II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 23. marts 1990

om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85

(IV/32.736 — Moosehead/Whitbread

(Kun den engelske udgave er autentisk)

(90/186/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86 (1), senest ændret ved Akten vedrørende Spaniens og Portugals Tiltrædelse, særlig artikel 6 og 8,

under henvisning til den anmeldelse, som Whitbread & Co PLC og Moosehead Breweries Ltd. indgav den 2. juni 1988 vedrørende Mooseheads meddelelse af en ene-licens til Whitbread til at brygge og sælge øl under Mooseheads varemærke i Det Forenede Kongerige,

under henvisning til offentliggørelsen af anmeldelsens indhold i hovedtræk (2) i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGFREMSTILLING

Anmeldelsen

(1) Den 2. juni 1988 anmeldte Moosehead Breweries Limited, New Brunswick, Canada, og Whitbread and Company PLC, London, i overensstemmelse med artikel 4 i forordning nr. 17 en række aftaler til Kommissionen, som de havde indgået den 12. maj 1987 og den 1. maj 1988.

(2) Parterne har anmodet om negativattest, subsidiært om fritagelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3.

Parterne

(3) Moosehead er etableret i New Brunswick, Canada, og er et helejet datterselskab af Sevenacres Holding Limited. Moosehead beskæftiger sig hovedsagelig med fremstilling, salg og distribution af øl, og har ingen bryggeriinteresser i Fællesskabet.

(4) Bryggeriet Whitbread er et selskab stiftet i henhold til engelsk lov, der driver ca. 6 000 udskænkningssteder, som det selv bestyrer eller har bortforpagtet. Whitbread's omsætning i 1987 var på 1 554 mio £.

Produktet og markedet

(5) Aftalerne vedrører fremstilling i Det Forenede Kongerige af øl, som Moosehead sælger i Canada og andre lande under varemærket »Moosehead« (i det følgende benævnt »Produktet«). Dette øl svarer med hensyn til art og alkoholstyrke overens med andre ordinære pilsnerøltyper, som i øjeblikket sælges i Det Forenede Kongerige, selv om det ifølge parterne har en særlig smag, der er typisk for canadisk pilsnerøl.

(1) EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.
(2) EFT nr. C 179 af 15. 7. 1989, s. 13.

(6) 1. Som anført i Kommissionens beslutning 84/381//EØF [1] (Carlsberg) adskiller det britiske ølmarked sig fra de øvrige europæiske markeder på følgende områder:

2. I Det Forenede Kongerige sælges øl for det meste fra fad på offentlige udskænkningssteder; 81 % [2] af alt øl i Det Forenede Kongerige sælges fra lokaler med udskænkningsbevilling, og 75 % af alt øl, der sælges i Det Forenede Kongerige, sælges fra fad. I 1987 tegnede pilsnerøl sig for 45 % af det samlede ølforbrug i Det Forenede Kongerige [3]. Sælgeren er derfor for at kunne opnå et større salg af et nyt øl i Det Forenede Kongerige nødt til at have adgang til et vist antal udskænkningssteder.

3. Bryggerierne i Det Forenede Kongerige distribuerer i vid udstrækning deres øl med egne lastbiler. Der findes derfor ingen større uafhængige øldistributionsfaciliteter i Det Forenede Kongerige.

4. Størstedelen af udskænkningsstederne i Det Forenede Kongerige er »knyttet« ved en ølindkøbskontrakt til et enkelt bryggeri. De ejes i realiteten af det bryggeri, som de indgår en sådan kontrakt med. Da næsten alt fadøl, som tegner sig for over 75 % af det samlede ølsalg, sælges på udskænkningssteder, og 57 % af samtlige udskænkningssteder i Det Forenede Kongerige ejes af bryggerier og er »knyttet« til disse, er det meget nyttigt omend ikke nødvendigt for et udenlandsk bryggeri, som ønsker at få adgang til det britiske marked, at få støtte fra et stort indenlandsk bryggeri.

