijke wederverkopers, die zich bij verschillende bronnen bevoorraden en voldoen aan de vraag van alle verkooppunten waar HB zijn apparaten heeft weggehaald of waaraan zij besluit niet meer te leveren. Aangezien het gaat om een prognose door de Commissie, kan HB deze enkel aanvechten wegens een kennelijke beoordelingsfout, indien zij daarvoor concrete gegevens aanvoert, hetgeen zij in casu niet heeft gedaan.

- 144 Aangezien de distributieovereenkomsten van HB niet voldoen aan de eerste van de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag genoemde voorwaarden, moet het derde middel derhalve worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden nagegaan of de Commissie een kennelijke vergissing heeft begaan bij de beoordeling van de andere in deze bepaling genoemde voorwaarden. Het volstaat immers dat één van de voorwaarden niet is vervuld opdat de vrijstelling moet worden geweigerd.

*Het vierde middel, inzake dwaling ten aanzien van het recht bij de toepassing van artikel 86 van het Verdrag*

#### Argumenten van partijen

- 145 HB komt in haar verzoekschrift niet op tegen de vaststellingen in de litigieuze beschikking aangaande het bestaan van een machtspositie, maar enkel tegen de vaststellingen aangaande het misbruik van deze positie (zie punt 263 van de considerans), met name de vaststelling dat zij de detailhandelaren ertoe aanzet haar exclusiviteit te verlenen, doordat zij hun vrieskisten verstrekt en het onderhoud daarvan verzorgt zonder dat de detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding hoeven te betalen.
- 146 Ter terechtzitting en in haar opmerkingen aangaande de memorie in interventie van Mars, heeft HB evenwel verklaard dat zij geen machtspositie innam. Zij stelt dat, indien, zoals het Hof heeft geoordeeld, een machtspositie betekent dat een onderneming gedurende langere tijd een marktaandeel kan behouden „zonder dat de houders van veel kleinere marktaandelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden” (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-LaRoche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 41), zij dan kennelijk niet een dergelijke positie inneemt. Zij merkt op dat meerdere andere leveranciers, met name multinationale ondernemingen als Nestlé en Mars, over ruimschoots voldoende capaciteit beschikken om haar detailhandelaren-klanten te bevoorraden, zo deze zich van haar zouden willen afwenden.

- 147 Volgens HB is het vreemd om een wijdverbreide praktijk, die de Commissie niet wil kenschetsen als mededingingsbeperkend en waarvan wordt erkend dat zij de partijen bij de overeenkomst voordelen biedt, als misbruik aan te merken.
- 148 HB betwist het argument van de Commissie dat het exclusiviteitsbeding afdoet aan de vrijheid van de detailhandelaren om hun leveranciers te kiezen op basis van de kwaliteit van de producten. Deze verklaring spreekt bovendien punt 259 van de considerans van de litigieuze beschikking tegen, waarin uitdrukkelijk wordt erkend dat de grote meerderheid van de detailhandelaren ervoor kiest HB-producten te verkopen en dit vaak op basis van exclusiviteit. HB voegt hieraan toe dat veel van de betrokken detailhandelaren helemaal geen consumptie-ijs in voorraad zouden nemen indien hun geen vrieskist werd verstrekt. De bevoorrading van kleine detailhandelaren met consumptie-ijs en de verstrekking van een vrieskist verbeteren de algemene doeltreffendheid van HB en doen de mededinging toenemen. HB is van mening dat de benadering in de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest van het Hof van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, I-7794), inzonderheid in de punten 57 en 65, tevens geldt voor het exclusiviteitsbeding. De verstrekking van exclusiviteitsvrieskisten is bijgevolg een facet van de mededinging op de relevante markt. HB merkt op dat haar vrieskisten geen „essential facilities” zijn, aangezien concurrenten van HB niet materieel wordt belet, vrieskisten te plaatsen op de verkooppunten die andere merken impulsijs in voorraad willen nemen.
- 149 HB voert tevens aan dat de positie van de Commissie inzake de afscherming van de markt niet strookt met artikel 86 van het Verdrag, aangezien in alle gevallen waarin een verticale exclusiviteit als misbruik is aangemerkt, het Hof of het Gerecht uitdrukkelijk of stilzwijgend een drempel of een minimumcriterium van marktafscherming heeft toegepast (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald; arrest Hof van 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, en arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald; arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389). HB voert aan dat, aangezien het percentage verkooppunten dat

potentieel ontoegankelijk kan zijn wegens de verstrekking van vrieskisten, niet hoger is dan 6 %, de drempel van de merkbare invloed die vereist is opdat sprake is van misbruik bestaande in afscherming van de markt door middel van een exclusiviteitsbeding, niet wordt bereikt.

- 150 HB merkt in haar repliek op dat de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zodat zij haar dossier met betrekking tot artikel 85 van het Verdrag heeft „gerecycleerd” tot een dossier met betrekking tot artikel 86 van het Verdrag, ofschoon het Gerecht deze praktijk heeft bekritiseerd in zijn arrest van 10 maart 1992, SIV e.a./Commissie (T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403, punt 360; hierna: „arrest Vlakglas”).
- 151 De Commissie, ondersteund door interveniënten, brengt in herinnering dat het begrip misbruik een objectief begrip is (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald). Zo kan de „versterking van de machtspositie ener onderneming, ongeacht de daartoe aangewende middelen of handelwijzen, misbruik [...] opleveren en ingevolge artikel 86 van het Verdrag [...] zijn verboden” (arrest Hof van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 27). Aangaande het argument van HB dat het exclusiviteitsbeding geen misbruik kan vormen aangezien het om een gangbare praktijk gaat, voert de Commissie aan dat zelfs een gangbare praktijk in de industrie misbruik van een machtspositie kan opleveren. Zij voegt hieraan toe dat HB zich niet kan beroepen op het feit dat de situatie voortvloeit uit de vrije keuze van de detailhandelaren. HB heeft hen immers ertoe aangezet om exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten, hetgeen misbruik vormt.
- 152 Het exclusiviteitsbeding belemmert de toegang tot de markt en de uitbreiding van de relevante markt, en versterkt de machtspositie van de op de markt aanwezige leverancier. Eventuele mededinging door reeds aanwezige of potentiële leveranciers wordt op die manier geminimaliseerd. Detailhandelaren worden verhinderd hun keuzevrijheid uit te oefenen ten aanzien van het assortiment producten dat zij wensen op te slaan en de optimalisering van de ruimte van het verkooppunt. Bovendien wordt de keuze van de gebruikers gereduceerd. De Commissie betoogt dat de praktijk van HB om de kosten van de vrieskist te verbinden met een exclusiviteitsbeding, ofschoon tussen beide geen objectief verband bestaat, niet strookt met een normale mededinging voor verbruiksgoederen. Bovendien



vertegenwoordigen de betrokken verkooppunten 40 % van alle verkooppunten van op markt, en niet 6 % zoals HB aanvoert. De Commissie betoogt tot slot dat HB noch de status noch de bron van zijn „tolerantiedrempel” heeft verduidelijkt, en niet heeft uitgelegd waarom misbruik van een dergelijke omvang niet onder artikel 86 van het Verdrag zou kunnen vallen.

