



Van den Bergh Foods vs Commissie, T-65/98

Gerecht van Eerste Aanleg, arrest van 23 oktober 2003, n.n.g., Van den Bergh Ltd., voorheen HB Ice Cream Ltd., tegen Commissie ondersteund door Masterfoods Ltd. en Richmond Frozen Confectionary Ltd.
(m.nt. mr M.M. Slotboom en mr A. ter Heegde)

Feiten

Van den Bergh Foods, voorheen HB Ice Cream ('HB') genaamd, is een 100% dochteronderneming van Unilever. In Ierland is HB de grootste producent van impulsijs. Impulsijs is consumptie-ijs dat bestaat uit individueel verpakte porties, bestemd voor onmiddellijke consumptie op of nabij de plaats waar het wordt verkocht. Zoals bekend wordt impulsijs voornamelijk verkocht door kleinhandelszaken, levensmiddelenwinkels en tankstations. Daar wordt impulsijs meestal opgeslagen in vrieskisten.

HB levert haar impulsijs in Ierland veelal rechtstreeks aan de detailhandelaren. Zoals gebruikelijk in de Ierse impulsijsbranche bood HB haar afnemers vrieskisten in bruikleen aan. Detailhandelaren verplichtten zich in een aan de HB-distributieovereenkomst gehechte bruikleenovereenkomst voor onbepaalde duur om in de door HB verstrekte vrieskisten uitsluitend impulsijs van HB te bewaren. De overeenkomst kon op elk moment worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden. De detailhandelaren waren dus niet verplicht uitsluitend HB-ijsjes te verkopen, maar indien zij impulsijs van de concurrentie wilden verkopen, moest dit wel vanuit een andere vrieskist gebeuren.

Vanaf het einde van de jaren tachtig trachtte Mars de Ierse impulsijsmarkt te penetreren. Talrijke Ierse detailhandelaren, die een vrieskist van HB in bruikleen hadden, begonnen naast HB-ijs ook Mars-ijs in die vrieskist te bewaren en aan te bieden. Toen HB van de detailhandelaren nakoming van het exclusiviteitsbeding eiste, startte Mars voor de Ierse High Court een procedure tegen het gebruik van het exclusiviteitsbeding door HB. Mars vorderde onder meer dat de vrieskistexclusiviteit van HB nietig

werd verklaard wegens schending van artikelen 81, lid 1, en 82 van het EG-verdrag. Daarop vorderde HB voor de High Court dat het Mars verboden werd om de HB detailhandelaren ertoe aan te zetten het exclusiviteitsbeding te overtreden. Deze laatste vordering werd in april 1990 voorlopig en in 1992 definitief door het High Court toegewezen. Het High Court oordeelde onder meer dat het exclusiviteitsbeleid van HB niet strijdig was met de artikelen 81 en 82 EG. De vordering van Mars werd afgewezen. Mars stelde vervolgens beroep in bij het Ierse Hooggerechtshof, dat de procedure schorste in afwachting van het in deze annotatie besproken arrest.

Parallel aan de procedures voor de Ierse rechters diende Mars in 1991 een klacht in bij de Europese Commissie. De klacht kwam erop neer dat de vrieskistexclusiviteit van HB de toegang van Mars tot de Ierse impulsijsmarkt belemmerde. De Commissie concludeerde in punten van bezwaar op 29 juli 1993 dat het distributiestelsel van HB de artikelen 81 en 82 EG schond. De Commissie maakte bezwaar tegen de vrieskistexclusiviteit en tegen het feit dat HB de kosten van de diepvrieskist doorberekende in de prijs ('inclusive pricing'). Detailhandelaren die niet over een HB-vrieskist wensten te beschikken, betaalden in feite toch de 'inclusive price' en subsidieerden zo de verstrekking van vrieskisten aan andere detailhandelaren. HB had ondertussen deze overeenkomsten op 9 maart 1995 aangemeld bij de Europese Commissie. Toen HB de Commissie voorstelde om (i) een gedifferentieerde prijsberekening in te voeren, (ii) een soepel huurkoopplan te introduceren en (iii) eenmalig een groot aantal vrieskisten ter verkoop aan de detailhandelaren aan te bieden, kondigde de Commissie op 15 augustus 1995 aan dat zij voornemens was een gunstig standpunt in te nemen ten aanzien van de distributieovereenkomsten van HB.¹

¹ Bekendmaking overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 van de Raad, Zaak 35.436, Van den Bergh Foods, OJ 1995, C 211/4 en IP/95/229.

In 1997 herzag de Commissie haar voorlopig oordeel echter – mede naar aanleiding van opmerkingen van Mars – toen duidelijk werd dat de door HB uitgevoerde maatregelen niet het gewenste effect hadden.² Op 11 maart 1998 nam de Commissie een beschikking aan waarin zij vaststelde dat de vrieskistexclusiviteit een inbreuk vormde op de artikelen 81, lid 1, en 82 EG en dat de distributieovereenkomsten van HB niet in aanmerking kwamen voor ontheffing. HB moest de inbreuken onmiddellijk staken.³

HB stelde hiertegen beroep in bij het Gerecht van Eerste Aanleg. Zij verzocht eveneens om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking. De President van het Gerecht van Eerste Aanleg heeft dit verzoek van HB gehonoreerd.⁴

Naar aanleiding van de Commissiebeschikking stelde het Ierse Hooggerechtshof enkele prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie. Het Hooggerechtshof vroeg het Hof of het verplicht was de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Gerecht en eventueel het Hof over het beroep van HB tegen de Commissiebeschikking zouden hebben beslist. Ook vroeg het Hooggerechtshof of de Commissiebeschikking in de weg stond aan de vordering van HB voor het Ierse Hooggerechtshof om de uitspraak van het High Court (die haaks stond op de beslissing van de Commissie) te bevestigen. In antwoord op deze prejudiciële vragen antwoordde het Hof van Justitie op 14 december 2000 dat (i) in het onderhavige geval het Hooggerechtshof verplicht was de zaak te schorsen in afwachting van de procedure tegen de Commissiebeschikking voor de Europese rechters en (ii) het Hooggerechtshof geen beslissingen mag nemen die ingaan tegen de Commissiebeschikking. Deze verplichting geldt volgens het Hof ook als de beschikking van de Commissie afwijkt van een eerder gegeven nationale uitspraak.⁵

In het hierna te bespreken arrest van 23 oktober jongstleden verwerpt het Gerecht van Eerste Aanleg het beroep van HB tegen de Commissiebeschikking.