Antallet af udskænkningssteder, som har pligt til at foretage indkøb hos ét enkelt bryggeri, vil sandsynligvis falde fra den 1. november 1992, når, som følge af The Supply of Beer Order's ikrafttræden, alle indenlandske bryggerier, der har over 2 000 udskænkningssteder, skal frigøre halvdelen af det antal udskænkningssteder, som de har ud over denne tærskel på 2 000, for enhver form for pligt til varekøb. Endvidere vil alle udskænkningssteder, der er »knyttet« til et nationalt bryggeri, fra den 1. maj 1990 frit kunne vælge at købe et yderligere ølmærke samt alkoholfrie drikke fra andre leverandører. En væsentlig del af det samlede ølforbrug i Det Forenede Kongerige vil dog fortsat foregå i kontraktforpligtede udskænkningssteder.

5. De seks største britiske bryggerier [4], som i 1987 tegnede sig for 82 % af det britiske ølmarked, sælger mange forskellige typer øl og også mange forskellige mærker pilsnerøl. Whitbread tegnede sig i 1987 for 12 % af detailsalget af øl i Det Forenede Kongerige.

Aftalen

Almindelige bestemmelser

(7) 1. Den pågældende aftale består af tre kontrakter: aftalen om markedsføring og tekniske anliggender og aftalen om varemærkebenyttelse, begge 12. maj 1987, samt overdragelsesaftalen af 1. maj 1988. Kommissionen skønner, at disse tre aftaler udgør en del af en enkelt aftale, og i denne beslutning refereres der derfor til »aftalen«.

2. Ifølge aftalen giver Moosehead Whitbread eneret til at fremstille og reklamere for, markedsføre og sælge øl fremstillet med henblik på salg under navnet »Moosehead« på licensområdet (dvs. Det Forenede Kongerige, Kanaløerne og Øen Man, herefter benævnt »aftaleområdet«), under benyttelse af Mooseheads hemmelige know-how. Whitbread betaler en afgift til Moosehead for denne eneret.

3. Whitbread accepterer, at øllets kvalitet og råmaterialernes art og kvalitet skal opfylde Mooseheads specifikationer.

4. Whitbread accepterer hverken at ville opsøge kunder eller etablere afdelinger eller opretholde forhandlerdepoter for distribution af produktet uden for aftaleområdet. Det kan dog efterkomme spontane ordrer fra købere i de andre medlemsstater.

5. Whitbread accepterer i aftalens løbetid på aftaleområdet ikke at producere eller reklamere for andet øl, der identificeres som canadisk øl.

Bestemmelser om varemærke

(8) 1. Ifølge aftalen accepterer Whitbread kun at sælge produktet under varemærket »Moosehead«. Whitbread accepterer tillige kun at benytte varemærket Moosehead for eller i forbindelse med produktet.

Ejendomsretten til varemærkerne i Det Forenede Kongerige indehaves af Whitbread og Moosehead i fællesskab; hensigten hermed er ifølge parterne at give Whitbread en større garanti for retten til at benytte varemærket i aftalens løbetid. Moosehead indrømmer Whitbread en eksklusiv licens til benyttelse af varemærket i forbindelse med produktet i aftaleområdet i aftalens løbetid.

[1] EFT nr. L 207 af 2. 8. 1984, s. 26.
[2] Tallene i dette afsnit er hentet fra skøn opstillet af Whitbread PLC.
[3] Monopolies and Mergers Commission rapport, s. 10.
[4] Allied, Bass, Elders, Grand-Metropolitan, Scottish & Newcastle og Whitbread.

2. Aftalen fastsætter, at Moosehead ikke uden Whitbreads samtykke må registrere eller benytte og Whitbread ikke ansøge om at registrere noget varemærke, som ligner eller med rimelighed kan forveksles med nogen af Mooseheads varemærker i aftaleområdet.