- 153 De Commissie beklemtoont tevens dat haar beoordeling ten aanzien van artikel 85 van het Verdrag verschilt van die met betrekking tot artikel 86 van het Verdrag, zodat HB geen argument kan putten uit het arrest Vlakglas. Zij merkt op dat het Gerecht in dit arrest heeft geoordeeld dat de Commissie de feiten die een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vormden, had „gerecycleerd” en er zonder enig marktonderzoek uit te voeren uit had geconcludeerd, dat de partijen samen een aanzienlijk marktaandeel hadden, waarna zij uit dit enkele feit had afgeleid dat zij een collectieve machtspositie innamen en had geconcludeerd dat hun ongeoorloofde gedrag misbruik van deze machtspositie vormde.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 154 Het is vaste rechtspraak dat zeer grote marktaandelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie vormen. Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevindt zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders van veel kleinere marktaandelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 41, en arrest Gerecht van 22 november 2001, AAMS/Commissie, T-139/98, Jurispr. blz. II-3413, punt 51). Verder is een machtspositie een situatie waarin een onderneming een economische macht bezit die haar in de gelegenheid stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen, doordat haar de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke

mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, haar afnemers en, ten slotte, de consument (arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 65, en arrest AAMS/Commissie, reeds aangehaald, punt 51).

155 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de litigieuze beschikking de relevante markt definieert als die van afzonderlijk verpakte porties impulsijs in Ierland (punten 138 en 140 van de considerans van de litigieuze beschikking), en dat HB de juistheid van deze definitie niet betwist. Ofschoon HB niet opkomt tegen de verklaring van de Commissie in de punten 28 en 259 van de considerans van de litigieuze beschikking, dat haar aandeel in volume en in waarde van de relevante markt hoger is dan 75 %, en dat zij dit aandeel gedurende meerdere jaren heeft gehandhaafd, meent HB dat zij op deze markt geen machtspositie inneemt. Op het moment waarop de litigieuze beschikking is gegeven, bedroeg het marktaandeel van HB 89 % (zie hiervóór punt 90). In dit verband zij er tevens aan herinnerd dat de andere leveranciers van impulsijs die op deze markt aanwezig zijn, zoals Mars en Nestlé, slechts zeer beperkte marktaandelen hebben (zie punten 32 en 34 van de considerans van de litigieuze beschikking), en dit ondanks het feit dat laatstgenoemden belangrijke actoren zijn op de verwante markten van snoepwaren en chocolade en deze producten op dezelfde verkooppunten verkopen als die welke in casu in geding zijn. Bovendien beschikken Mars en Nestlé over merken die zeer bekend zijn om hun producten, alsmede over de ervaring en de financiële draagkracht die nodig zijn om nieuwe markten te betreden. Hieruit volgt dat HB niet alleen een uiterst aanzienlijk deel van de relevante markt inneemt, maar dat er ook een aanzienlijke kloof is tussen haar marktaandeel en dat van de concurrenten die onmiddellijk na haar komen.

156 Verder blijkt uit het dossier met name dat HB over het ruimste en het populairste assortiment producten op de relevante markt beschikt, dat zij op ongeveer 40 % van de verkooppunten op de relevante markt de enige leverancier van impulsijs is, dat zij deel uitmaakt van de multinationale groep Unilever, die sinds tal van jaren consumptie-ijs produceert en in de handel brengt in alle lidstaten en in vele andere landen, waar de ondernemingen van de groep zeer vaak de belangrijkste leveranciers zijn op hun respectieve markt, en dat het merk HB een zeer grote bekendheid geniet. Derhalve is het Gerecht van oordeel dat de Commissie terecht

heeft geconcludeerd dat HB voor vele detailhandelaren op de relevante markt een onmisbare partner is en dat zij op deze markt een machtspositie bekleedt.

- 157 Vervolgens moet worden nagegaan of de conclusie van de Commissie in de litigieuze beschikking, dat HB misbruik maakt van haar machtspositie op de relevante markt, gegrond is. Volgens vaste rechtspraak vallen onder de in objectieve zin te verstane term misbruik, gedragingen van een dominerende onderneming welke invloed uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving van de op de markt nog aanwezige mededinging of de ontwikkeling van die mededinging wordt belet met andere middelen dan die welke worden gehanteerd bij een normale mededinging tussen goederen of diensten op basis van ondernemersprestaties of diensten (arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 91, en AKZO/Commissie, reeds aangehaald, punt 69). Hieruit volgt dat artikel 86 van het Verdrag een dominerende onderneming verbiedt, een concurrent uit te schakelen en zo haar positie te versterken door andere middelen te hanteren dan die welke behoren tot mededinging op basis van verdiensten. Het in deze bepaling neergelegde verbod wordt ook gerechtvaardigd door het streven, de consument geen schade te berokkenen (zie in die zin arrest Europemballage en Continental Can/Commissie, reeds aangehaald, punt 26, en arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 526 en 527).
- 158 Hieruit volgt dat, hoewel de vaststelling van het bestaan van een machtspositie op zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming inhoudt, op de onderneming, los van de oorzaken van die machtspositie, wel een bijzondere verantwoordelijkheid rust om ervoor te zorgen, dat haar gedrag geen beletsel vormt voor een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 57).
- 159 Het Gerecht stelt om te beginnen vast dat HB terecht aanvoert dat de verstrekking van vrieskisten op basis van exclusiviteit een veel voorkomend gebruik vormt op de relevante markt (zie hiervóór punt 85). Bij normale

marktmededinging worden deze overeenkomsten gesloten in het belang van beide partijen en kunnen zij in beginsel niet worden verboden. Deze overwegingen, die van toepassing zijn bij normale marktmededinging, zijn evenwel niet zonder voorbehoud aanvaardbaar in het geval van een markt waar, juist wegens de machtspositie van een van de operatoren, de mededinging reeds beperkt is. Handelsactiviteiten die bijdragen tot de verbetering van de productie of de verdeling der producten op een evenwichtige markt en een gunstig effect sorteren op de mededinging, kunnen deze laatste beperken wanneer zij worden uitgeoefend door een onderneming die op de relevante markt een machtspositie bekleedt. Wat de aard van het exclusiviteitsbeding betreft, is het Gerecht van oordeel dat de Commissie in de litigieuze beschikking terecht heeft geoordeeld dat HB misbruik maakte van haar machtspositie op de relevante markt, omdat zij detailhandelaren die niet over een eigen of een door een andere leverancier van consumptie-ijs dan HB verstrekte vrieskist beschikten voor de opslag van impulsij, aanzette tot het sluiten van vrieskistovereenkomsten op basis van exclusiviteit. Deze schending van artikel 86 vindt hier plaats doordat de detailhandelaren de terbeschikkingstelling van een vrieskist en het onderhoud daarvan wordt aangeboden zonder dat deze detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding hoeven te betalen.