Het arrest van het Gerecht Inbreuk op artikel 81, lid 1, EG

Het Gerecht stelt allereerst vast dat de vrieskistexclusiviteit van HB formeel geen exclusieve aankoopverplichting vormt. Het staat de detailhandelaren immers vrij om ijs af te nemen van andere leveranciers. Het Gerecht onderzoekt derhalve of de Commissie afdoende heeft vastgesteld dat de vrieskistexclusiviteit de facto bepaalde verkooppunten exclusiviteit oplegt, en of de Commissie de afschermingsgraad – die uit de vrieskistexclusiviteit volgt – juist heeft gekwalificeerd. Daarbij gaat het Gerecht in overeenstemming met de *Delimitis*-rechtspraak⁶ na of uit alle op de relevante markt gesloten soortgelijke distributieovereenkomsten en uit de overige elementen van de economische en juridische context van de betrokken overeenkomsten volgt dat die overeenkomsten het cumulatieve effect hebben nieuwe concurrenten de toegang tot de markt te beletten. Is dat het geval, dan moet worden nagegaan of de

overeenkomsten van de betrokken leverancier in aanzienlijke mate bijdragen tot de afscherming van de markt.⁷

Het Gerecht stelt vast dat de vrieskistexclusiviteit die HB oplegt aan haar detailhandelaren deel uitmaakt van een hele reeks soortgelijke distributieovereenkomsten die impulsijsproucenten in Ierland (maar ook daarbuiten) volgens een gangbare praktijk hebben gesloten. Ongeveer 83% van de detailhandelaren in Ierland heeft een door producenten in bruikleen verstrekte vrieskist en is onderworpen aan vrieskistexclusiviteit. Slechts 17% van de verkooppunten beschikt over vrieskisten die aan de detailhandelaren toebehoren en kan dus impulsij van eender welke leverancier verkopen. Het praktisch gevolg is dat ijsproducenten die geen vrieskist hebben geplaatst in of bij een verkooppunt dat deel uitmaakt van deze 83%, geen rechtstreekse toegang tot de detailhandelaren hebben om hun producten te verkopen, tenzij de detailhandelaren in plaats van de bestaande vrieskist hetzij een eigen vrieskist of een vrieskist van een nieuwe leverancier plaatsen, dan wel naast de bestaande vrieskist een bijkomende vrieskist plaatsen. Vervolgens neemt het Gerecht in overweging dat (i) in Ierland het optimale aantal vrieskisten bijna is bereikt, (ii) 87% van de detailhandelaren van mening is dat het economisch niet haalbaar is ruimte te maken voor de plaatsing van een bijkomende vrieskist, en (iii) 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 merk rendabeler is dan de verkoop van ijs van andere producenten. In deze omstandigheden zijn volgens het Gerecht de gratis verstrekking van vrieskisten, de populariteit van HB-ijs, het ruime assortiment van HB en de voordelen die verbonden zijn aan de verkoop ervan zeer belangrijke overwegingen in de ogen van detailhandelaren wanneer deze erover denken om een bijkomende of vervangende (waarschijnlijk ook aan exclusiviteit onderworpen) vrieskist te plaatsen. Het Gerecht meent in dit verband dat de Commissie rekening mocht houden met het feit dat HB een machtspositie inneemt op de Ierse markt (89% marktaandeel), die leidt tot een daadwerkelijke afhankelijkheid van detailhandelaren jegens HB.⁸

² Zie IP/97/147.

³ Beschikking van de Europese Commissie, Van den Bergh Foods, OJ 1998 L 246/1.

⁴ Beschikking van de President van het Gerecht van Eerste Aanleg, 7 juli 1998, zaak T-65/98 R, Van den Bergh Foods tegen Commissie, Jur. 1998, II-2641.

⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 14 december 2000, zaak C-344/98, Masterfoods tegen HB Ice Cream, Jur. 2000, I-11369. Dit arrest is veelvuldig besproken (zie onder meer, de annotaties van R. Wesseling in M&M, 2001/nr. 6, p. 222, M.R. Mok in Ondernemingsrecht, 2002-1, p. 29, L. Kjølbbye, Common Market Law Review 2002, p. 175 en S. Preece, European Competition Law Review, 2001, p. 281).

⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991, zaak C-234/89, Delimitis, Jur. [1991], I-935, r.o. 15-24.

⁷ Zie r.o. 81-84.

⁸ Zie r.o. 85-91.

