CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS

van 16 mei 2000 *

Inhoud

I — Inleiding I-11372

II — Feiten en procedure I-11372

III — De noodzaak om tegenstrijdigheid tussen beslissingen van de nationale rechterlijke instanties en van de gemeenschapsinstellingen te vermijden I-11376

A — Wanneer bestaat een risico van tegenstrijdige beslissingen? I-11376

a) Algemene opmerkingen I-11376

b) De onderhavige zaak I-11377

B — De rechtspraak van het Hof over de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen I-11378

C — De specifieke kenmerken van de onderhavige zaak I-11379

IV — Hoe moeten de prejudiciële vragen worden behandeld? I-11380

A — Inleidende opmerkingen I-11380

a) Het voorwerp van het hoofdgeding I-11380

b) De prejudiciële vragen I-11381

B — Kan de geldigheid van beschikking 98/531 in casu door middel van een prejudiciële verwijzing worden onderzocht? I-11383

a) Inleidende opmerkingen I-11384

b) Het feit dat de partijen in het hoofdgeding dezelfde zijn, belet een prejudiciële verwijzing over de geldigheid van beschikking 98/531 ..... I-11385

c) De problemen die over het algemeen bij het onderzoek van de geldigheid van een communautaire beschikking als de onderhavige rijzen in het kader van de procedure van artikel 177 van het Verdrag I-11389

C — Conclusies I-11391

V — De tweede prejudiciële vraag I-11392

A — De prijs van het consumptie-ijs en de verenigbaarheid van de betrokken overeenkomsten met de bepalingen van artikel 86 van het Verdrag I-11392

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

B — De litigieuze exclusiviteitsbedingen en artikel 85, lid 1, van het Verdrag I-11394
a) Het arrest Delimitis I-11394
b) Toepassing van de rechtspraak Delimitis op de onderhavige zaak I-11395
c) De objectieve rechtvaardiging van de onderhavige exclusiviteitsbedingen . I-11400
C — De onderhavige exclusiviteitsbedingen en artikel 86 van het Verdrag I-11403
VI — De derde prejudiciële vraag I-11407
VII— Conclusies I-11409
VIII—Conclusie I-11409

I — Inleiding

1. In deze zaak wordt het Hof verzocht drie prejudiciële vragen te beantwoorden die de Supreme Court (Ierland) heeft gesteld krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG). De eerste vraag gaat over de betrekkingen tussen de nationale rechterlijke instanties en de communautaire administratieve en rechterlijke organen in zaken waarin een specifiek probleem rijst van uitlegging en toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81, lid 1, EG en 82 EG). De volgende twee vragen hebben betrekking op de verenigbaarheid met de gemeenschapsbepalingen van exclusiviteitsbedingen in overeenkomsten tot levering van vrieskisten die een fabrikant en distributeur van consumptie-ijs met detailhandelaren heeft gesloten.

II — Feiten en procedure

2. Deze zaak heeft betrekking op de overeenkomsten die HB Ice Cream Ltd, thans Van Den Bergh Foods Ltd (hierna: „HB"), heeft gesloten betreffende de distributie in Ierland van ijs dat voor onmiddellijke consumptie is bestemd. In het kader van haar bedrijfsbeleid levert HB aan detailhandelaars die haar ijs verkopen, vrieskisten op voorwaarde dat die vrieskisten uitsluitend voor haar eigen producten worden gebruikt (hierna: „exclusiviteitsbeding"). HB, die sinds 1974 tot de Unilevergroep behoort, is de voornaamste producent en distributeur van consumptie-ijs in Ierland en neemt er met een marktaandeel van nooit lager dan 70 % de eerste plaats in.

3. Masterfoods Ltd (hierna: „Masterfoods"), een dochteronderneming van de Amerikaanse multinationale onderneming Mars Inc., betrad in 1989 de Ierse con-

sumptie-ijsmarkt. In de zomer van 1989 gingen talrijke detailhandelaren ertoe over om in door HB geleverde vrieskisten Marsijs te bewaren. Daarop vroeg HB de detailhandelaren, het exclusiviteitsbeding in de vrieskistovereenkomst getrouw na te komen.

4. In maart 1990 heeft Masterfoods bij de High Court (Ierland) een vordering ingesteld die ertoe strekte vast te stellen dat het bovenvermelde exclusiviteitsbeding in strijd is met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Op haar beurt heeft HB voor dezelfde rechterlijke instantie gevorderd Masterfoods te verbieden de detailhandelaren ertoe aan te zetten Marsijs in de vrieskisten van HB te bewaren. In april 1990 heeft de High Court een voorlopig verbod ten gunste van HB uitgesproken.

5. Op 28 mei 1992 heeft de High Court definitief beslist. Het heeft de vordering van Masterfoods verworpen en heeft haar een definitief verbod opgelegd (permanent order) de detailhandelaren ertoe aan te zetten Marsijs in de vrieskisten van HB te bewaren. HB's vordering tot schadevergoeding heeft het echter afgewezen.

6. Masterfoods heeft op 4 september 1992 tegen de beslissing van de High Court beroep ingesteld (appeal) bij de Supreme Court. Zij vroeg de Supreme Court in de eerste plaats de beslissing en het verbod van de High Court te vernietigen, in de tweede plaats te verklaren dat de betrokken exclusiviteitsbedingen onwettig en ongeldig zijn wegens in strijd met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, in de derde plaats de heropening van de procedure voor de High Court te bevelen en in de vierde plaats de tegenpartij in de kosten te verwijzen.

7. Parallel aan de procedure voor de nationale rechterlijke instanties heeft Masterfoods op 18 september 1991 een klacht ingediend bij de Commissie. Masterfoods voerde hierin aan dat de exclusiviteitsbedingen in de tussen HB en de detailhandelaren gesloten overeenkomst tot levering van vrieskisten in strijd zijn met de communautaire mededingingsregels. Op 29 juli 1993 is de Commissie tot de voorlopige conclusie gekomen dat het distributiestelsel van HB in strijd is met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag en heeft zij een mededeling van punten van bezwaar tot HB gericht. Zij stelde HB in de gelegenheid wijzigingen van haar distributiestelsel voor consumptie-ijs voor te stellen. Op 8 maart 1995 heeft HB, na besprekingen met de Commissie, wijzigingsvoorstellen voorgelegd. In eerste instantie verklaarde de Commissie dat de wijzigingen op het eerste gezicht in aanmerking konden komen voor een ontheffing. Op 15 augustus 1995 heeft zij aangekondigd voornemens te zijn een ontheffing te verlenen voor de voorgelegde (gewijzigde) distributieovereenkomsten. Van mening dat die wijzigingen niet het verwachte resultaat opleverden op de markt, kwam zij echter later, rekening houdend met de marktsituatie op dat moment, op haar voornemen terug. Op 22 januari 1997 heeft zij HB een nieuwe mededeling van punten van bezwaar gezon-

den. Tenslotte heeft zij op 11 maart 1998 beschikking 98/531/EG [1] vastgesteld.