- 160 Wanneer een onderneming die op een markt een machtspositie bekleedt, de facto — ook al is het op hun verzoek — 40 % van de verkooppunten op de relevante markt aan zich bindt door een exclusiviteitsbeding, waardoor die verkooppunten in werkelijkheid een exclusiviteit wordt opgelegd, vormt zulks misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag. Het exclusiviteitsbeding heeft immers tot gevolg dat de betrokken detailhandelaren wordt belet, andere merken consumptie-ijs te verkopen, of dat hun mogelijkheden deze producten te verkopen worden verminderd, ook al bestaat er een vraag naar dergelijke merken, en dat concurrerende producenten de toegang tot de relevante markt wordt ontzegd. Hieruit volgt dat het hiervóór in punt 149 vermelde argument van HB, volgens hetwelk het percentage verkooppunten dat potentieel ontoegankelijk kan zijn wegens de verstrekking van vrieskisten, niet hoger is dan 6 %, onjuist is en dient te worden afgewezen.

- 161 Verder doen de verwijzingen van HB naar de reeds aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest Bronner in casu niet ter zake, omdat, zoals

de Commissie terecht in haar memories aanvoert, zij in de litigieuze beschikking niet heeft verklaard dat de HB-vrieskisten „essential facilities” zijn, welke vraag in de conclusie aan de orde is gesteld, en HB op basis van deze beschikking geen deel activa moet afstoten, noch dat zij overeenkomsten moet sluiten met personen die zij niet heeft gekozen.

- 162 Bovendien is het Gerecht van mening dat het argument van HB met betrekking tot de „recyclage” van het dossier (zie hiervóór punt 150) moet worden afgewezen. Anders dan hetgeen in het arrest Vlakglas is bekritiseerd, heeft de Commissie de feiten die een schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen, niet slechts „gerecycleerd” om vast te stellen dat de bedoelde gedraging ook artikel 86 van het Verdrag schendt. De Commissie heeft in casu in de litigieuze beschikking de relevante markt uitvoerig geanalyseerd en geconcludeerd dat HB een machtspositie op deze markt bekleedde. De Commissie heeft vervolgens terecht geconcludeerd dat HB, door de detailhandelaren ertoe aan te zetten zich uitsluitend bij haar te bevoorraden in de omstandigheden als bedoeld hiervóór in de punten 159 en 160, beroep heeft gedaan op middelen die verschillen van die welke een normale mededinging in de sector van de verbruiksgoederen beheersen.

- 163 Derhalve moet het vierde middel worden afgewezen.

*Het vijfde middel, ontleend aan dwaling ten aanzien van het recht in verband met niet-inachtneming van het eigendomsrecht en schending van artikel 222 van het Verdrag*

Argumenten van partijen

- 164 HB voert aan dat de toepassing van de mededingingsregels in de litigieuze beschikking een ongerechtvaardigde en onevenredige schending vormt van haar

eigendomsrecht, zoals erkend in artikel 222 van het Verdrag. Zij geeft toe dat het eigendomsrecht niet absoluut is, maar beklemt toont dat een beperking van dat recht geen te ver gaande en onaanvaardbare ingreep in de prerogatieven van de eigenaar mag vormen (zie arrest Hof van 13 december 1979, Hauer, 44/79, Jurispr. blz. 3727). Het verbod op het exclusiviteitsbeding moet het evenwel mogelijk maken dat door HB betaalde en onderhouden vrieskisten worden gebruikt voor de opslag van door derden verstrekt consumptie-ijs, hetgeen HB's eigendomsrecht op de vrieskisten en meer algemeen haar economische belangen ernstig aantast. HB is van mening dat, anders dan de Commissie in punt 219 van de considerans van de litigieuze beschikking aanvoert, haar eigendomsrecht niet op gepaste wijze kan worden beschermd door een afzonderlijke huur te vragen voor de vrieskist. Zij merkt op dat het beheer en de inning van huur hoge administratiekosten met zich zou brengen en dat verhuur de economische verstoringen van haar distributiestelsel als gevolg van de opslag van consumptie-ijs van derden in de vrieskisten, niet zou opheffen. Bovendien wordt zij kennelijk benadeeld ten opzichte van haar concurrenten, die gratis vrieskisten mogen blijven verstrekken.

- 165 HB betwist tevens de bewering van de Commissie (zie punt 213 van de considerans van de litigieuze beschikking) dat, aangezien zij vrieskisten op detailverkooppunten heeft geplaatst, elke contractuele beperking van het gebruik daarvan aan de mededingingsregels kan worden onderworpen. Zij beklemt toont dat op het vlak van intellectuele eigendom is aanvaard dat de wezenlijke onderdelen van het eigendomsrecht zich niet enkel uitstrekken tot het recht om licenties te verlenen (arrest Hof van 3 maart 1988, Allen & Hanburys, 434/85, Jurispr. blz. 1245, punt 11), het recht om te weigeren een derde een licentie te verlenen (arrest Hof van 5 oktober 1988, Volvo, 238/87, Jurispr. blz. 6211, punt 8) en het recht de aantasting van rechten te voorkomen (arrest Hof van 20 oktober 1993, Collins, C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145), maar ook tot bijzondere bepalingen van een licentieovereenkomst [zie punten 75, 79, 85, 86, 90 en 100 van beschikking 83/400/EEG van de Commissie van 11 juli 1983 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.395 — Windsurfing International) (PB L 229, blz. 1)]. Het exclusiviteitsbeding is kwalitatief vergelijkbaar met soorten bedingen die zijn toegestaan in licenties van rechten inzake intellectuele eigendom.
- 166 HB merkt op dat de economische waarde van haar vrieskistennet erin bestaat dat zij beschikt over de installaties die de verkooppunten nodig hebben om haar

consumptie-ijs op te slaan en te verkopen, inzonderheid verkooppunten die zonder verstrekking van een vrieskist geen consumptie-ijs kunnen verkopen omdat zij geen uitgaven voor hun eigen vrieskisten kunnen doen. Derhalve vloeien het recht van HB, de vrieskisten te kunnen controleren, en het feit dat zij aandringt op de ermee verbonden exclusiviteit voort uit het wezen of de essentie van haar rechten (arrest Hof van 5 oktober 1988, Alsatel, 247/86, Jurispr. blz. 5987).