De vrieskistexclusiviteit van HB heeft volgens het Gerecht tot gevolg dat detailhandelaren jegens HB-producten anders handelen dan jegens ijs van concurrenten, zulks op een wijze die de mededinging op de relevante markt kan vervalsen. Deze mededingingsbeperkende gevolgen worden volgens het Gerecht aangetoond doordat detailhandelaren in dezelfde vrieskist ijs van andere merken naast HB-ijs opslaan, wanneer zij menen dat het hun vrij staat dat te doen. Mars heeft vanaf 1989 een deel van de markt weten te veroveren, maar deze evolutie werd een halt toegevoerd toen HB stappen ondernam tegen detailhandelaren tot naleving van het exclusiviteitsbeding. Onderzoek toont voorts aan dat meer dan 35% van detailhandelaren bereid zou zijn om een groter assortiment op te slaan, indien de distributieovereenkomsten van ijsleveranciers geen vrieskistexclusiviteit zouden bevatten. Inderdaad verkopen Ierse supermarkten die niet gebonden zijn aan deze exclusiviteit ijs van concurrenten naast HB-ijs. Ten slotte bevat het dossier allerlei Unilever-documenten, waaruit volgt dat Unilever concurrentiële voordelen zag in vrieskistexclusiviteit. Het Gerecht meent dan ook dat de Commissie rechtens afdoende heeft bewezen dat, ondanks de bekendheid van HB-producten en het ruime en populaire HB-assortiment, er objectieve en nauwkeurige aanwijzingen zijn waaruit blijkt dat in Ierland vraag bestaat naar consumptie-ijs van andere producenten die over beperktere assortimenten beschikken. Het Gerecht is tevens van oordeel dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat, in de gegeven omstandigheden, detailhandelaren in vrij veel gevallen er liever van afzien om hun eigen vrieskist of die van een concurrent van HB te plaatsen. De gratis verstrekking van exclusiviteitsvrieskisten bindt derhalve *de facto* de verkooppunten die enkel over een HB-vrieskist beschikken, te weten 40% van de markt.⁹

Het Gerecht stelt in het licht van het bovenstaande vast dat, ondanks het feit dat detailhandelaren met enkel één HB-vrieskist in theorie ijs van concurrenten kunnen verkopen, het exclusiviteitsbeding tot gevolg heeft dat de commerciële vrijheid van detailhandelaren om de op hun verkooppunten te verkopen producten te kiezen, wordt beperkt. HB betwist dat haar overeenkomsten resulteren in een afschermingsgraad van 40% van de verkooppunten op de relevante markt. Volgens haar is de afschermingsgraad slechts 6%. Van de 40% moeten namelijk die verkooppunten worden uitgesloten, die in beginsel wel de mogelijkheid hebben ijs van een andere producent te verkopen maar hierin niet geïnteresseerd zijn. Het Gerecht zet deze argumenten opzij. Allereerst blijken detailhandelaren met meer dan één HB-vrieskist in de praktijk slechts zelden een vrieskist te vervangen vanwege de positie en populariteit van HB. Deze detailhandelaren, maar ook de detailhandelaren met een HB-vrieskist die beweerdelijk niet geïnteresseerd zijn in ijs van concurrenten, worden volgens het Gerecht toch wegens het exclusiviteitsbeding beperkt in hun commerciële keuzemogelijkheden. De positie van HB, haar uitgebreide en populaire assortiment, maar ook het

plaatsgebrek zet volgens het Gerecht de mogelijkheid voor de betrokken detailhandelaren om concurrerend ijs te verkopen, vooral wanneer concurrenten over een beperkt assortiment beschikken, doorgaans onvoldoende aan om de HB-vrieskisten te vervangen, of een andere vrieskist te plaatsen. Detailhandelaren die beweerdelijk belangstelling hebben om andere merken consumptie-ijs te verkopen en daartoe kunnen overgaan maar dat niet hebben gedaan, vertegenwoordigen slechts een miniem deel van het totaal van 40%.¹⁰

Het Gerecht oordeelt voorts dat de mogelijkheid om de overeenkomst op elk moment op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden geenszins belet dat de overeenkomsten daadwerkelijk worden toegepast, zolang zij niet zijn opgezegd. De Commissie is van mening dat rekening moet worden gehouden met de daadwerkelijke duur van de overeenkomst. In de praktijk worden de distributieovereenkomsten van HB gemiddeld na acht jaar opgezegd. Derhalve concludeert het Gerecht dat de opzegmogelijkheid niet bijdraagt tot vermindering van de graad van afscherming van de markt.¹¹

Het Gerecht verwerpt vervolgens onder verwijzing naar eerdere rechtspraak het argument van HB dat er in het EG-mededingingsrecht een *rule of reason* zou bestaan. Artikel 81, lid 3, EG voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om mededingingsbeperkende overeenkomsten onder bepaalde voorwaarden vrij te stellen. Slechts binnen het strikte kader van deze bepaling kunnen de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar worden afgewogen. Artikel 81, lid 3, EG zou een groot deel van zijn nuttig effect verliezen, indien dat onderzoek reeds in het kader van artikel 81, lid 1, EG van het Verdrag zou moeten worden verricht.¹²

Het Gerecht stelt vast dat de Commissie in haar beschikking niet alleen rekening heeft gehouden met de overeenkomsten van HB, maar ook met verschillende netwerken van overeenkomsten van concurrerende leveranciers. 55% van de Ierse verkooppunten bezit 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. De Commissie heeft opgemerkt dat de exclusiviteitsvoorwaarde, die van toepassing is op 83% van de verkooppunten, een aanzienlijke praktische en financiële belemmering vormt voor de toegang tot de markt en de uitbreiding van andere leveranciers.

Naast de afscherming die uit de netwerken van overeenkomsten voortkomt, heeft de Commissie naar de mening van het Gerecht terecht rekening gehouden met het feit dat andere vigerende marktvoorwaarden ertoe bijdragen dat de werkelijke en concrete mogelijkheden voor

⁹ Zie r.o. 92-98.

¹⁰ Zie r.o. 99-104.

¹¹ Zie r.o. 105.