8. Artikel 1 van beschikking 98/531 luidt: „Het exclusiviteitsbeding in de tussen Van den Bergh Foods Limited en detailhandelaren in Ierland gesloten vrieskistovereenkomsten betreffende de plaatsing van vrieskisten in verkooppunten die uitsluitend beschikken over een of meer door Van den Bergh Foods Limited geleverde vrieskisten voor de opslag van afzonderlijk verpakte porties impulsijs en geen eigen of door een andere producent van consumptie-ijs dan Van den Bergh Foods Limited beschikbaar gestelde vrieskist(en) bezitten, vormt een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag."

9. Artikel 3 van beschikking 98/531 bepaalt: „Van den Bergh Foods Limited maakt inbreuk op artikel 86 van het EG-Verdrag, doordat zij detailhandelaren in Ierland die geen eigen of door een andere producent van consumptie-ijs dan Van den Bergh Foods Limited 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."

1 — Beschikking van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (zaken IV/34.073, IV/34.395 en IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited [kennisgeving geschied onder nummer C(1998) 292] (PB L 246, blz. 1).

10. Op 21 april 1998 heeft HB beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (zaak T-65/98).

11. Op 16 juni 1998 heeft de Supreme Court bij beschikking besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Gelet op het arrest en de beschikkingen van de High Court (Ierland) van 28 mei 1992, de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 11 maart 1998 en de door Van den Bergh Foods Ltd krachtens de artikelen 173, 185 en 186 EG-Verdrag gevorderde nietigverklaring en opschorting van laatstgenoemde beschikking, rijzen de volgende vragen:

a) dwingt de verplichting tot loyale samenwerking met de Commissie, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, de Supreme Court ertoe om in casu de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Gerecht van eerste aanleg op het tegen de genoemde beschikking van de Commissie ingestelde beroep en het Hof van Justitie op een eventueel ingestelde hogere voorziening hebben beslist?

b) staat een beschikking van de Commissie, gericht tot een particulier (en waartegen door die particulier beroep tot nietigverklaring is ingesteld en een verzoek tot opschorting is gedaan), waarin de vrieskistovereenkomst van belanghebbende onverenigbaar is verklaard met artikel 85, lid 1, en/of artikel 86 EG-Verdrag, eraan in de weg, dat die particulier verzoekt om bevestiging van een voor hem gunstige, andersluidende beslissing van een nationale rechter over identieke of soortgelijke problemen in verband met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, in een beroep tegen die beslissing bij de hoogste nationale rechterlijke instantie?

Indien de eerste vraag, sub a, ontkennend wordt beantwoord, rijzen de tweede en de derde vraag niet.

2) Gelet op het juridische en economische verband waarin de betrokken vrieskistovereenkomsten worden gesloten op de markt van afzonderlijk verpakte porties impulsijs, is een praktijk die erin bestaat dat een fabrikant en/of leverancier van ijs zonder enige directe tegenprestatie een vrieskist ter beschikking stelt aan een detailhandelaar — of andere methoden gebruikt om de detailhandelaar ertoe te brengen de vrieskist te aanvaarden — doch onder de voorwaarde dat de detailhandelaar in de vrieskist geen ander ijs bewaart dan het ijs dat door die fabrikant en/of leverancier is geleverd, in strijd met de bepalingen van artikel 85, lid 1 en/of artikel 86 EG-Verdrag?

3) Zijn exclusiviteitsovereenkomsten betreffende vrieskisten op grond van artikel 222 EG-Verdrag niet aantastbaar uit hoofde van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag?"

12. Verder heeft de president van het Gerecht in het kader van het geding voor het Gerecht naar aanleiding van het door HB op 21 april 1998 ingestelde beroep bij beschikking van 7 juli 1998 [2] de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking van de Commissie opgeschort tot de einduitspraak op het beroep in deze zaak (T-65/98).

13. Bij beschikking van 28 april 1999 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht overeenkomstig artikel 47, derde alinea, van 's Hofs Statuut-EG de procedure in zaak T-65/98 geschorst tot de uitspraak van het arrest van het Hof in de onderhavige zaak.

2 — Van den Bergh Foods/Commissie (T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641).

III — De noodzaak om tegenstrijdigheid tussen beslissingen van de nationale rechterlijke instanties en van de gemeenschapsinstellingen te vermijden

14. Het hoofdprobleem in de onderhavige zaak is duidelijk het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen van de nationale rechterlijke instanties en van de gemeenschapsinstellingen bij de uitlegging en de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Zoals het Hof heeft opgemerkt in het arrest Delimitis [3] bestaat dit risico omdat de Commissie niet bij uitsluiting bevoegd is voor bepaalde vragen die door de artikelen 85 en 86 van het Verdrag worden geregeld — onder meer de vraag of een gedraging van een onderneming als in overeenstemming met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag moet worden beschouwd — maar haar bevoegdheid deelt met de nationale rechterlijke instanties.

A — *Wanneer bestaat een risico van tegenstrijdige beslissingen?*

a) Algemene opmerkingen

15. Ter inleiding wil ik het volgende opmerken over de vraag wanneer er tegenstrijdigheid of risico van tegenstrijdigheid bestaat tussen een beschikking van de Commissie waarbij de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag op een bepaald geschil worden toegepast, en de beslissing van een nationale rechter over hetzelfde probleem.