- 167 De Commissie, ondersteund door interveniënten, voert aan dat het eigendomsrecht van HB niet is aangetast. Zij wijst erop dat HB, tegen betaling, reeds een deel van haar rechten op de vrieskisten aan de detailhandelaren heeft overgedragen. HB blijft dus eigenaar, maar heeft deze detailhandelaren een aantal rechten verleend. Bijgevolg is de verklaring van HB dat haar eigendomsrecht „in beslag genomen” is, zuiver retorisch. De detailhandelaren moeten betalen voor de verstrekking van de vrieskist, waarvan de kosten zijn inbegrepen in de prijs van het consumptie-ijs.
- 168 De Commissie is bovendien van mening dat, zo de detailhandelaren wordt toegestaan HB-vrieskisten te gebruiken om andere merken consumptie-ijs te verkopen, dit van hen nog geen „profiteurs” maakt, aangezien HB de kosten van haar investering op meerdere wijzen kan terugwinnen, inzonderheid door een afzonderlijke huur te vragen voor de verstrekking van de vrieskist. Zij betwist de stelling van HB dat het moeilijk zou zijn een dergelijke huur te innen, aangezien laatstgenoemde de leveringen van consumptie-ijs aan detailhandelaren reeds in rekening brengt. Zij merkt op dat HB niet heeft bewezen dat een aparte verhuurregeling haar verdeelnetwerk economisch zou ontwrichten. De Commissie is bovendien van mening dat HB niet zal worden gestraft ten opzichte van haar concurrenten indien laatstgenoemden de detailhandelaren gratis vrieskisten blijven verstrekken omdat, wanneer de kosten van het consumptie-ijs en de kosten van de vrieskist losgekoppeld zijn, het resultaat financieel neutraal zou moeten zijn voor detailhandelaren die consumptie-ijs van HB blijven kopen en dit blijven opslaan in door HB verstrekte vrieskisten.
- 169 De Commissie merkt op dat HB ten onrechte een parallel trekt tussen haar eigendomsrecht en het domein van de intellectuele eigendom, aangezien de houders van intellectuele-eigendomsrechten een zekere bescherming genieten om hen in staat te stellen hun uitgaven voor de betrokken producten terug te winnen.

Volgens de Commissie moet het algemeen belang van mededinging worden afgewogen tegen het algemeen belang van ontwikkeling van nieuwe geneesmiddelen of andere nuttige resultaten, waaruit de hele gemeenschap en ook de producent voordeel halen. Het algemeen belang van consumptie-ijs is verschillend. Zelfs al zou de situatie van HB onder de regels van de intellectuele eigendom vallen, tonen de door haar hiervóór in punt 165 aangehaalde zaken hoe dan ook aan dat de houder van een intellectueel-eigendomsrecht niet volledig onschendbaar is voor de mededingingsregels aangaande de wijze waarop hij zijn producten verkoopt.

### Beoordeling door het Gerecht

- 170 Volgens vaste rechtspraak behoort het eigendomsrecht tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, doch heeft het geen absolute gelding aangezien het in het kader van zijn functie in de maatschappij moet worden gezien. Het gebruik van het eigendomsrecht kan dus aan beperkingen worden onderworpen, voorzover die beperkingen daadwerkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduidbare ingreep vormen waardoor de aldus gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast (arrest Hauer, reeds aangehaald, punt 23; arresten Hof van 11 juli 1989, Schröder, 265/87, Jurispr. blz. 2237, punt 15, en 5 oktober 1994, Duitsland/Raad, C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punt 78). Artikel 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG) bepaalt dat, teneinde de doelstellingen van de Gemeenschap te bereiken, het optreden van deze laatste een regime omvat „waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst”. Hieruit volgt dat de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag één van de aspecten van het communautaire algemeen belang vormt (zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Cosmas bij het arrest Masterfoods en HB, reeds aangehaald, Jurispr. blz. I-11369, I-11371). Bijgevolg kunnen op basis van deze artikelen beperkingen worden aangebracht op het gebruik van het eigendomsrecht, mits zij niet onevenredig zijn en dit recht niet in zijn kern aantasten.



- 171 Het eigendomsrecht dat in het onderhavige geding aan de orde is, heeft betrekking op het vrieskistenbestand van HB en de rechten van HB om deze kisten commercieel te exploiteren. De litigieuze beschikking tast evenwel de eigendomstitel van HB op haar activa geenszins aan, maar regelt slechts in het algemeen belang een bijzondere vorm van exploitatie ervan, zoals ook bijvoorbeeld de wetgever in tal van lidstaten optreedt ter bescherming van de huurder. De litigieuze beschikking ontnemt HB niet het eigendomsrecht op haar vrieskistenbestand en belet haar evenmin deze activa te exploiteren door ze tegen commerciële voorwaarden te verhuren. Zij bepaalt enkel dat, indien HB besluit ze te exploiteren door ze „gratis” aan detailhandelaren te verstrekken, zij dit niet mag doen op basis van een exclusiviteitsbeding zolang zij een machtspositie op de relevante markt bekleedt. Hieruit volgt dat de Commissie in de litigieuze beschikking terecht heeft vastgesteld dat het exclusiviteitsbeding een inbreuk vormt op de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag op de verkooppunten die enkel over door HB verstrekte vrieskisten beschikken voor de opslag van impulsijs en noch over hun eigen vrieskist, noch over een of meer vrieskisten van een andere producent beschikken, en het door HB ingediende verzoek om ontheffing van het exclusiviteitsbeding op basis van artikel 85, lid 3, van het Verdrag terecht heeft afgewezen. Zij heeft HB voorts enkel aangemaand, deze inbreuken onmiddellijk te beëindigen en zich te onthouden van maatregelen met dezelfde strekking of hetzelfde gevolg. Derhalve brengt de litigieuze beschikking geen ongegronde beperking aan op de uitoefening van het eigendomsrecht van HB op haar vrieskisten.
- 172 Gelet op de beoordeling hiervóór in punt 114, moet bovendien het hiervóór in punt 164 uiteengezette argument van HB aangaande de nadelen die zijn verbonden aan de heffing van een afzonderlijke huur voor deze vrieskisten, worden afgewezen. Aangaande het argument van HB dat hiervóór in punt 164 is uiteengezet, volgens hetwelk zij wordt benadeeld ten opzichte van concurrenten die vrieskisten gratis mogen blijven verstrekken, brengt het Gerecht in herinnering dat de distributieovereenkomsten van HB, anders dan die van haar concurrenten, in aanzienlijke mate bijdragen tot afscherming van de relevante markt. Aangezien HB op deze markt een machtspositie bekleedt, rust op haar bovendien, los van de oorzaken van die machtspositie, een bijzondere verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat haar gedrag geen beletsel vormt voor een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 57, en hiervóór punt 158).