¹² Zie r.o. 106-107.

nieuwe concurrenten om, niettegenstaande het bestaan van deze netwerken, tot de markt door te dringen, beperkt zijn. In de eerste plaats leveren het verstrekken van exclusiviteitsvriescisten en de lopende onderhoudskosten hiervan een financiële en praktische belemmering op voor eventuele nieuwe en bestaande leveranciers. Ten tweede is het op andere geografische markten mogelijk gebleken afzonderlijk huur te verlangen voor de vriescisten. Het exclusiviteitsbeding kan derhalve niet noodzakelijk worden geacht opdat een bepaalde leverancier zijn concurrenten belet zijn vriescisten te gebruiken voor de opslag van hun producten. Ten derde worden de economische voordelen van de terbeschikkingstelling van vriescisten aan detailhandelaren teniet gedaan door de negatieve gevolgen ervan voor de mededinging, wanneer de verstrekking van vriescisten aan detailhandelaren aan het exclusiviteitsbeding is onderworpen. Ten vierde bemoeilijkt het ontbreken van een onafhankelijke groothandel in impulsijs in Ierland de distributie via onafhankelijke tussenpersonen. Ten vijfde vormen de kracht van de aanwezige merken en de merktrouw van de consument een beletsel voor nieuwe toetreders. Ten slotte zijn de marktaandelen van de overige producenten van impulsijs zeer beperkt. Het Gerecht overweegt dat de lage marktaandelen van de overige ijsproducenten in ieder geval gedeeltelijk toe te schrijven zijn aan de praktijk van HB om gratis vriescisten te verstrekken.¹³

In het licht van het voorafgaande concludeert het Gerecht dat HB's distributieovereenkomsten de mededinging aanzienlijk ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1, EG en op aanmerkelijke wijze bijdragen tot een afscherming van de markt.

Toepassing van artikel 81, lid 3, EG¹⁴

De Commissie oordeelde in de aangevochten beschikking dat de vriescistovereenkomsten geen zodanige aanmerkelijke objectieve voordelen opleverden dat zij de nadelen op het vlak van de mededinging compenseerden. In dit verband stelde de Commissie volgens het Gerecht terecht dat de vriescistovereenkomsten de positie van HB versterkten. Deze versterking van de positie bevorderde de mededinging niet maar remde haar af, omdat het netwerk van HB-overeenkomsten een aanzienlijke belemmering vormde voor toetreding tot de markt van andere ondernemingen en voor de expansie van reeds aanwezige concurrenten. Het Gerecht is derhalve van oordeel dat de Commissie terecht bij de toepassing van de eerste voorwaarde rekening heeft gehouden met de belemmeringen die het exclusiviteitsbeding veroorzaakte en met de daaruit voortvloeiende verzwakking van de mededinging.

Voorts kunnen voordelen voor HB en detailhandelaren die voortvloeien uit de gratis verstrekking van vriescisten naar de mening van het Gerecht ook zonder exclusiviteit worden verwezenlijkt.

Ten slotte heeft de Commissie naar de mening van het Gerecht terecht vastgesteld dat het onwaarschijnlijk is dat HB haar detailhandelaren definitief niet langer vries-

kisten, op welke voorwaarde dan ook, zou verstrekken, wanneer HB beperkt zou worden in haar mogelijkheden om vriescistexclusiviteit op te leggen.

Volgens het Gerecht heeft de Commissie derhalve terecht geoordeeld dat niet aan de eerste van de in artikel 81, lid 3, EG genoemde ontheffingsvoorwaarden is voldaan.

Misbruik van machtspositie¹⁵

Het Gerecht oordeelt dat de Commissie terecht heeft geconcludeerd dat HB een machtspositie inneemt. Allereerst behaalde HB in 1997 een marktaandeel van ongeveer 89% en hadden de overige leveranciers slechts heel beperkte marktaandelen. Mars had een marktaandeel van ongeveer 5%, Valley en Nestlé ieder 2% en er waren nog enkele andere kleine producenten. Derhalve neemt HB niet alleen een uiterst aanzienlijk deel van de markt in, maar is er ook een aanzienlijke kloof tussen haar marktaandeel en dat van de concurrenten die onmiddellijk na haar komen. Ten tweede heeft HB het ruimste en populairste assortiment. Ten derde is zij op ongeveer 40% van de verkooppunten de enige leverancier. Ten vierde maakt HB deel uit van het grote concern Unilever en heeft het merk HB in Ierland een zeer grote bekendheid.

Het Gerecht overweegt dat het verstrekken van vriescisten op basis van exclusiviteit een veel voorkomend gebruik vormt. Onder normale concurrentievoorwaarden worden deze overeenkomsten gesloten in het belang van beide partijen en kunnen zij in beginsel niet worden verboden. Handelsactiviteiten die bijdragen tot de verbetering van de productie of de verdeling van de producten op een evenwichtige markt en een gunstig effect sorteren op de mededinging, kunnen deze laatste evenwel beperken, wanneer zij worden uitgeoefend door een onderneming die een machtspositie bekleedt. Het Gerecht stelt vast dat HB misbruik maakte van deze machtspositie, omdat zij detailhandelaren die niet over een eigen of een door een concurrent verstrekte vriescist beschikten aanzette tot het sluiten van vriescistovereenkomsten op basis van exclusiviteit. De schending vindt hier plaats – aldus het Gerecht – doordat de detailhandelaren de terbeschikkingstelling van een vriescist en het onderhoud daarvan wordt aangeboden zonder dat deze detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding behoeven te betalen.

Nu HB *de facto* 40% van de verkooppunten op de relevante markt aan zich bindt door het exclusiviteitsbeding, heeft het exclusiviteitsbeding tot gevolg dat deze groep van detailhandelaren wordt belet ijs van andere producenten te verkopen of dat hun mogelijkheden om ijs van andere producenten te verkopen worden verminderd.

Volgens het Gerecht doet de verwijzing van HB naar de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het *Bronner-*

¹³ Zie r.o. 108-117.

¹⁴ Zie r.o. 135-144.