3. Whitbread anerkender endvidere Mooseheads adkomst til varemærkerne og gyldigheden af Mooseheads registrering som ejer heraf. Whitbread påtager sig at overholde alle betingelser, som er fastsat i varemærkeregistreringsvilkårene, samt at afstå fra nogen handling, som vil kunne gøre en sådan registrering eller ejendomsret ugyldig, eller at ansøge om ændring eller annullering af registreringen af varemærkerne.

4. Ifølge aftalen skal Whitbread efter aftalens udløb restituere alle sine rettigheder og interesser i varemærket og i den dermed forbundne goodwill til Moosehead og skal deltage sammen med Moosehead i ansøgninger om registrering af Moosehead som eneejer af varemærkerne. Derfor skal Whitbread fra det tidspunkt afstå fra enhver benyttelse af varemærkerne.

Bestemmelser om know-how

(9) 1. Moosehead accepterer at overdrage al relevant know-how til Whitbread, som er nødvendig til fremstilling af produktet, og accepterer tillige at levere de fornødne mængder gær til Whitbread.

2. Whitbread accepterer at følge Mooseheads instrukser og specifikationer i tilslutning til denne know-how og kun at indkøbe gær fra Moosehead eller fra en af Moosehead udpeget tredjepart.

3. Whitbread accepterer udelukkende at benytte denne know-how til fremstilling af produktet og at hemmeligholde al know-how, som Moosehead stiller til rådighed.

(10) Partnerne godkender i fællesskab markedsføringsstrategien i forbindelse med salget af produktet, mærkeplanlægningen og salgsprognoserne på aftaleområdet. Men alene Whitbread er ansvarlig for gennemførelsen af denne politik og påtager sig omkostningerne herved.

Aftalens varighed

(11) Aftalen trådte i kraft den 1. maj 1987 og gælder på ubestemt tid, medmindre den opsiges på følgende betingelser:

— hver af parterne kan med et varsel til den anden part på mellem et og ti år opsige aftalen, hvis Whitbread ikke har solgt bestemte mængder af produktet

— hver af parterne kan med et kortere varsel opsige aftalen, hvis en af parterne misligholder nogen af sine kontraktmæssige forpligtelser, eller hvis der indtræder en væsentlig ændring i ejerskabet i eller kontrollen med hver af parterne.

(12) Whitbread skal efter aftalens eventuelle udløb ophøre med at fremstille produktet, returnere al know-how til Moosehead og afstå fra at benytte denne know-how i fremtiden. Whitbread må yderligere ikke benytte varemærkerne efter aftalens udløb og skal overdrage til Moosehead enhver ret og interesse, som det har erhvervet i varemærkerne. Whitbread skal tillige hemmeligholde denne know-how for tredjemand.

Parternes anbringender

(13) 1. Da Moosehead ikke har nogen afdeling i Europa, og hverken Moosehead eller nogen af dets associerede virksomheder har fremstillingsfaciliteter i EF, noget ølforhandlingsnet, eller nogen erfaring inden for markedsføring af øl i Det Forenede Kongerige, ville det på kortere sigt ikke være kommercielt muligt for Moosehead at etablere sine egne fremstillingsfaciliteter. I betragtning af kendetegnene ved detailmarkedet for øl samt de geografiske afstande og den målestok, i hvilken salget skulle tilrettelægges, ville det ikke være økonomisk muligt for Moosehead at etablere eget forhandlernet eller at sælge gennem uafhængige grossister.

2. Whitbread har begrænsede erfaringer med canadisk pilsnerøl og har i særdeleshed ingen adgang til den specifikke kulturgær, som giver Moosehead's pilsnerøl en særlig smag, som adskiller det fra andre pilsnerøl, eller den tekniske information, som Moosehead besidder, og som er nødvendig til fremstilling af det produkt, som er genstand for nærværende aftale. Whitbread har derfor ikke den nødvendige ekspertise til at fremstille dette nye produkt til afsætning på det britiske marked uden bistand fra Moosehead. Whitbread kan dog med sine generelle bryggerifaciliteter og på grundlag af sine erfaringer fremstille Mooseheads øl til salg i Det Forenede Kongerige, hvis Moosehead yder bistand. Whitbread ejer desuden ikke noget velkendt canadisk varemærke.