16. Om vast te stellen dat een dergelijke tegenstrijdigheid bestaat, volstaat het niet dat er een verband bestaat tussen het juridisch probleem dat bij de nationale rechter aanhangig wordt gemaakt en het probleem dat de Commissie onderzoekt. [4] Het volstaat evenmin dat het om een soortgelijk juridisch probleem gaat wanneer het juridisch en feitelijk kader van het geschil dat de Commissie en de nationale rechter behandelen, niet volkomen identiek is. [5] De beschikking van de Commissie kan natuurlijk elementen verschaffen die van belang [6] zijn voor een adequate uitlegging van de artikelen 85, lid 1 en 86; in dat geval bestaat er strikt juridisch gezien echter geen risico van tegenstrijdige beslissingen. Dit risico bestaat alleen wanneer het gewijsde dat de beslissing van de nationale rechter heeft of zal hebben in tegenspraak is met de overwegingen of met

3 — Arrest van 28 februari 1991 (C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punten 43-46). Zie ook de arresten van 6 februari 1967, Brasserie de Haecht (48/72, Jurispr. blz. 77), en 30 januari 1974, BRT (127/73, Jurispr. blz. 51).

4 — Bijvoorbeeld wanneer de nationale rechter onderzoekt of een exclusiviteitsbeding voor het gebruik van vrieskisten voor consumptie-ijs rechtmatig is en de Commissie zich uitspreekt over een exclusiviteitsovereenkomst betreffende het gebruik van een distributienet voor kranten.

5 — Bijvoorbeeld wanneer de nationale rechter onderzoekt of een tussen een bepaalde vennootschap en detailhandelaren 1, 2 en 3 gesloten exclusiviteitsovereenkomst over het gebruik van een vrieskist voor consumptie-ijs rechtmatig is, terwijl de Commissie een tussen een andere vennootschap en detailhandelaren 4, 5 en 6 gesloten soortgelijke overeenkomst controleert die op dezelfde producten en op dezelfde markt betrekking heeft.

6 — Zie de punten 20 en 21 van 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 EEG-Verdrag (93/C 39/05, PB 1993, C 39, blz. 6).

het dispositief van de beschikking van de Commissie.[7] Bijgevolg moeten telkens de grenzen van het gewijsde van de beslissing van de nationale rechter en de inhoud van de beschikking van de Commissie worden onderzocht.

b) De onderhavige zaak

17. In deze zaak valt in de eerste plaats op dat het voorwerp van de beslissing van de High Court op het eerste gezicht identiek lijkt te zijn met het voorwerp van de beschikking van de Commissie: de beoordeling van de verenigbaarheid van het exclusiviteitsbeding in de tussen HB en de Ierse detailhandelaren van consumptie-ijs gesloten vrieskistovereenkomsten met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag. Dit betekent echter niet dat deze beslissingen, voor zover daarin tegengestelde conclusies worden bereikt, volledig met elkaar conflicteren.

18. Meer bepaald is de vaststelling van de High Court dat de bestreden exclusiviteitsbedingen van HB, wat de gevolgen ervan voor de mededinging betreft, niet in strijd zijn met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag, gebaseerd op gegevens en beoordelingen die dateren van vóór de datum van die beslissing, namelijk vóór 1992. Maar de rechtsgevolgen van de beslissing van de High Court strekken zich duidelijk tot voorbij die datum uit. De High Court heeft een definitief bevel uitgesproken, dat de nakoming van de exclusiviteitsbedingen met betrekking tot de vrieskisten van HB verlangt en Masterfoods verbiedt detailhandelaars aan te zetten die exclusiviteitsbedingen te overtreden.

19. De beschikking van de Commissie is hoofdzakelijk gebaseerd op een marktonderzoek van 1996[8]; zij houdt bovendien rekening met het feit dat de door HB aan de detailhandelaren voorgestelde overeenkomsten tot levering van vrieskisten na 1995 zijn gewijzigd. Het dispositief van de beschikking van de Commissie is duidelijk: de contractuele exclusiviteitsbedingen over het gebruik van de door HB aan de detailhandelaren geleverde vrieskisten zijn nietig omdat ze in strijd zijn met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag; HB moet „onmiddellijk een einde maken"[9] aan de genoemde inbreuken en moet binnen drie maanden na kennisgeving van de beschikking de detailhandelaren van deze nietigheid in kennis stellen.[10]

20. Uit het voorgaande kunnen de volgende twee conclusies worden getrokken. In de

7 — Ik ontken niet dat wanneer de gelijkenis tussen het voorwerp van de beschikking van de Commissie en het voorwerp van de beslissing van de nationale rechter duidelijker is, de vaststelling van tegenstrijdige oplossingen door deze twee instanties de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht niet bevordert. Dat zijn echter geen gevallen van een puur conflict tussen de gemeenschapsbeschikking en de nationale beslissing. Een andere uitlegging waardoor het risico van tegenstrijdige beslissingen ruimer zou worden gedefinieerd, zou de nationale rechter te zeer inperken.

8 — Zie punten 28-38 van beschikking 98/531.

9 — Artikel 4 van beschikking 98/531.

10 — Artikel 5 van beschikking 98/531.

eerste plaats berust het dispositief van de beschikking van de Commissie niet op een beoordeling van dezelfde feiten als door de Ierse rechter werden beoordeeld. [11] Theoretisch is het mogelijk dat het exclusiviteitsbeding in de vóór 1992 bestaande en toegepaste vrieskistovereenkomsten — zoals de High Court heeft geoordeeld — niet in strijd is met de communautaire mededingingsregels, maar dat het tegengestelde geldt voor de door de Commissie gecontroleerde overeenkomsten van na 1992. In de tweede plaats zijn de twee beslissingen duidelijk tegenstrijdig wat hun rechtsgevolgen betreft, tenminste vanaf de datum van vaststelling en kennisgeving van de beschikking van de Commissie. Meer bepaald is het exclusiviteitsbeding volgens de beschikking van de Commissie vanaf 11 maart 1998 niet langer van toepassing omdat het in strijd is met de communautaire mededingingsregels. Het definitieve bevel van de High Court, dat na 11 maart 1998 van toepassing blijft, verlangt daarentegen nakoming van het exclusiviteitsbeding.