¹⁵ Zie r.o. 154-163.

arrest niet terzake, omdat de Commissie niet heeft verklaard dat HB-vrieskisten *essential facilities* zijn en HB op basis van de bestreden beschikking geen deel van haar activa heeft moeten afstoten, noch dat zij overeenkomsten heeft moeten sluiten met personen die zij niet heeft gekozen.

Ten slotte is het Gerecht van mening dat de Commissie niet slechts de feiten die een schending van artikel 81, lid 1, EG vormen heeft gerecycleerd om vast te stellen dat de gedraging ook artikel 82 EG schendt. De Commissie heeft volgens het Gerecht terecht geconcludeerd dat door de detailhandelaren ertoe aan te zetten zich uitsluitend bij haar te bevoorraden, HB in dit geval gehandeld heeft in afwijking van de normale mededinging.

Commentaar

Achtergrond

Deze zaak vormt een onderdeel van een ijsjesoorlog die Mars begin jaren tachtig is begonnen bij de Europese Commissie en verschillende nationale rechters. Zo had de Europese Commissie al eerder vastgesteld dat exclusieve afnameverplichtingen van Schöller en Langnese (ook onderdeel van Unilever) in Duitsland in strijd waren met artikel 81, lid 1, EG.¹⁶ Het beroep van Langnese en Schöller tegen de Commissiebeschikking werd door het Gerecht verworpen.¹⁷ Het Gerecht stelde vast dat Langnese en Schöller ieder apart en zeker tezamen een aanzienlijk deel van de verkooppunten in Duitsland bonden. In combinatie met het feit dat zij vrieskisten aan detailhandelaren ter beschikking stelden, de naleving van de exclusiviteitsbepaling beloonde met een korting, detailhandelaren klein waren en dus geen tegenwicht konden vormen, en de effectieve duur van de overeenkomsten ongeveer twee en een half jaar was, werden de Langnese- en Schöller-overeenkomsten geacht de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, EG te beperken.

Toepassing van de *Delimitis*-jurisprudentie

De onderhavige zaak wijkt met name af van de Schöller- en Langnese-zaken omdat, anders dan in die zaken, geen formele exclusiviteitsverplichting werd opgelegd aan detailhandelaren. HB legde Ierse detailhandelaren 'slechts' vrieskistexclusiviteit op, waarbij detailhandelaren formeel gezien ijs van concurrenten in bijkomende vrieskisten mochten verkopen. Dat de toepassing van de *Delimitis*-rechtspraak¹⁸ op vrieskistexclusiviteit tot eenzelfde resultaat kan leiden als in het geval van formele exclusieve afname is als zodanig niet verbazingwekkend. De *Delimitis*-jurisprudentie verplicht immers te kijken naar de economische realiteit. Het Gerecht en de Commissie zijn van oordeel dat vrieskistexclusiviteit in werkelijkheid de commerciële vrijheid van detailhandelaren om de op hun verkooppunten te verkopen producten te kiezen in de praktijk aanzienlijk beperkt.

Zoals bekend, dient volgens de *Delimitis*-rechtspraak onderzocht te worden of het netwerk van soortgelijke overeenkomsten van alle op de markt opererende ondernemin-

gen cumulatief de toegang tot de markt belemmert. Indien dit het geval is, dient vervolgens vastgesteld te worden in hoeverre overeenkomsten van één producent bijdragen aan dat effect. Bij deze laatste beoordeling wordt gelet op de marktpositie van die producent, het aantal aan de leverancier gebonden verkooppunten in verhouding tot het totale aantal op de relevante markt vastgestelde verkooppunten en de duur van de overeenkomsten.¹⁹ Indien de bijdrage substantieel is, zijn de overeenkomsten van die producent in strijd met artikel 81, lid 1, EG.

In de onderhavige zaak past het Gerecht de *Delimitis*-test toe, maar laat in een groot aantal overwegingen de twee verschillende stappen door elkaar lopen. Dat is als zodanig niet opmerkelijk, omdat het relatief grootste deel van de vrieskistovereenkomsten op de markt gesloten is met HB. Zodra vastgesteld is dat distributieovereenkomsten op de Ierse markt een zodanig cumulatief effect hebben dat de relevante markt grotendeels wordt afgeschermd, staat daardoor in het onderhavige geval meteen ook vast dat de overeenkomsten van HB substantieel bijdragen tot dit cumulatief effect.

Passen de Commissie en het Gerecht de *Delimitis*-toets juist toe?

HB betoogde dat haar overeenkomsten de toegang van derden niet moeilijk maakten, omdat dezen te allen tijde met een opzegtermijn van twee maanden konden worden opgezegd. Het Gerecht verwerpt dit betoog onder verwijzing naar het feit dat de overeenkomsten in de praktijk en daadwerkelijk dus een looptijd van gemiddeld acht jaar hebben. Het Gerecht leidt hieruit af dat de opzegmogelijkheid in feite niet bijdraagt tot vermindering van de graad van afscherming van de relevante markt.²⁰

De redenering van het Gerecht lijkt moeilijk verenigbaar met het standpunt van het Hof van Justitie in *Neste*.²¹ Uit dit arrest zou kunnen worden afgeleid dat langdurige exclusieve afnameovereenkomsten, die op elk ogenblik met inachtneming van een korte opzegtermijn kunnen worden beëindigd, geacht worden in geringe mate bij te dragen tot het cumulatieve effect van marktafscherming en dus niet

16 Beschikking van de Commissie van 23 december 1992, Zaak 34.072, Langnese-Iglo, Pb. 1993, L 183/19 en beschikking van de Commissie van 23 december 1992, zaken 31.533 en 34.072, Schöller, Pb. 1993, L 183/1.

17 Arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg van 8 juni 1995, zaken T-7/93, Langnese-Iglo vs. Commissie, Jur. 1995, II-1533, en zaak T-9/93, Jur. 1995, II 1611. Het hoger beroep van Langnese werd verworpen in zaak C-279/95 P, Jur. 1998, I-5609.