3. Parterne hævder, af aftalen som følge heraf bidrager til at forbedre produktionen/fordelingen af varerne, (i) fordi øllet, hvis der ikke forelå nogen aftale, ikke kunne tilbydes så hurtigt og over et så stort område, og produktet ville således kun kunne tilbydes færre kunder og på et senere tidspunkt, og (ii) fordi aftalen giver mulighed for at fremstille produktet i aftaleområdet, således at det leverede produkt vil være friskere og billigere, da det kun skal transporteres over en kortere afstand.

Den stærke konkurrence i sektoren for pilsnerøl på ølmarkedet vil sikre, at forbrugerne får andel i fordelene ved aftalen, og tillige vil forhindre, at aftalen udelukker konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter.

De konkurrencebegrænsende bestemmelser i aftalen er uomgængelige for at give Whitbread tilstrækkelig tillid til at investere betydelige beløb i lanceringen af en ny øl på et allerede konkurrerende marked og for at give Moosehead mulighed for at betro en anden brygger brygning og salg af sit produkt velvidende, at licensindehaveren udelukkende vil koncentrere sine bestræbelser i forbindelse med reklame for og salg af canadisk lagerøl til Moosehead-øl.

4. Forpligtelsen for Whitbread til ikke at sælge visse former for konkurrerende øl i aftalens løbetid er nødvendig for at nå det i aftalen fastsatte mål.

(14) Der er ikke rejst indsigelse fra tredjemands side i tilslutning til den offentliggjorte meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17.

II. RETLIG VURDERING

Artikel 85, stk. 1

(15) 1. Den eksklusive varemærke- og know-how-licens på produktion og markedsføring af Moosehead-øl samt forbuddet mod aktivt salg uden for aftaleområdet samt den konkurrencebegrænsende klausul, som er omtalt i henholdsvis sidste punktum under nr. 8.1, og nr. 7.2, 7.4 og 7.5, er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, fordi de har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet i væsentlig grad.

I dette tilfælde har licensens eksklusive karakter til følge at udelukke tredjeparter, nemlig de fem andre større bryggerier i aftaleområdet, fra som licenstagere at benytte Mooseheads varemærke, til trods for deres potentielle interesse deri og deres mulighed herfor.

Forbuddet for licenstageren mod aktivt salg uden for aftaleområdet og mod markedsføring af konkurrerende ølmærker udgør tillige en væsentlig begrænsning af konkurrencen, da Whitbread på grund af sin store produktionskapacitet kunne forsyne andre markeder på fællesmarkedet og forhandle andre canadiske mærker.

Disse begrænsninger af konkurrencen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater i væsentlig grad, fordi de bevirker, at handelen mellem medlemsstater udvikler sig anderledes, end den ville have gjort, hvis disse begrænsninger ikke bestod, og i betragtning af aftaleparternes dimensioner får de en væsentlig indflydelse på markedsvilkårene. Dette gælder i særdeleshed forbuddet mod aktivt salg uden for aftaleområdet.

2. De øvrige klausuler i aftalen er ikke omfattet af artikel 85, stk. 1, fordi de ikke har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet i væsentlig grad. Dette gælder f.eks. forpligtelsen for Whitbread til at overholde visse kvalitetsnormer, samt bestemte klausuler vedrørende know-how og klausuler om, at Whitbread ikke må anfægte ejendomsretten til varemærket.

3. De bestemmelser vedrørende know-how, som er omtalt under nr. 9.1, 9.2 og 9.3, er ikke omfattet af artikel 85, stk. 1, fordi de ikke er eksklusive, og de udelukkende er en forudsætning i tilslutning til meddelelsen af licensen, for at licensen kan få virkning.

Den eksklusive købsbetingelse vedrørende gær, som er omtalt under nr. 9.2, er ikke omfattet af artikel 85, stk. 1, fordi den er nødvendig for at sikre en teknisk tilfredsstillende udnyttelse af den i licens givne teknologi og identitet mellem det pilsnerøl, som Moosehead selv producerer, og samme pilsnerøl, som Whitbread producerer.