21. Bijgevolg gaat het om een gedeeltelijke tegenstrijdigheid tussen de beslissing van de High Court en de beschikking van de Commissie. [12] Die tegenstrijdigheid is afhankelijk van de toepassing van de beschikking van de Commissie, aangezien het Gerecht bij beschikking van zijn president de opschorting van die beschikking heeft bevolen. [13] Bovendien bestaat het risico dat de Supreme Court op basis van de rechtsoverwegingen van de beslissing van de High Court in eerste aanleg of van nieuwe feiten of beoordelingen, een arrest velt dat in tegenspraak is met de beschikking van de Commissie. Ik zal die mogelijkheid in het volgende punt van mijn analyse bespreken.

B — *De rechtspraak van het Hof over de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen*

22. Zoals reeds gezegd, heeft het Hof in het arrest Delimitis [14] gewezen op het risico dat de nationale rechter en de Commissie tot tegenstrijdige beslissingen komen bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels. Het Hof stelde ook dat tegenstrijdige beslissingen in strijd zijn met het algemene rechtszekerheidsbeginsel en derhalve moeten worden voorkomen „wanneer de nationale rechter zich uitspreekt over overeenkomsten of gedragingen waarover nog een beschikking van de Commissie kan worden gegeven". [15]

23. Vervolgens achtte het Hof het nuttig om de nationale rechter een aantal richt-

11 — Dat zou wel het geval zijn geweest wanneer de Commissie haar beschikking had gebaseerd op de situatie zoals die in de periode 1990-1992 op de Ierse markt van consumptie-ijs bestond en op het marktaandeel van de betrokken ondernemingen tijdens die periode.

12 — Zie ook punt 7 van de reeds aangehaalde beschikking van de president van het Gerecht van 7 juli 1998.

13 — Zie voetnoot 2, reeds aangehaald.

14 — Arrest aangehaald in voetnoot 3.

15 — Ibidem, punt 47.

lijnen te geven voor een dergelijke situatie. Wanneer de oplossing met betrekking tot de litigieuze gemeenschapsbepalingen duidelijk is, kan de nationale rechter de procedure voortzetten. [16] Wanneer er daarentegen in het kader van de toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag gevaar bestaat voor tegenstrijdigheid tussen de beslissing van de nationale rechter en de door te Commissie te geven beschikking, dan moet „schorsing van de behandeling van de zaak of het treffen van voorlopige maatregelen ook in overweging worden genomen". [17] Het Hof wees er verder op dat de nationale rechter bij de Commissie inlichtingen kan inwinnen over de stand van de communautaire toezichtprocedure of haar bijstand kan vragen voor de moeilijkheden die de toepassing van de betrokken verdragsartikelen oplevert. [18] Ten slotte kan de nationale rechter de behandeling van de bij hem aanhangige zaak schorsen en het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag om een prejudiciële beslissing verzoeken. [19]

24. Ik merk op dat in de zaak Delimitis de nationale rechter zich diende uit te spreken over de toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag op een tijdstip waarop de Commissie hetzelfde probleem behandelde, maar nog geen beschikking had gegeven. Bovendien, wanneer het Hof het gebruik aanraadt van de procedure van artikel 177 van het Verdrag, dan gebeurt dat in een stadium van de procedure waarin de nationale rechter (nog) niet de wettigheid onderzoekt van een beschikking die de Commissie reeds heeft gegeven. Met andere woorden, de nationale rechter wordt gevraagd om vragen te stellen over de uitlegging van gemeenschapsbepalingen, niet over de geldigheid van een individuele beschikking van de Commissie. Aangezien dat probleem in de onderhavige zaak wel rijst, acht ik het nuttig om hierna de specifieke kenmerken hiervan uiteen te zetten.

C — *De specifieke kenmerken van de onderhavige zaak*

25. De conclusie waartoe het Hof in het arrest Delimitis is gekomen kan niet volledig worden getransponeerd op de onderhavige zaak. Hierna licht ik de specifieke kenmerken en moeilijkheden toe.

Zoals reeds vermeld is er in de eerste plaats niet louter een potentieel, doch een duidelijk en imminent conflict tussen de beslissing van de Ierse rechter van eerste aanleg en de reeds gegeven beschikking van de Commissie. [20] Dit conflict zou reeds hebben bestaan indien het Gerecht van eerste aanleg niet de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie had bevolen. [21] Bovendien zullen de beslissingen van de Commissie en

16 — Ibidem, punt 50.

17 — Ibidem, punt 52.

18 — Ingevolge artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) rust op de Commissie immers een verplichting tot samenwerking met de rechterlijke autoriteiten van de lidstaten.

19 — Arrest Delimitis, aangehaald in voetnoot 3, punt 54.

20 — Ik merk nog op dat de nationale rechter in de onderhavige zaak van mening was dat de litigieuze exclusiviteitsbedingen verenigbaar waren met de communautaire mededingingsregels, terwijl de Commissie precies het tegengestelde standpunt heeft ingenomen. De tegenstrijdige standpunten zouden minder ernstige gevolgen hebben voor het evenwicht van de communautaire rechtsstructuur indien het de nationale rechter was die zich tegen de exclusiviteitsbedingen had uitgesproken en de Commissie ze verenigbaar met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag had bevonden.

21 — Zie hierboven, voetnoot 12.

van de Ierse nationale rechter tegenstrijdig zijn indien de Supreme Court in het hoofdgeding standpunten inneemt die in tegenspraak zijn met die welke in beschikking 98/531 werden ingenomen. Die mogelijkheid bestaat zowel wanneer de motivering en het dictum van de beslissing van de High Court juist worden geacht, als wanneer de motivering weliswaar onjuist, maar het dictum op basis van ander bewijsmateriaal juist wordt bevonden.

In de tweede plaats is de vraag van de wettigheid van de beschikking van de Commissie aanhangig bij het Gerecht. Indien het Gerecht dat beroep verwerpt en de Supreme Court de tegenstrijdige beslissing van de High Court bevestigt, zal de voorrang van het gemeenschapsrecht tweemaal door de Ierse rechters worden ondermijnd. [22]

In de derde plaats kan de onderhavige zaak voor het Hof aanleiding zijn om zich uit te spreken over de verhouding tussen de rechtsmiddelen van artikel 173 EG-Verdrag (thans na wijziging artikel 230 EG) en van artikel 177 van het Verdrag, alsook over de verhouding tussen het Hof en het Gerecht.