18 Zie, supra, voetnoot, I-935.

19 Zie, supra voetnoot, r.o. 24-25.

20 Zie r.o. 105.

21 Arrest van het Hof van 7 december 2000, zaak C-214/99, Neste Markkinointi Oy en Yötuuli Ky, Jur. 2000, I-11121. Zie over dit arrest onder meer Eccles en Huopolaainen When it might seem similar but is significantly different 'for article 81 purposes', ECLR 2001, 131, en de annotaties van Cumming, ECLR, 2001, 394 en Vedder SEW 2001, 277 bij het Neste-arrest.

22 Zie r.o. 33 en r.o. 36 van het Neste-arrest.

23 Zie de conclusie van de AG in Neste r.o. 23.

onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG te vallen.²² Dit, terwijl advocaat-generaal Fenelly had opgemerkt dat de gemiddelde duur van deze *Neste*-overeenkomsten drie tot vijf jaar was.²³

Men zou zich derhalve kunnen afvragen of de HB-vriestekstexclusiviteit wel aanzienlijk de mededinging beperkt, nu detailhandelaren op zeer korte termijn kunnen 'switchen' naar concurrenten van HB. Het feit dat zij dit wel of niet doen, lijkt eerder gebaseerd te zijn op een vrije commerciële keuze. Een feit blijft bovendien dat in een relatief korte periode (1990 tot 1996) Mars zich ondanks de vriestekstexclusiviteit van HB en andere spelers een aanzienlijk marktaandeel van 11 tot 14% heeft weten te veroveren in Ierland.²⁴ Detailhandelaren hebben kennelijk *toch* ofwel een vriestekst van het relatief kleine Mars-assortiment naast een HB-vriestekst weten te plaatsen of zij hebben vanwege de korte opzegtermijn hun vriestekstovereenkomst met HB of andere spelers kunnen opzeggen. Kortom, men kan zich afvragen of vriestekstexclusiviteit nu wel zo'n afschermend effect heeft als de Commissie (en het Gerecht) aannemen.

Toepassing van artikel 81, lid 3, EG

Het Gerecht verwerpt het beroep ten aanzien van de toepassing door de Commissie van artikel 81, lid 3, EG. Het Gerecht stelt uitsluitend vast dat de vriestekstovereenkomsten van HB niet voldoen aan de eerste voorwaarde van de bepaling. Deze aanpak is op zich correct, omdat – zoals bekend – de vier ontheffingsvoorwaarden van artikel 81, lid 3, EG cumulatief zijn. Opvallend is evenwel dat het Gerecht bij de behandeling van de eerste voorwaarde in feite tot de conclusie komt dat niet aan de tweede, derde en vierde voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. Allereerst behoort de afweging die het Gerecht in het kader van de eerste ontheffingsvoorwaarde maakt ten aanzien van de voordelen van HB's distributiemethode en de nadelen voor de mededinging van de versterking van de positie van HB, naar onze mening tot het kader van de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG.²⁵ Ten tweede is de overweging dat het exclusiviteitsbeding een verzwakking van de mededinging oplevert²⁶ onderdeel van toetsing aan de vierde ontheffingsvoorwaarde van artikel 81, lid 3, EG. Ten slotte merkt het Gerecht eveneens bij de toetsing aan de eerste ontheffingsvoorwaarde op dat de voordelen die voortvloeien uit de gratis verstrekking van vriesteksten aan detailhandelaren ook zonder exclusiviteitsbeding kunnen worden verwezenlijkt.²⁷ In feite past het Gerecht hier de onmisbaarheidstoets toe, die de derde ontheffingsvoorwaarde van artikel 81, lid 3, EG vormt.

Misbruik van machtspositie

Uit het onderhavige arrest wordt niet geheel duidelijk waaruit volgens het Gerecht de inbreuk op artikel 82 EG bestaat. Is het de vriestekstexclusiviteit als zodanig (de eerste zin van r.o. 160 lijkt hierop te wijzen²⁸) of (ook) het feit dat HB de detailhandelaren de terbeschikkingstelling van de vriestekst en het onderhoud ervan aanbiedt zonder dat

deze detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding behoren te betalen (zie de laatste zin van r.o. 159²⁹). Laatstgenoemd element komt ook in overweging 263 van de Commissiebeschikking aan de orde en lijkt een restant te zijn van de aanvankelijk door Mars in haar klacht aan de orde gestelde (en hierboven kort besproken) 'inclusive price' discussie. Deze discussie komt echter noch in de beschikking, noch in het arrest goed uit de verf.³⁰ Ondanks r.o. 159 lijkt het Gerecht toch de vriestekstexclusiviteit als zodanig als misbruik aan te merken. Indien *de facto* exclusiviteit het enige misbruik vormde vanwege het markt-afschermende effect, verwijzen wij naar onze eerdere opmerkingen ten aanzien van de korte opzegtermijn van de vriestekstovereenkomst, waardoor detailhandelaren gemakkelijk kunnen 'switchen' naar concurrenten. Men kan zich derhalve afvragen of de vriestekstexclusiviteit daadwerkelijk een afschermend karakter had.

Gelijktijdige toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG

De vriestekstexclusiviteit van HB wordt in strijd met zowel artikel 81 EG als artikel 82 EG geacht. Op zich is de vaststelling dat een gedraging zowel artikel 81 als artikel 82 EG kan schenden niet nieuw. Reeds in *Hoffman-La Roche* stelde het Hof vast dat een overeenkomst inbreuk op beide artikelen kan maken.³¹

Wel roept het besproken arrest de discussie in herinnering over de vraag of mededingingsbeperkende overeenkomsten gesloten door een onderneming met een machtspositie in het algemeen nu wel of niet in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing. In haar richtsnoeren inzake verticale beperkingen merkt de Commissie op

'Wanneer een onderneming een machtspositie inneemt of ten gevolge van de verticale overeenkomst een machtspositie verwerft, kan in beginsel geen vrijstelling worden verleend voor een verticale beperking die merkbare

24 Zie r.o. 86 van het besluit.

25 Zie r.o. 140 van het arrest. Zie eveneens de ontwerp-mededeling van de Commissie ten aanzien van artikel 81, lid 3, EG, par. 39: 'Aan de voorwaarde dat gebruikers een billijk aandeel in de voordelen moeten ontvangen is inherent dat de efficiëntieverbeteringen [...] voldoende moeten opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten' [...].