4. Hvad angår ikke-anfægtelsesklausulen vedrørende varemærket, kan følgende anføres :

a) Generelt omhandler en ikke-anfægtelsesklausul ejendomretten til og/eller gyldigheden af et varemærke :

— Ejendomsretten til et varemærke kan særligt anfægtes med den begrundelse, at et identisk varemærke tidligere er benyttet eller registreret.

En klausul i en eksklusiv varemærkelicensaftale, hvorefter licenstageren forpligter sig til ikke at anfægte ejendomsretten til et varemærke, som omtalt ovenfor, udgør ikke nogen begrænsning af konkurrencen efter artikel 85, stk. 1. Uanset om licensgiveren eller licenstageren besidder ejendomsretten til varemærket, hindres det under alle omstændigheder, at nogen anden part kan benytte det, og konkurrencen påvirkes således ikke.

— Gyldigheden af et varemærke kan anfægtes med en hvilken som helst begrundelse i henhold til national ret, særlig med den begrundelse, at det er af generisk eller beskrivende art. Skulle anfægtelsen blive taget til følge overgår varemærket i så fald til almenhedens fælleseje og kan derefter benyttes af enhver.

En sådan klausul kan udgøre en begrænsning af konkurrencen efter artikel 85, stk. 1, fordi den kan bidrage til vedligeholdelsen af et varemærke, som ville udgøre en uberettiget barriere mod indtrængen på et givent marked.

For at en konkurrencebegrænsning kan siges at være omfattet af artikel 85, stk. 1, må den være væsentlig. Ejendomsretten til et varemærke giver kun indehaveren eneretten til at sælge produkter under dette navn. Andre parter kan frit sælge det pågældende produkt under et andet varemærke eller varenavn. Kun i tilfælde, hvor udnyttelsen af et velkendt varemærke giver en virksomhed, som søger adgang til eller konkurrerer på et givet marked, en vigtig fordel, og hvor virksomheden uden denne fordel ville få vanskeligt ved at trænge ind på dette marked, kan denne klausul siges at udgøre en væsentlig begrænsning af konkurrencen efter artikel 85, stk. 1.

b) I nærværende sag kan Whitbread hverken anfægte ejendomsretten til eller gyldigheden af varemærket.

For så vidt angår gyldigheden af varemærket, bemærkes det, at varemærket er relativ nyt på pilsnerølmarkedet inden for aftaleområdet. Vedligeholdelsen af »Moosehead«-varemærket vil således ikke udgøre en væsentlig barriere mod nogen anden virksomhed, som søger adgang til eller konkurrerer på ølmarkedet inden for aftaleområdet. Kommissionen skønner derfor, at ikke-anfægtelsesklausulen vedrørende varemærket, for så vidt som den vedrører varemærkets gyldighed (se betragtning 15, nr. 4, litra a), andet led), ikke udgør en væsentlig begrænsning af konkurrencen og ikke er omfattet af artikel 85, stk. 1.

For så vidt at klausulen angår ejendomsretten, udgør den af de i betragtning 15, nr. 4, litra a), første led, anførte grunde ikke en konkurrencebegrænsning efter artikel 85, stk. 1.

Artikel 85, stk. 3

(16) 1. Gruppefritagelsen efter Kommissionens forordning (EØF) nr. 556/89 [1] finder anvendelse på aftaler, som forener know-how- og varemærkelicenser, og hvor varemærkelicensen som anført i forordningens artikel 1, stk. 1, er accessorisk i forhold til know-how-licensen. I denne sag ligger parternes primære interesse nærmere i udnyttelsen af varemærket end i den omhandlede know-how. Parterne anser varemærkets canadiske oprindelse afgørende for en successrig markedsføringskampagne, som skal fremme Moosehead som en canadisk øl. Herefter anses den bestemmelse i aftalen, som omhandler varemærkerne, ikke for at være accessorisk, hvorfor forordning (EØF) nr. 556/89 ikke finder anvendelse.