In de vierde plaats is één van de partijen in het hoofdgeding, HB, die de beslissing in eerste aanleg van de High Court verdedigt, eveneens de geadresseerde van de beschikking van de Commissie en heeft tegen die beschikking beroep ingesteld bij het Gerecht. In dat verband is haar tegenpartij in het hoofdgeding, Masterfoods, voor het Gerecht tussengekomen in de procedure die door het beroep van HB is ingeleid. Dit feit kan eventueel het antwoord op de eerste prejudiciële vraag beïnvloeden.

IV — Hoe moeten de prejudiciële vragen worden behandeld?

A — *Inleidende opmerkingen*

a) Het voorwerp van het hoofdgeding

26. Om te beginnen moeten we ons afvragen wat het voorwerp is van het bij de Supreme Court aanhangige geding. Zonder in de details van het Ierse procesrecht te treden stel ik vast dat de verwijzende rechter poogt te beoordelen of de gronden en het dictum van de beslissing in eerste aanleg correct zijn. De juistheid van het standpunt van de High Court over de verenigbaarheid van de litigieuze exclusiviteitsbedingen met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag zal allereerst worden onderzocht tegen de achtergrond van de feitelijke en juridische gegevens waarover

22 — Enerzijds omdat de standpunten van de bevoegde communautaire administratieve overheid (de Commissie) niet zijn in aanmerking genomen; anderzijds omdat de bevoegdheden van de communautaire rechterlijke instanties — het Gerecht en het Hof in hogere voorziening — om zich over de wettigheid van de handelingen van de gemeenschapsinstellingen uit te spreken en de nakoming ervan te verlangen niet in acht zijn genomen.

de Ierse rechtbank van eerste aanleg zich diende uit te spreken. Beschikking 98/531 is uiteraard bij die beoordeling door de Supreme Court niet van invloed.

27. Omgekeerd zijn de rechtsgevolgen van de beslissing in eerste aanleg van de Ierse rechter, aangezien deze na de inwerkingtreding van beschikking 98/531 blijven bestaan, rechtstreeks in conflict met die beschikking. *Ongeacht of de motivering van de beslissing in eerste aanleg van de High Court correct was op het tijdstip dat zij werd genomen,* is het dan ook duidelijk dat de verdere toepassing van die beslissing na de inwerkingtreding van de beschikking van de Commissie met die beschikking in strijd zou zijn geweest indien het Gerecht de tenuitvoerlegging van die beschikking niet had opgeschort. De Supreme Court kan dit feit niet buiten beschouwing laten, aangezien hij in zijn eigen arrest in laatste aanleg zal beslissen of het dictum van de beslissing van de High Court na 11 maart 1998 wordt bekrachtigd of vernietigd. Aangezien de Supreme Court zich moet uitspreken over een rechterlijke beslissing in eerste aanleg die een definitief bevel bevat, moet hij bovendien, voor zover de nationale rechtsorde dat mogelijk maakt, rekening houden met de juridische en feitelijke situatie die bestond tot het tijdstip waarop zij haar eigen arrest wijst. In die omstandigheden kan het bestaan en de inhoud van beschikking 98/531 niet buiten beschouwing worden gelaten.

b) De prejudiciële vragen

28. De eerste vraag betreft het feit dat beschikking 98/531, die in strijd is met het dictum van de beslissing in eerste aanleg van de Ierse rechter, reeds vóór het Gerecht is aangevochten. Volstaat dit om de nationale rechter te verplichten de afloop van het beroep tot nietigverklaring af te wachten alvorens definitief te beslissen op het voor hem aanhangige geding? Is het feit dat HB, die de beslissing in eerste aanleg verdedigt, eveneens de partij is die tegen beschikking 98/531 beroep heeft ingesteld krachtens artikel 173 van het Verdrag van betekenis? De twee andere vragen betreffen inhoudelijke problemen, namelijk de correcte uitlegging en de toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag en 222 EG-Verdrag (thans artikel 295 EG).

29. Met betrekking tot de eerste prejudiciële vraag wil ik de volgende inleidende opmerking maken. Indien de oplossing van het nationale geschil niet wordt beïnvloed door de geldigheid van beschikking 98/531, kan zij geenszins afhangen van de uitslag van het bij het Gerecht aanhangige beroep tot nietigverklaring van deze beschikking. Die mogelijkheid kan zich hypothetisch voordoen voor zover, zoals werd opgemerkt, het dictum van de beslissing van de High Court niet noodzakelijk in strijd is met het dispositief van de beschikking van de Commissie wanneer beide op andere feiten zijn gebaseerd. Kan in de praktijk echter werkelijk in het hoofdgeding uitspraak worden gedaan zonder dat wordt ingegaan op de vraag of de litigieuze beschikking van de Commissie correct is en moet worden nagekomen? Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de volgende twee gevallen.

30. i) Gesteld dat de Supreme Court op basis van de uitlegging die het Hof in het kader van de tweede en de derde prejudiciële vraag zal geven, concludeert dat de

beslissing van de High Court, gelet op de feiten waarvan deze kennis moest nemen, rechtens niet correct was wegens een onjuiste uitlegging en/of toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag. In dat geval zal de beslissing in eerste aanleg worden vernietigd en geen rechtsgevolgen meer hebben. Het conflict tussen die beslissing en de beschikking van de Commissie zal dan niet langer bestaan. Indien het voor de Supreme Court hangende hoofdgeding eindigt met de vaststelling dat de beslissing in eerste aanleg gebrekkig is en met vernietiging van het litigieuze definitieve bevel ten gunste van HB, kan de verwijzende rechter de zaak mijns inziens afdoen zonder dat hij hoeft te weten of beschikking 98/531 al dan niet geldig is en zonder het risico te lopen dat hij een uitspraak doet die in strijd is met de beschikking van de Commissie.

31. ii) Wat zal er daarentegen gebeuren in het — overigens meest waarschijnlijke — geval dat de verwijzende rechter, gelet op de eventueel toepasselijke regels van nationaal procesrecht, wordt gevraagd zich over de juistheid van het bevel uit te spreken op basis van de feiten zoals die zich hebben voorgedaan tot op het tijdstip waarop hij zijn eigen beslissing zal geven? Ook kan de Supreme Court het in eerste aanleg gegeven bevel vernietigen en ten principale beslissen, waarbij hij ditmaal onderzoekt of op het tijdstip van deze nieuwe beoordeling de litigieuze bedingen van HB al dan niet verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. Wat moet er verder gebeuren wanneer de verwijzende rechter, eveneens gelet op het antwoord op de tweede en de derde prejudiciële vraag, het in eerste aanleg gegeven bevel bevestigt?