26 Zie r.o. 141 van het arrest.

27 Ook in het kader van artikel 81, lid 3, EG merkt het Gerecht namelijk op dat de voordelen ook zonder het exclusiviteitsbeding kunnen worden behaald, zie r.o. 142.

28 'Wanneer een onderneming die op een markt een machtspositie bekleedt, de facto [...] 40% van de verkooppunten 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 [82] van het Verdrag'.

29 'De schending van artikel [82] vindt hier plaats doordat de detailhandelaren de terbeschikkingstelling van een vriestekst en het onderhoud daarvan wordt aangeboden zonder dat deze detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding hoeven te betalen'.

30 Valt dit te verklaren door het feit dat HB de Commissie had voorgesteld om in bepaalde gevallen door middel van een gedifferentieerde prijsberekening detailhandelaren met een vriestekst te voorzien?

31 Zie arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffman-La Roche v. Commissie*, [1977] ECR 461, par. 116.

concurrentiebeperkende effecten heeft. De verticale overeenkomst kan echter buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen, indien er daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, [...]'.³²

Deze overweging van de Commissie was waarschijnlijk de reden waarom de NMa zich in haar besluit *Heineken-horecaovereenkomsten* in alle mogelijke bochten wrong om vast te stellen dat artikel 6, lid 1, Mw niet geschonden werd door overeenkomsten die de NMa kennelijk ontoelaatbaar achtte. Indien de NMa had moeten vaststellen dat de *Heineken-overeenkomsten* artikel 6, lid 1, Mw schonden zouden zij, bij analoge toepassing van de Commissie-richtsnoeren inzake verticale beperkingen,³³ immers misschien niet meer onder artikel 17 Mw vrijgesteld kunnen worden, indien Heineken een machtspositie zou innemen.³⁴

In recentere publicaties lijkt de Commissie een iets gematigder standpunt in te nemen. Zo stelt de Commissie in haar ontwerp-mededeling inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, EG:

'Aangezien voorts met zowel artikel 81 als artikel 82 de doelstelling wordt nagestreefd van het behoud van een daadwerkelijke mededinging op de markt, is het met het oog op consistentie noodzakelijk dat artikel 81, lid 3, EG wordt uitgelegd als inhoudende dat iedere toepassing van deze bepaling is uitgesloten voor beperkende overeenkomsten die misbruik van een machtspositie inhouden. [...] Niet alle beperkende overeenkomsten van een onderneming met een machtspositie vormen een misbruik van een machtspositie'.³⁵

De Commissie geeft in een voetnoot bij dit citaat aan dat zo (de hierboven geciteerde) paragraaf 135 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen geïnterpreteerd moet worden. Het onderscheid tussen de overweging van de Commissie in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen en de ontwerp-richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, EG is conceptueel gezien groot. Terwijl de Commissie in de richtsnoeren verticale overeenkomsten nog meent dat mededingingsbeperkende verticale overeenkomsten van een dominante onderneming niet in aanmerking komen voor ontheffing, stelt zij in de ontwerp-mededeling dat enkel overeenkomsten die misbruik van een machtspositie vormen niet in aanmerking komen voor ontheffing.

In de praktijk is het onderscheid tussen de twee Commissie-standpunten misschien minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Dit onderscheid is met name niet groot, indien de Commissie met haar opmerking in paragraaf 95 van haar ontwerp-mededeling dat niet alle beperkende overeenkomsten van een onderneming met een machtspositie een machtsmisbruik vormen in feite heeft bedoeld te zeggen dat de meeste beperkende overeenkomsten van een onderneming met een machtspositie misbruik van die machtspositie vormen. Of die opmerking van de Commissie in paragraaf 95 van de ontwerp-mededeling zo gelezen zou moeten worden is nog een open vraag.

Het thans besproken arrest wekt bij ons de indruk dat het antwoord op laatstgenoemde vraag eerder bevestigend

dan ontkennd is. De Commissie en het Gerecht stellen vast dat vrieskistexclusiviteit een normale handelspraktijk in Ierland is. De door HB opgelegde vrieskistexclusiviteit wordt niettemin aangemerkt als misbruik omdat zij de markttoegang van concurrenten van HB aanzienlijk zou beperken, ook al kunnen de HB-vrieskistovereenkomsten op korte termijn opgezegd worden. Indien, zoals in het onderhavige arrest gebeurt, in het economische leven vaak toegepaste maar toch beperkende overeenkomsten van een dominante onderneming onder artikel 82 EG al zeer snel niet toelaatbaar blijken te zijn,³⁶ heeft dit belangrijke gevolgen voor dominante ondernemingen. Deze zullen vaak gedwongen worden om reguliere distributieafspraken te vermijden, want dergelijke afspraken zouden misbruik kunnen opleveren en een ontheffing is niet mogelijk. Enkel indien voor de beperking een objectieve rechtvaardiging bestaat (zoals de bescherming van relatiegebonden investeringen) kunnen volgens de Commissie dergelijke afspraken dan mededingingsrechtelijk onder de artikelen 81, lid 1, EG en 82 EG gesauveerd worden.