2. Kommissionen mener på baggrund af de særlige kendetegn ved det britiske ølmarked, som beskrevet under nr. 6.1 til 6.5, at aftalen vil kunne bidrage til at forbedre produktionen og fordelingen af Moosehead-øl i aftaleområdet samt fremme den økonomiske udvikling. Særlig er følgende betragtninger relevante i den henseende:

— Under hensyntagen til Mooseheads nuværende omsætning kan virksomheden ikke med rimelighed påtage sig kapitalomkostningerne i tilslutning til opførelse af faciliteter til produktion af øl til salg på aftaleområdet. Da aftalen fastsætter, at Whitbread skal brygge øllet på sine bestående faciliteter, vil aftalen således kunne bidrage til at forbedre produktionen af varen i fællesmarkedet. Produktionen vil tillige ske på salgsstedet, og øllet skal således ikke længere indføres fra Canada, hvorfor aftalen bidrager til at nedbringe transportomkostningerne og til at fremme den økonomiske udvikling.

— Moosehead vil på grundlag af aftalen automatisk drage fordel af Whitbreads udstrakte distributionsnet til afsætningen af Moosehead-øl. Da markedet er kendetegnet ved meget få uafhængige forhandlingsmuligheder, skønner Kommissionen, at aftalen vil bidrage til at forbedre fordelingen af Moosehead-øl i aftaleområdet.

[1] EFT nr. L 61 af 4. 3. 1989, s. 1.

— Whitbread ejer en lang række kontraktforpligtede udskænkningssteder. Aftalen garanterer derfor Moosehead umiddelbar adgang til et større antal detailsalgssteder, således at Moosehead ikke skal spilde tid og udgifter ved opsøgning af mange uafhængige forhandlere. Kommissionen finder, at aftalen på denne måde også vil bidrage til en forbedring af fordeling af Moosehead-øl i aftaleområdet.

Også forbrugerne vil drage fordel af aftalen, idet de ved tilgangen af denne nye øl til aftaleområdet vil få et bredt sortiment at vælge imellem.

I betragtning af, at der findes mange lignende konkurrerende øltyper, og at parterne kan sælge øllet til andre parter med henblik på eksport til andre EF-markeder, vil aftaleparterne ikke have mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter.

I sin undersøgelse af, om aftalen er forenelig med disse to krav i artikel 85, stk. 3, har Kommissionen navnlig været opmærksom på de liberaliseringsforanstaltninger, som den britiske regering er i færd med at indføre på det britiske ølmarked. Disse foranstaltninger forventes at blive fuldt effektive i løbet af den ved denne beslutning indrømmede fritagelses gyldighedsperiode.

Kommissionen mener efter sin undersøgelse af de positive virkninger for produktionen og afsætningen af øl, som følger af de konkurrencebegrænsende klausuler, særlig klausulen om konkurrenceforbud, at de må betragtes som nødvendige til at nå målene i artikel 85, stk. 3. Der kan derfor træffes beslutning i henhold til artikel 85, stk. 3.

3. Aftalen forbliver i kraft, indtil en af parterne opsiger den. Aftalen blev anmeldt til Kommissionen den 2. juni 1988. Beslutningen bør således i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, og 8, stk. 1, i forordning nr. 17 gælde for en periode på 10 år —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

I henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, erklæres bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, for perioden 3. juni 1988 til 2. juni 1998 uanvendelige på den aftale, som Moosehead Breweries Limited og Whitbread and Company PLC anmeldte til Kommissionen den 2. juni 1986.

Artikel 2

Denne beslutning er rettet til:

1) Moosehead Breweries Limited,
89, Main Street
Saint John West
New Brunswick, E2M 3M2
Canada

2) Whitbread and Company PLC
The Brewery
Chiswell Street
London EC1Y 6SD
Det Forenede Kongerige.

Udfærdiget i Bruxelles, den 23. marts 1990.

På Kommissionens vegne

Leon BRITTAN

Næstformand