32. Wat de verschillende mogelijkheden in het tweede geval betreft ben ik van mening dat de Supreme Court beschikking 98/531 niet buiten beschouwing mag laten, maar de inhoud ervan in aanmerking moet nemen. A fortiori mag hij geen einduitspraak geven waarbij de beslissing in eerste aanleg wordt bevestigd of hoe dan ook nakoming van de betrokken vrieskistovereenkomsten wordt verlangd, aangezien hij aldus de geldigheid van de beschikking van de Commissie rechtstreeks zou aantasten en de verplichtingen van de betrokken lidstaat ingevolge artikel 5 van het Verdrag zou schenden. [23] Ik stel dus vast dat de verwijzende rechter geen definitieve uitspraak kan doen in het hoofdgeding zolang hij niet weet of beschikking 98/531 geldig is of niet. Hij is niet bevoegd om deze vraag zelf te beslissen. De nationale rechter kan uiteraard het arrest van het Gerecht op het beroep tegen beschikking 98/531 afwachten. Indien hij echter niet wil wachten op de uitslag van het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht [24], heeft hij geen andere keuze dan het probleem van de geldigheid van beschikking 98/531 op te werpen door het Hof [25] dienaangaande een prejudiciële

23 — Overigens is de Supreme Court niet thans reeds gebonden door de beschikking van de Commissie aangezien de tenuitvoerlegging ervan werd opgeschort. Indien de Ierse rechter desondanks de onderhavige beschikking van de Commissie zou toepassen, zou die toepassing onjuist zijn aangezien hij daarbij, op een manier die in strijd is met het geldende communautaire procesrecht, geen rekening houdt met de beschikking van de president van het Gerecht betreffende de opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking 98/531 (aangehaald in voetnoot 12).

24 — Ik vermoed dat de Supreme Court niet van plan is het arrest van het Gerecht af te wachten, tenzij hij daartoe verplicht is. Zo niet, zou hij de prejudiciële vragen niet hebben gesteld en zou er voor het Gerecht geen aanleiding geweest zijn om de aldaar aanhangige procedure op te schorten.

25 — Zie bijvoorbeeld de arresten van 22 oktober 1987, Foto-frost (314/85, Jurispr. blz. 4199); 9 november 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a. (C-465/93, Jurispr. blz. I-3761); 15 april 1997, Bakers of Nailsea (C-27/95, Jurispr. blz. I-1847), en 17 juli 1997, Krüger (C-334/95, Jurispr. blz. I-4517).

vraag te stellen, *vooropgesteld dat die mogelijkheid in casu* bestaat. [26]

33. Ingeval voor de beslissing van het hoofdgeding de geldigheid van beschikking 98/531 moet worden beoordeeld, rijst de volgende vraag. Kan de nationale rechter, indien hij dat wenst [27], het probleem aan het Hof voorleggen krachtens artikel 177 van het Verdrag?

B — *Kan de geldigheid van beschikking 98/531 in casu door middel van een prejudiciële verwijzing worden onderzocht?*

34. In de navolgende analyse zal ik een antwoord pogen te geven op de twee

26 — In dit verband dient te worden gewezen op een nader specifiek kenmerk van de onderhavige zaak, dat de feiten van de aan de orde gestelde rechtsvraag kan wijzigen: de opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking van de Commissie werd bevolen door het Gerecht. Geeft die ontwikkeling, voor zover opschorting verhindert dat de betrokken handeling effect sorteert, de verwijzende rechter niet de mogelijkheid de zaak af te doen zonder de geldigheid van de betrokken beschikking van de Commissie in het geding te brengen? Mijns inziens moet die vraag ontkennend worden beantwoord.
In de eerste plaats moet onderscheid worden gemaakt tussen het probleem van de geldigheid en het bestaan van een individuele, door de Commissie gegeven, communautaire beschikking en het probleem van de tenuitvoerlegging daarvan, d.w.z. van de concrete rechtsgevolgen van die beschikking. Opschorting van de tenuitvoerlegging heeft geen enkel gevolg voor de geldigheid van de beschikking en stelt evenmin de wettigheid ervan ter discussie. Opschorting wordt verleend om bepaalde situaties voorlopig te regelen om te voorkomen dat ze moeilijk kunnen worden hersteld indien de beschikking later nietig wordt verklaard. De beschikking blijft echter deel uitmaken van het recht en drukt de wil van de bevoegde administratieve gemeenschapsinstantie uit over de toepassing van bepaalde rechtsregels op concrete situaties.
Bijgevolg vereisen het rechtszekerheidsbeginsel, maar ook het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht uiteraard niet van de nationale rechters, dat hij deze beschikking toepast, maar wel dat hij deze ten minste in acht neemt. Hij moet zich onthouden van elk optreden dat afbreuk zou kunnen doen aan de rechtstoestand die in de concrete administratieve handeling wordt uitgedrukt, zelfs wanneer de tenuitvoerlegging ervan is opgeschort. Mijns inziens kan een dergelijk optreden bestaan in een arrest van de Supreme Court waarbij in laatste aanleg wordt beslist dat het bevel van de High Court ook in de toekomst van toepassing blijft.
Deze oplossing kan vreemd lijken. Men zou zelfs kunnen stellen dat ze in strijd is met de logica die inherent is aan de opschorting van de tenuitvoerlegging, aangezien de beschikking van de Commissie een zekere bindende kracht behoudt, hoewel ze werd opgeschort. Dergelijke dogmatische bezwaren houden echter geen rekening met het specifieke karakter van het onderzochte probleem, dat niet rijst in het kader van één (nationale of communautaire) rechtsorde, maar de verhouding tussen die twee rechtsordes raakt en niet uitsluitend kan worden behandeld op basis van de algemene beginselen van nationaal publiekrecht.
Een bijkomend argument vóór de stelling die ik verdedig, wordt geleverd door de rechtspraak in de zaak Delimitis. In dat arrest had het Hof de nationale rechter verzocht geen uitspraak te doen die in strijd was met een beschikking van de Commissie over hetzelfde probleem, zelfs op een tijdstip dat de Commissie zich nog niet had uitgesproken, dat wil zeggen geen administratieve handeling had vastgesteld. Met andere woorden, het loutere feit dat de Commissie zich over een probleem zou kunnen uitspreken beperkt in zekere zin de vrijheid van de nationale rechter met betrekking tot het voor hem aanhangige geding, en wel in het belang van de rechtszekerheid en van de voorrang van het gemeenschapsrecht. Wanneer de Commissie niet enkel een zaak in onderzoek heeft, maar ook een beschikking in die zaak heeft gegeven, moet de nationale rechter zich dan ook a fortiori onthouden van een tegenstrijdige beslissing, zelfs wanneer de tenuitvoerlegging van de betrokken beschikking van de Commissie is opgeschort.