Wij hopen evenwel dat de Commissie bij de aangekondigde³⁷ evaluatie van de toepassing de praktijk van artikel 82 EG voor een gematigde aanpak ten aanzien van verticale overeenkomsten van dominante ondernemingen zal kiezen. Zoals bekend, kent artikel 82 EG – anders dan artikel 81 EG – geen specifiek ontheffingssysteem voor efficiëntieverbeterende misbruikvormen. Onduidelijk is of de uitdrukking efficiëntieverbeterende misbruikvorm een contradictio in terminis is. Anders gezegd, er is nog geen duidelijke rechtspraak van de Europese rechters over de vraag of aantoonbare efficiëntievoordelen een gedraging die anders het verbod van artikel 82 EG zou schenden, dat gedrag toch zouden kunnen sauveren. Indien het antwoord op deze vraag ontkennd zou zijn, zou de vanuit economisch oogpunt onbevredigende situatie kunnen ontstaan dat mededingingsbeperkende verticale distributieovereenkomsten van dominante ondernemingen, ondanks efficiën-

32 Zie § 135 van de Bekendmaking van de Commissie, Pb. 2000, C 291/1.

33 Zie § 18 van de Richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa (stcr. 180, 2001, p. 28), waarin is neergelegd dat de NMa de artikelen 6 en 17 Mw in beginsel zal toepassen conform de richtsnoeren van de Commissie inzake verticale beperkingen.

34 Dit merkt de d-g NMa uitdrukkelijk op in § 84 van het Heineken-besluit, 2036 van 28 mei 2002. In het besluit naar aanleiding van het bezwaar van Royalty tegen het Heineken-besluit van 1 april 2003 stelde de d-g NMa overigens vast dat Heineken geen machtspositie inneemt.

35 Zie § 95, Pb. 2003, C 243/62, § 142 van de ontwerp-richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van artikel 81 EG op overeenkomsten inzake technologie-overdracht (Pb. 2003, C 235/17) bevat een overweging gelijk aan die van § 95 van de ontwerp-mededeling inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, EG.

36 Geheel nieuw is het niet dat normale handelsgebruiken misbruik opleveren indien zij worden toegepast door niet dominante ondernemingen (zie voor getrouwheidskortingen het in voetnoot genoemd Hoffman-La Roche-arrest).

37 Zie bijvoorbeeld de toespraak van commissaris Monti op 24 oktober 2003 tijdens de Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy in New York.

tievoordelen misbruik opleveren en, gezien de concept-richtsnoeren, niet in aanmerking komen voor ontheffing.³⁸ Wij menen dan ook dat onder artikel 82 EG (alsmede onder artikel 24 Mw), net als onder artikel 81, lid 3, EG (en artikel 17 Mw), plaats zou moeten zijn voor een evenwichtige economische afweging van de voor- en nadelen van de overeenkomst, alvorens geconcludeerd kan worden of een beperkende overeenkomst van een dominante onderneming misbruik vormt. Een vergelijking kan worden gemaakt met de efficiëntietoets, die nu ook in het Europese concentratiecontrolerecht (meer) handen en voeten krijgt. In de nieuwe concentratiecontroleverordening is nu uitdrukkelijk vastgesteld dat efficiëntieverbeteringen kunnen functioneren als tegenwicht tegen de schadelijke gevolgen die uit een concentratie zouden kunnen voortvloeien.³⁹

Anders gezegd, wij zouden de opmerking van de Commissie in de ontwerp-mededeling inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, EG aanvaardbaar vinden, indien de Commissie aan die mededeling of aan een toekomstige mededeling over de toepassing van artikel 82 EG de verduidelijking toevoegt dat – omgekeerd – beperkende overeenkomsten van een onderneming met een machtspositie die voldoen aan de vrijstellingscriteria van artikel 81, lid 3, EG, geen misbruik van een machtspositie vormen.⁴⁰ Uiteraard zullen overeenkomsten van dominante ondernemingen minder snel voldoen aan de vier voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG en met name aan de vierde voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG, die de overeenkomsten niet de mogelijkheid mogen geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen dan overeenkomsten van niet-dominante ondernemingen. Maar uit het hierboven vermelde citaat uit de ontwerp-mededeling inzake de toepassing van artikel 81, lid 3, EG volgt dat de Commissie niet op voorhand uitsluit dat overeenkomsten van dominante ondernemingen aan deze vierde vrijstellingsvoorwaarde van artikel 81, lid 3, EG kunnen voldoen. Een artikel 81, lid 3, EG toets onder artikel 82 EG zou overigens de HB-vrieskistexclusiviteit niet hebben kunnen redden omdat de Commissie en het Gerecht menen dat de exclusiviteit niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG voldoet. Of dit standpunt volgens de Commissie en het Gerecht juist is, zal wellicht nog aan de orde komen in het hoger beroep tegen het besproken arrest van het Gerecht, dat HB eind 2003 heeft aangekondigd.⁴¹

38 Zie ook Bishop en Ridyard, EC Vertical Restraints Guidelines: effects-based or per se policy, ECLR 2002, 23(1), 35-38.

39 Zie § 29 van verordening 139/2004, Pb. 2004, L 24/1.

40 Een dergelijke uitleg staat niet in de weg aan de rechtspraak van het Gerecht (T-51/89, Tetra Pak vs. Commissie, [1990] ECR II-309) en van het Hof, (zaak C-395/96 P en 396/96 P, CBM, [2000] ECR I-1365). Uit deze arresten volgt dat overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van een groepsvrijstelling alsnog in strijd kunnen komen met artikel 82. In Tetra Pak voegde het Gerecht daaraan toe dat inzake individuele ontheffingen, de karakteristieken van een overeenkomst die relevant zouden zijn bij de toepassing van artikel 82 al meegewogen zijn bij de beoordeling onder artikel 81, lid 3 EG.

41 Zie Pb. 2004, C 59/13.