173 Derhalve dient het vijfde middel eveneens te worden afgewezen.

*Het zesde middel, ontleend aan schending van artikel 190 van het Verdrag*

Argumenten van partijen

174 HB voert aan dat de litigieuze beschikking, op ten minste vier punten, artikel 190 van het Verdrag schendt. In de eerste plaats is de definitie door de Commissie van „afscherming” van de markt gewijzigd tussen de mededeling van punten van bezwaar van 1993 en die van 1997. HB voegt hieraan toe dat de Commissie in dezelfde periode haar standpunt jegens haar heeft gewijzigd. In de tweede plaats is de litigieuze beschikking onvoldoende gemotiveerd omdat de Commissie de redenering van het reeds aangehaalde arrest Langnese-Iglo/Commissie inzake de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, niet heeft toegepast op het exclusiviteitsbeding. In de derde plaats is HB van mening dat de conclusies die de Commissie aan de feiten van de onderhavige zaak verbindt, in logisch opzicht ongegrond zijn, waardoor de litigieuze beschikking onvoldoende gemotiveerd is. In de vierde plaats is de litigieuze beschikking onvoldoende gemotiveerd omdat de Commissie heeft nagelaten uiteen te zetten waarom de exclusiviteit van de HB-vrieskist niet in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag onmisbaar was voor het bereiken van de voordelen die voortvloeien uit de HB-vrieskistovereenkomsten, ofschoon zij zowel in de mededeling van punten van bezwaar van 1993 als in de mededeling van 1995 (zie hiervóór punt 12) had erkend dat deze exclusiviteit een ontheffing kon rechtvaardigen.

175 De Commissie, ondersteund door interveniënten, herinnert eraan dat zij ingevolge artikel 190 van het Verdrag de redenen dient te vermelden die hebben geleid tot de daadwerkelijk gegeven beschikking, en niet de redenen die haar in een eerder stadium al dan niet tot een andere beschikking hadden kunnen brengen. Zij voert tevens aan dat zij haar standpunt sinds 1993 niet in aanzienlijke mate heeft gewijzigd. Zij heeft hoe dan ook het recht, haar oorspronkelijk standpunt te

wijzigen tegen de achtergrond van nieuwe feiten. Zo heeft zij rekening gehouden met de reeds aangehaalde arresten Langnese-Iglo/Commissie en Schöller/Commissie, die na de mededeling van punten van bezwaar van 1993 zijn geweest.

## Beoordeling door het Gerecht

- 176 Volgens vaste rechtspraak is de omvang van de motiveringsplicht afhankelijk van de aard van de betrokken handeling en van de context waarin deze is vastgesteld. De motivering moet de redenering van de instelling duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden over voldoende gegevens beschikken om na te gaan of de handeling gegrond is dan wel eventueel een gebrek vertoont op grond waarvan de geldigheid ervan kan worden betwist, en bovendien de gemeenschapsrechter in staat wordt gesteld de rechtmatigheid van de handeling te toetsen (arresten Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie, T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 226, en 17 februari 2000, Stork Amsterdam/Commissie, T-241/97, Jurispr. blz. II-309, punt 73). Het is niet noodzakelijk, dat in de motivering alle relevante gegevens feitelijk of rechtens worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 190 van het Verdrag voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de tekst ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie met name arresten Hof van 13 maart 1985, Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie, 296/82 en 318/82, Jurispr. blz. 809, punt 19; 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie, C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punten 15 en 16, en 29 februari 1996, België/Commissie, C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punt 86).
- 177 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat HB in haar tweede en derde argument, hiervóór aangehaald in punt 174, niet het noodzakelijke onderscheid maakt tussen het vereiste van motivering en de rechtmatigheid ten gronde van de litigieuze beschikking. Met het argument dat de motivering ontoereikend is, verwijt zij de Commissie immers dwaling ten aanzien van het recht en kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten. Zij bekritiseert niet het gebrek aan motivering, maar veeleer de juistheid ervan. Hieruit volgt dat deze argumenten in het kader van het onderhavige middel moeten worden afgewezen.

- 178 Aangaande het eerste en het vierde argument van HB, is het Gerecht van oordeel dat de Commissie inzonderheid in de punten 7 en 247 van de considerans van de litigieuze beschikking heeft uiteengezet dat zij haar gunstige oorspronkelijke oordeel, vervat in haar mededeling van 15 augustus 1995, heeft herzien omdat de door HB voorgestelde wijzigingen van haar distributiestelsel niet de verhoopde resultaten hadden inzake vrije toegang tot de verkooppunten. De Commissie heeft dan ook haar beslissing om terug te komen op haar oorspronkelijke standpunt, rechtens afdoende gemotiveerd. Bovendien blijkt duidelijk uit punt 241 van de considerans van de litigieuze beschikking, dat HB naar het oordeel van de Commissie niet had aangetoond dat de gestelde voordelen van de distributieovereenkomsten, die met name in het belang van de consument bijdroegen tot verbetering van de productie en de distributie, niet op even doeltreffende wijze konden worden verkregen zonder exclusiviteitsbeding ten voordele van haar producten en aldus zonder band tussen de verstrekking van vrieskisten en het aanbod van consumptie-ijs. Uit punt 247 van de considerans blijkt duidelijk dat met name om deze reden de betrokken overeenkomsten niet in aanmerking konden komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 179 Hieruit volgt dat het middel ontleend aan schending van de door artikel 190 van het Verdrag voorgeschreven motiveringsplicht ongegrond is.

*Het zevende middel, ontleend aan de miskennis van fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht*

#### Argumenten van partijen

- 180 HB voert aan dat de Commissie, door de inhoud van haar mededeling van 1995 (zie hiervóór punt 12) te miskennen, het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen heeft geschonden, nu geen sprake is van „doorslaggevende overwegingen verband houdend met het algemeen belang”. Gelet op omstandigheden rond de „deal” in 1995 tussen HB en de Commissie met betrekking tot de wijzigingen van haar distributiestelsel en de uitvoering ervan door HB, mocht HB

erop vertrouwen, dat de Commissie een gunstig standpunt zou innemen over haar gewijzigde vrieskistexclusiviteitsovereenkomsten en niet zou terugkomen op haar standpunt, noch het dossier zou herformuleren aangaande de feiten en het recht. HB voegt hieraan toe dat indien de zakenwereld er niet op kan vertrouwen dat de Commissie zich aan haar afspraken houdt, het systeem van confort letters en van informele afhandeling van geschillen niet meer geloofwaardig is.