27 — Uit de tweede en de derde prejudiciële vraag, die de zaak ten gronde betreffen, kan ik niet afleiden dat de verwijzende rechter zich werkelijk afvraagt of de litigieuze beschikking van de Commissie geldig is. Voor zover dit probleem doorslaggevend is om het hoofdgeding correct af te doen en het standpunt van de verwijzende rechter in dit verband cruciaal is, zou men kunnen stellen dat de beste oplossing is die rechter te vragen of hij voornemens is de geldigheid van beschikking 98/531 te betwisten.
Het Hof lijkt echter een andere redenering te volgen in zijn recente arrest van 7 september 1999, De Haan (C-61/98, Jurispr. blz. I-5003). Hoewel de verwijzende rechter het probleem van de geldigheid van een beschikking van de Commissie, dat cruciaal was voor de oplossing van het geschil, niet had opgeworpen, was het Hof van mening dat de geldigheid van die beschikking diende te worden beoordeeld om „een voor de beslissing in het hoofdgeding nuttig antwoord te kunnen geven" (punt 47). Het Hof oordeelde ook nog: „In casu is een onderzoek van de beschikking van de Commissie (...) bovendien in overeenstemming met het beginsel van proceseconomie, aangezien bij het Hof ook een rechtstreeks beroep betreffende de wettigheid van die beschikking aanhangig is, te weten de zaak Nederland/Commissie (C-157/98), waarvan de behandeling thans is geschorst in afwachting van dit arrest" (punt 49). Vanuit dit gezichtspunt vertoont de zaak De Haan gelijkenissen met de onderhavige zaak, voor zover de litigieuze beschikking 98/531 reeds is aangevochten voor het Gerecht, dat de procedure heeft geschorst tot de uitspraak van het arrest van het Hof.
Niettemin zijn er een aantal verschillen tussen de beide zaken. In de zaak De Haan kende de nationale rechter de beschikking van de Commissie niet toen hij zijn verwijzingsbeslissing gaf (punt 47); bovendien waren in die zaak over die beschikking „zowel schriftelijke als mondelinge opmerkingen" ingediend door de partijen (punt 49). Daarentegen is de Supreme Court in de onderhavige zaak op de hoogte van het bestaan van de beschikking van de Commissie, wat duidelijk valt af te leiden uit de formulering van de eerste prejudiciële vraag. Bovendien was de partijen niet rechtstreeks verzocht hun standpunt over de geldigheid van de beschikking van de Commissie kenbaar te maken.
Zelfs indien bovengenoemde problemen buiten beschouwing kunnen worden gelaten, ben ik van mening dat een andere, belangrijker, hinderpaal het onderzoek van de geldigheid van de litigieuze beschikking van de Commissie belet, zoals ik meteen zal verklaren.

onderdelen van de eerste prejudiciële vraag, in de veronderstelling dat voor de beslissing van het hoofdgeding eerst de geldigheid van beschikking 98/531 dient te worden onderzocht.

a) Inleidende opmerkingen

35. Vóór mijn analyse wil ik eerst de volgende twee opmerkingen maken.

36. In de eerste plaats zou de beste oplossing om het risico van een beslissing die in strijd is met de beschikking van de Commissie te vermijden, zijn dat de verwijzende rechter zelf beslist om de procedure te schorsen tot de bevoegde communautaire rechterlijke instanties definitief uitspraak hebben gedaan over de geldigheid van de litigieuze handeling van de Commissie. Noch uit het arrest Delimitis, noch uit enige communautaire rechtsregel kan echter *duidelijk* worden afgeleid dat een nationale rechter verplicht is te wachten tot definitief op een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag is beslist, voordat hij zich definitief uitspreekt over het bij hem aanhangige geschil. Integendeel, in het arrest Delimitis stelt het Hof dat de nationale rechter om tegenstrijdige beslissingen te vermijden de mogelijkheid, en niet de verplichting, heeft de nationale procedure te schorsen.

37. De onderhavige zaak verschilt aanzienlijk van de zaak Delimitis. [28] Hoe dan ook kan uit het arrest in die zaak worden afgeleid dat een nationale rechter die geconfronteerd wordt met het risico dat hij een beslissing geeft die in strijd is met de beschikking van de Commissie, en de procedure van artikel 177 van het Verdrag inleidt, enerzijds voldoet aan de eisen van de nationale procedure en anderzijds de communautaire wettigheid en de rechtszekerheid waarborgt. [29] Problematisch daarentegen lijkt een oplossing die in het instellen van beroep tegen een beschikking van de Commissie krachtens artikel 173 van het Verdrag voldoende grond ziet om de procedure van artikel 177 uit te sluiten en om de nationale rechter te verplichten de behandeling van de zaak te schorsen tot op het beroep tot nietigverklaring is beslist, om niet het risico te lopen een tegenstrijdige beslissing te geven. Op het eerste gezicht lijkt die oplossing de nationale rechter te sterk aan banden te leggen en het is niet duidelijk of dit in overeenstemming is met de huidige bevoegdheidsverdeling tussen de nationale en de communautaire instanties of met de algemeen aanvaarde opvatting over de verhouding tussen de nationale en de communautaire rechtsorde. [30]

38. In de tweede plaats heeft het Hof ook in andere zaken prejudiciële vragen behandeld over de geldigheid van een gemeenschapshandeling waartegen reeds beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag was ingesteld. In die zaken

28 — Zie voetnoot 3, punten 22 e.v.