- 181 HB is van mening dat de Commissie tevens het subsidiariteitsbeginsel en haar verplichting tot loyale medewerking met de nationale rechterlijke instanties heeft geschonden. Zij herinnert eraan dat een identieke procedure aanhangig was bij de Ierse rechterlijke instanties en voert aan dat geen enkel communautair belang de interventie van de Commissie rechtvaardigde, aangezien de zaak betrekking had op de bevoorrading van de Ierse markt, door een Ierse onderneming via Ierse detailhandelaren, met producten die specifiek bestemd zijn voor de Ierse markt.
- 182 HB voert tevens aan dat de Commissie het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden, door de litigieuze beschikking te geven ofschoon een hogere voorziening, waarvoor een terechtzitting was vastgelegd vóór de vaststelling van de beschikking, aanhangig was bij de Ierse rechterlijke instanties. HB merkt bovendien op dat de High Court een standpunt heeft ingenomen dat diametraal tegenover dat van de Commissie staat. Ofschoon de Commissie verplicht is rekening te houden met de belangen van de klagers, is in de bekendmaking van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1993, C 39, blz. 6), duidelijk bepaald dat er „normalerwijs geen voldoende communautair belang [is] de behandeling van een zaak voort te zetten wanneer de klager zijn rechten adequaat door de nationale rechterlijke instanties kan doen beschermen. In die omstandigheden zal aan de zaak gewoonlijk geen verder gevolg worden gegeven”.
- 183 De litigieuze beschikking schendt bovendien het evenredigheidsbeginsel doordat zij HB op zodanige wijze de economische waarde van haar vrieskistenbestand ontnemt, dat haar eigendomsrecht in onevenredige mate wordt aangetast. De beschikking is tevens onevenredig doordat zij alle overeenkomsten van HB met

betrekking tot de verstrekking van vrieskisten op het beweerdelijk afgeschermd deel van de markt ongeldig maakt, hetgeen ingaat tegen de reeds aangehaalde arresten *Delimitis* en *Langnese-Iglo/Commissie*, waarin is erkend dat het niet nodig is dat alle belemmeringen voor de toegang tot de markt worden weggewerkt, wanneer er maar een reële mogelijkheid bestaat om tot de markt door te dringen en om uit te breiden. Bovendien schendt de litigieuze beschikking het evenredigheidsbeginsel en is zij discriminerend omdat zij de exclusiviteit van de HB-vrieskist in de betrekkingen met de betrokken categorie detailhandelaren niet alleen verbiedt voor het verleden, maar ook voor de toekomst. In het arrest *Langnese-Iglo/Commissie* heeft het Gerecht het gedeelte van de beschikking van de Commissie waarin *Langnese-Iglo* tot en met 31 december 1997 werd verboden, exclusieve-afnameovereenkomsten te sluiten, nietig verklaard met de overweging dat het in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling om bepaalde ondernemingen in de toekomst van een groepsvrijstellingsregeling uit te sluiten, terwijl andere ondernemingen exclusieve-afnameovereenkomsten zoals die bij de beschikking verboden waren, mochten blijven sluiten.

- 184 HB voert ook aan dat de litigieuze beschikking discriminerend is doordat zij een willekeurige aantasting vormt van haar vermogen, met andere leveranciers te concurreren op de grondslag waarop alle andere ondernemingen op de relevante markt actief zijn.
- 185 Tot slot voert HB aan dat de argumenten waarop zij zich heeft beroepen tot staving van middelen inzake schending van artikel 190 van het Verdrag, tevens kunnen worden aangevoerd ter ondersteuning van het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften. Zij bevestigt bovendien dat de Commissie, door elke dialoog om een oplossing te vinden voor het afspringen van de „deal van 1995” uit de weg te gaan, de verplichting tot behoorlijk bestuur niet is nagekomen en daardoor wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden.
- 186 De Commissie, ondersteund door interveniënten, meent dat het gewettigd vertrouwen van HB niet is aangetast doordat deze geen ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft verkregen. HB zijn immers geen

„nauwkeurige toezeggingen” in die zin gedaan, en aangezien een schending van het gemeenschapsrecht is vastgesteld, kan het gewettigd vertrouwen hoe dan ook niet worden aangevoerd.

- 187 De Commissie is van mening dat het subsidiariteitsbegrip geen betrekking heeft op de vraag of het gemeenschapsrecht moet worden toegepast door de nationale rechterlijke instanties of door de Commissie, aangezien deze vraag al lang is opgelost. Volgens de Commissie berust de stelling van HB op de onjuiste opvatting, dat zij een haar voorgelegde schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag niet kan bestraffen wanneer deze schending (die per definitie beïnvloeding van de handel tussen lidstaten veronderstelt) slechts op de markt van één lidstaat effecten sorteert.
- 188 De Commissie voert tevens aan dat zij het rechtszekerheidsbeginsel niet heeft geschonden door de litigieuze beschikking te geven terwijl bij de Ierse rechterlijke instanties een procedure aanhangig was. Zij is om een aantal redenen van mening dat zij het recht had deze beschikking te geven. In de eerste plaats heeft HB een overeenkomst aangemeld met het oog op een negatieve verklaring of een ontheffing. Alleen de Commissie heeft evenwel de bevoegdheid een ontheffingsbeschikking te geven krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag. In de tweede plaats merkt de Commissie op dat, op het moment waarop zij de litigieuze beschikking heeft gegeven, een aantal procedures aanhangig waren bij de nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten. Zij was verplicht, rekening te houden met de belangen van de klagers, en diende bijgevolg snel te beslissen toen eenmaal vaststond dat de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag geschonden waren. Indien de Commissie, zoals HB betoogt, de afloop van de hogere voorziening bij de Ierse rechterlijke instanties had moeten afwachten alvorens de litigieuze beschikking te geven, zou dit het probleem van de rechtszekerheid niet hebben opgelost. De vaststelling van de litigieuze beschikking zou alleen zijn uitgesteld.
- 189 De litigieuze beschikking heeft volgens de Commissie evenmin het evenredigheidsbeginsel geschonden. Zij tast het eigendomsrecht van HB op de vrieskisten niet aan. Zij geeft immers een specifiek voorbeeld van de wijze waarop HB haar investeringen in vrieskisten met geoorloofde middelen kan terugwinnen. HB heeft

geen enkele geldige reden aangevoerd ten betoge dat het voor haar onmogelijk is een afzonderlijk facturatiesysteem voor consumptie-ijs en vrieskisten te beheren. HB verklaart dat de beschikking alle in geding zijnde overeenkomsten ongeldig maakt, ofschoon zij zelf de reeds aangehaalde arresten Delimitis en Langnese-Iglo/Commissie aldus uitlegt dat het niet nodig is dat alle belemmeringen voor de toegang tot de markt worden weggewerkt. De Commissie is evenwel van mening dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest Delimitis heeft verklaard dat de overeenkomsten als een geheel moeten worden beschouwd en niet afzonderlijk moeten worden gezien. Aangaande het argument van HB dat de litigieuze beschikking het exclusiviteitsbeding niet enkel voor het verleden, maar ook voor de toekomst verbiedt, voert de Commissie aan dat deze beschikking HB enkel verbiedt nieuwe overeenkomsten te sluiten die hetzelfde gevolg of dezelfde strekking hebben als de bestaande overeenkomsten.

- 190 De Commissie betwist de verklaring van HB, dat zij onbillijk en discriminerend is behandeld. De Commissie heeft in de litigieuze beschikking (punt 204 van de considerans) rekening gehouden met de effecten die andere netwerken van overeenkomsten sorteren, maar vastgesteld dat geen van die andere netwerken in aanzienlijke mate had bijgedragen tot de afscherming van de toegang tot de relevante markt. Het beginsel van gelijke behandeling vereist niet dat deze overeenkomsten worden verboden wanneer zij geen aanzienlijke beperkende werking hebben.
- 191 Tot slot voert de Commissie aan dat zij geen enkel wezenlijk vormvoorschrift heeft geschonden.

### Beoordeling door het Gerecht

- 192 Wat de grief met betrekking tot de schending van het gewettigd vertrouwen betreft, is het vaste rechtspraak dat het recht om aanspraak te maken op bescherming van het gewettigd vertrouwen, dat één van de basisbeginselen van de Gemeenschap vormt, toekomt aan iedere particulier die in een situatie verkeert waaruit blijkt dat de gemeenschapsadministratie, door hem nauwkeurige toezeggingen te doen, bij hem gegronde verwachtingen heeft gewekt (zie in die zin arresten Gerecht van 8 juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie,



T-266/97, Jurispr. blz. II-2329, punt 71, en 8 november 2000, Dreyfus e.a./Commissie, T-485/93, T-491/93, T-494/93 en T-61/98, Jurispr. blz. II-3659, punt 85).

- 193 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de Commissie HB geen nauwkeurige toezeggingen heeft gedaan over het lot van de verbintenissen die HB haar bij brief van 8 maart 1995 heeft betekend (zie hiervoor punt 12). Bovendien heeft zij geen beschikking gegeven houdende toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, welke beschikking zij hoe dan ook krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 had kunnen intrekken of wijzigen indien de feitelijke omstandigheden op een voor de beschikking wezenlijk punt zouden zijn gewijzigd.
- 194 De mededeling van 15 augustus 1995 is uitdrukkelijk uitgegaan krachtens artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17. De Commissie heeft daarin dan ook voorlopig een gunstige houding aangenomen aangaande de distributieovereenkomsten van HB, in de door deze gewijzigde versie, en heeft alle belanghebbende derden verzocht om binnen een bepaalde termijn opmerkingen in te dienen. Hieruit volgt dat de betrokken mededeling slechts een voorafgaand standpunt van de Commissie was dat, met name op basis van opmerkingen van derden, kon worden gewijzigd. HB mocht er derhalve niet enkel op grond van de bekendmaking van deze mededeling op vertrouwen dat de Commissie haar een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag zou verlenen.
- 195 Aangaande het argument van HB dat zij op onherstelbare wijze tegen haar eigen belangen heeft gehandeld door wijzigingen in haar distributiestelsel aan te brengen op basis van het „voorstel” van de Commissie, een gunstig standpunt in te nemen over de distributieovereenkomsten, is het Gerecht van oordeel dat zo HB al een gewettigd vertrouwen had kunnen hebben in de betrokken mededeling, dit beperkt zou zijn geweest tot de procedure die de Commissie had ingeleid met haar mededeling van punten van bezwaar van 1993 en de grieven die zij daarin aanvoerde met betrekking tot de distributieovereenkomsten van HB op die datum. De Commissie heeft in casu evenwel niet gehandeld op basis van haar mededeling van punten van bezwaar van 1993, maar heeft, omdat zij had vastgesteld dat de wijzigingen die HB aan haar distributiestelsel had aangebracht, niet de verhoopte resultaten op het vlak van de vrije toegang tot de verkoop-

punten hadden opgeleverd, een nieuwe procedure ingeleid en nieuwe bezwaren tegen dit stelsel aangevoerd in haar mededeling van punten van bezwaar van 1997. Aangezien de Commissie, ook indien zij HB een ontheffing had verleend, overeenkomstig artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 bevoegd en zelfs verplicht zou zijn geweest deze ontheffing in te trekken of te wijzigen indien zij had vastgesteld dat de vrijgestelde overeenkomsten toch een aantal effecten sorteerden die niet strookten met de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag gestelde voorwaarden, inzonderheid wanneer de ervaring had aangetoond dat de wijzigingen die HB aan haar distributiestelsel had aangebracht, niet de verhoopde resultaten hadden opgeleverd, is het Gerecht van oordeel dat de Commissie door de mededeling van punten van bezwaar van 1997 het vertrouwensbeginsel in casu niet heeft geschonden.

- 196 Hieruit volgt dat deze grief moet worden afgewezen.
- 197 Wat de grieven van HB inzake schending van de beginselen van subsidiariteit, loyale medewerking en rechtszekerheid betreft, zij opgemerkt dat ofschoon de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechtstreeks rechten doen ontstaan die de nationale rechterlijke instanties dienen te handhaven, een en ander evenwel niet tot gevolg heeft dat de Commissie niet meer het recht heeft een standpunt in te nemen over een zaak, zelfs indien een identieke of soortgelijke zaak aanhangig is bij één of meer nationale rechterlijke instanties, op voorwaarde onder meer dat de handel tussen lidstaten kan worden aangetast, welke voorwaarde in casu niet in twijfel wordt getrokken.
- 198 Door aan te voeren dat de onderhavige zaak betrekking heeft op de bevoorrading van de Ierse markt, door een Ierse onderneming via Ierse detailhandelaren, met producten die specifiek zijn voor de Ierse markt, en dat op het moment van de vaststelling van de litigieuze beschikking, een parallelle zaak door de High Court was beslist of aanhangig was bij de Supreme Court, toont HB volgens het Gerecht niet rechtens afdoende aan dat de Commissie deze beginselen of haar bekendmaking betreffende de samenwerking tussen haar en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, heeft geschonden. Uit de litigieuze beschikking en de memories van de Commissie blijkt duidelijk dat de meerderheid van de consumptie-ijsproducenten van de Gemeenschap het contractuele gebruik hebben een exclusiviteitsbeding toe te

passen op vrieskisten die aan detailhandelaren worden verstrekt. Bovendien spelen de ondernemingen van de Unilevergroep in meerdere lidstaten een belangrijke rol op de impulsijmarkt. Hieruit volgt dat de vragen die in de litigieuze beschikking worden behandeld, een groter communautair belang hadden, inzonderheid gelet op het feit dat verschillende nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten parallelle zaken behandelden waarin vragen aan de orde waren die vergelijkbaar zijn met die in de onderhavige zaak (zie inzonderheid punten 275-280 van de considerans van de litigieuze beschikking). In die omstandigheden was de vaststelling door de Commissie van de litigieuze beschikking een passend middel om te waarborgen dat de communautaire mededingingsregels op coherente wijze zouden worden toegepast op de verschillende vormen van exclusiviteit die de consumptie-ijsproducenten op het gehele grondgebied van de Gemeenschap aanwendden.

199 Zoals het Hof in zijn reeds aangehaalde arrest Masterfoods en HB heeft geoordeeld, is de Commissie bovendien krachtens artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 bij uitsluiting bevoegd om beschikkingen houdende toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag te geven. De Commissie heeft ook het recht, ook al deelt zij haar bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag met de nationale rechterlijke instanties, om op elk moment individuele beschikkingen houdende toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag te geven, zelfs wanneer een nationale rechter reeds over een overeenkomst of een gedraging heeft beslist en de door de Commissie voorgenomen beschikking met die rechterlijke beslissing in tegenspraak is (zie in die zin arrest Masterfoods en HB, reeds aangehaald, punten 47 en 48, en arrest Delimitis, reeds aangehaald, punten 44 en 45). Aangezien bij de Commissie tijdens de onderhandelingen een verzoek om ontheffing door HB alsmede klachten zijn ingediend, zijn de argumenten van HB met betrekking tot de subsidiariteit ongegrond.

200 Derhalve dienen de onderhavige grieven te worden afgewezen.

201 De beweringen van HB dat de litigieuze beschikking het evenredigheidsbeginsel schendt en discriminerend is, zijn ongegrond. Er zij aan herinnerd dat het evenredigheidsbeginsel vereist dat handelingen van de gemeenschapsinstellingen niet verder gaan dan hetgeen passend en noodzakelijk is ter bereiking van het beoogde doel (zie arrest Hof van 17 mei 1984, Denkvit Nederland, 15/83,

Jurispr. blz. 2171, punt 25). Bovendien zij vastgesteld dat sprake is van discriminatie wanneer identieke situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld.

- 202 Gelet op de beoordeling hiervóór in de punten 170 tot en met 173, moet om te beginnen worden vastgesteld dat de litigieuze beschikking geen ongegronde of ongerechtvaardigde beperking van het eigendomsrecht van HB op haar vrieskisten inhoudt. Bovendien vormt zij geen willekeurige of discriminerende aantasting van het vermogen van HB om met andere leveranciers te concurreren op de grondslag waarop alle andere ondernemingen op de relevante markt actief zijn, gelet op onder meer haar machtspositie op die markt en haar aanzienlijke bijdrage tot de afscherming daarvan vergeleken met de andere leveranciers (zie hiervóór punt 172).
- 203 In de tweede plaats is de litigieuze beschikking niet onevenredig doordat zij ongeldig verklaart het exclusiviteitsbeding dat is vervat in de in Ierland tussen HB en detailhandelaren gesloten vrieskistovereenkomsten, die van toepassing zijn op vrieskisten welke zijn geplaatst op de verkooppunten die uitsluitend over door HB verstrekte toestellen beschikken voor de opslag van afzonderlijk verpakte porties impulsijs en die niet over hun eigen vrieskist beschikken noch over een vrieskist van een andere consumptie-ijsproducent.
- 204 Een netwerk van distributieovereenkomsten dat door één leverancier is opgezet, kan immers ontsnappen aan het verbod van de mededingingsregels mits het niet in aanzienlijke mate, samen met alle andere, soortgelijke overeenkomsten op de markt, die van andere leveranciers daaronder begrepen, bijdraagt tot de afscherming van de toegang tot de markt voor binnenlandse en buitenlandse nieuwe concurrenten (zie naar analogie reeds aangehaalde arresten *Delimitis*, punten 23 en 24, en *Langnese-Iglo/Commissie*, punt 129). Een en ander houdt in dat in geval van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten die door één enkele producent zijn gesloten, de beoordeling van de gevolgen van dit netwerk voor de mededinging geldt voor alle individuele overeenkomsten die het netwerk vormen. Het Gerecht is derhalve van oordeel dat de Commissie het pakket distributieovereenkomsten van HB terecht in zijn geheel heeft beoordeeld en het bijgevolg

niet heeft opgesplitst, zoals laatstgenoemde wenst. Uit het arrest van het Hof van 7 december 2000, *Neste Markkinointi (C-214/99, Jurispr. blz. I-11121, inzonderheid punten 36 en 37)*, blijkt immers dat het netwerk van één leverancier slechts bij wijze van uitzondering en in bijzondere omstandigheden, waarvan in het onderhavige geval geen sprake is, mag worden opgesplitst.

205 In de derde plaats blijkt uit artikel 4 van de litigieuze beschikking dat de Commissie HB heeft aangemaand de in haar netwerk van distributieovereenkomsten vervatte inbreuken op de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag onmiddellijk te beëindigen en zich te onthouden van enige maatregel met hetzelfde doel of hetzelfde gevolg. Het Gerecht is van oordeel dat deze bepaling niet onevenredig of discriminerend is, omdat zij HB enkel verbiedt het exclusiviteitsbeding opnieuw in te voeren in dezelfde omstandigheden als die bedoeld in de artikelen 1 en 3 van de litigieuze beschikking en daardoor het nuttig effect van de beschikking waarborgt, aangezien zij belet dat de onrechtmatig verklaarde mededingingsbeperkende gedraging zich in de toekomst kan herhalen (zie naar analogie conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer bij het arrest van het Hof van 1 oktober 1998, *Langnese-Iglo/Commissie, C-279/95 P, Jurispr. blz. I-5609, punt 39*).

206 Hieruit volgt dat deze grief moet worden afgewezen.

207 De grief van HB inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften en onvoldoende motivering kan, aangezien HB in dit verband enkel verwijst naar haar argumenten in het kader van het vijfde middel, inzake schending van artikel 190 van het Verdrag, gelet op de beoordeling hiervóór in de punten 176 tot en met 179 niet worden aanvaard. Wat het argument van HB betreft dat de onderhandelingen hadden moeten worden verlengd teneinde een oplossing te vinden voor het mislukken van de „deal van 1995”, is het Gerecht eveneens van oordeel dat de Commissie geen wezenlijke vormvoorschrift heeft geschonden. Nadat de Commissie immers had vastgesteld dat de wijzigingen die HB in haar distributiestelsel had aangebracht, niet de verhoopde resultaten op het vlak van de vrije toegang tot de verkooppunten hadden opgeleverd, was zij niet verplicht de onderhandelingen eindeloos voort te zetten, in het bijzonder omdat een zaak al

lang aansleepte. De Commissie had dus het recht een nieuwe procedure in te leiden en nieuwe bezwaren tegen dit stelsel aan te voeren in haar mededeling van punten van bezwaar van 1997, waarop HB kon antwoorden.

208 Derhalve moet deze grief worden afgewezen.

209 Het zevende middel is bijgevolg ongegrond.

210 Hieruit volgt dat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

## Kosten

211 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien HB in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van de Commissie, met inbegrip van de kosten die betrekking hebben op de kortgeding-procedure.

212 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, derde alinea, kan het Gerecht bepalen dat andere interveniënten dan de in de voorgaande alinea's bedoelde, hun eigen kosten zullen dragen. In casu zullen Mars en Richmond, interveniënten ter ondersteuning van de Commissie, hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende:

- 1) **Verwerpt het beroep.**
  
- 2) **Verstaat dat Van den Bergh Foods Ltd haar eigen kosten zal dragen alsmede die van de Commissie, met inbegrip van de kosten die betrekking hebben op de kortgedingprocedure.**
  
- 3) **Verstaat dat Masterfoods Ltd en Richmond Frozen Confectionery Ltd hun eigen kosten zullen dragen.**

García-Valdecasas

Lindh

Cooke

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 23 oktober 2003.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

P. Lindh