29 — Dit lijkt ook de mening te zijn van de Commissie in de punten 22 en 32 van haar bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties, aangehaald in voetnoot 6.

30 — Hoe dan ook is mijns inziens het in artikel 5 van het Verdrag vervatte beginsel van samenwerking tussen de nationale rechters en de Commissie niet voldoende grond om de nationale rechter een algemene verplichting op te leggen om de behandeling van de zaak in het hoofdgeding te schorsen alleen omdat voor het Gerecht een beroep tegen een beschikking van de Commissie aanhangig is.

oordeelde het Hof niet dat het niet mogelijk was om dergelijke vragen te stellen omdat een beroep tot nietigverklaring was ingesteld, en eiste het evenmin van de nationale rechter dat hij de afloop van de procedure van artikel 173 van het Verdrag zou afwachten. [31] Daarentegen reageren de communautaire rechterlijke instanties zelf op het bestaan van twee parallelle procedures met hetzelfde voorwerp, door de behandeling van één ervan te schorsen tot de andere is afgehandeld. [32]

39. Enkel uitgaande van de bovenstaande algemene overwegingen, zou ik als algemeen beginsel willen formuleren dat de nationale rechter ook in zaken waarbij hij geconfronteerd wordt met het risico van een conflict met een reeds gegeven beschikking van de Commissie waartegen krachtens artikel 173 van het Verdrag beroep tot nietigverklaring is ingesteld, niet verplicht is de uitspraak op het beroep tot nietigverklaring af te wachten, ook indien het vóór zijn uitspraak in het hoofdgeding van wezenlijk belang is dat hij weet of de litigieuze beschikking van de Commissie al dan niet geldig is. Dat probleem kan worden opgelost door het Hof een adequate prejudiciële vraag te stellen.

40. Ik zal hierna echter pogen aan te tonen, dat dit beginsel niet van kritiek gevrijwaard blijft. Er kunnen gewichtige argumenten worden aangevoerd ten gunste van de tegengestelde oplossing, althans wat de onderhavige zaak betreft, dat wil zeggen dat de procedure van artikel 177 van het Verdrag uitgesloten is en de nationale rechter verplicht is om de behandeling van voor hem aanhangige procedure te schorsen in afwachting van de uitslag van het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht.

b) Het feit dat de partijen in het hoofdgeding dezelfde zijn, belet een prejudiciële verwijzing over de geldigheid van beschikking 98/531

41. De mogelijkheid voor de nationale rechter om de procedure van de prejudiciële verwijzing te gebruiken is niet onbeperkt. Tot nu toe heeft het Hof geoordeeld dat de geldigheid van een gemeenschapshandeling niet kan worden betwist met de procedure van artikel 177 van het Verdrag wanneer een van de partijen in het hoofdgeding tot de volgende categorie behoort: hij is de geadresseerde van de betrokken gemeenschapshandeling, waarvan hij zeker de geldigheid zou kunnen aanvechten krachtens artikel 173 van het Verdrag, maar hij heeft dit procedurele recht verloren doordat hij de in de laatste alinea van dat artikel gestelde termijn heeft laten verstrijken; of hij is de partij in het hoofdgeding die voordeel zal behalen indien de geldigheid van die handeling door middel van een prejudiciële verwijzing wordt betwist.

31 — Het is vaste praktijk van het Hof om aan de nationale rechter het oordeel over te laten of een prejudiciële vraag over de geldigheid van de communautaire administratieve handeling noodzakelijk is. De nationale rechter is bevoegd om te beoordelen of hij de uitspraak op het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht of het Hof kan afwachten, of het integendeel nodig acht het rechtsmiddel van artikel 177 van het Verdrag aan te wenden.In het tweede geval beantwoordt het Hof de gestelde prejudiciële vragen gewoonlijk door zich over de geldigheid van de betrokken gemeenschapshandeling uit te spreken.

32 — Zie artikel 47, derde alinea, van 's Hofs Statuut-EG. Het is zelfs niet uitgesloten dat prioriteit wordt gegeven aan de procedure van artikel 177 boven die van artikel 173. Voor deze oplossing wordt ook geopteerd wanneer het beroep voor het Gerecht werd ingesteld. Zie bijvoorbeeld het arrest van 17 juli 1997, Affish (C-183/95, Jurispr. blz. I-4315), en beschikking T-136/98 van het Gerecht.

42. Deze vaste rechtspraak [33] dient de handhaving van de correcte naleving van de communautaire regels van procesrecht en bijgevolg van de rechtszekerheid. Meer bepaald zou de tegengestelde oplossing erop neerkomen dat de partij die tot de bovengenoemde categorie behoort „het onherroepelijke karakter dat een beschikking in het belang van de rechtszekerheid na het verstrijken van de beroepstermijn van artikel 173 dient te hebben, kan omzeilen". [34]

43. De feiten van de onderhavige zaak verschillen van die welke het Hof in de aangehaalde rechtspraak heeft onderzocht. HB is de partij in het hoofdgeding die er belang bij heeft dat beschikking 98/531 ongeldig wordt verklaard na een prejudiciële vraag van de Supreme Court. Maar dezelfde vennootschap heeft die communautaire beschikking, als geadresseerde ervan, reeds voor het Gerecht aangevochten door de nietigverklaring ervan te vorderen. Ook is van belang dat Masterfoods, de tegenpartij in het hoofdgeding, de klacht heeft ingediend op basis waarvan de Commissie de litigieuze beschikking heeft gegeven, en de geldigheid van de beschikking voor het Gerecht verdedigd.

44. Een dergelijk uitzonderlijk geval lijkt door het Hof nog niet rechtstreeks te zijn behandeld. Op het eerste gezicht leidt de erkenning van de mogelijkheid van een prejudiciële verwijzing in casu echter niet tot dezelfde risico's van schending van het bindende karakter van zowel de gemeenschapshandelingen als van de communautaire regels van procesrecht, die duidelijk wel bestonden in de bovenvermelde rechtspraak. Het loutere feit dat de litigieuze beschikking van de Commissie reeds voor het Gerecht werd aangevochten, is voldoende bewijs dat de rechtstoestand nog niet definitief vastligt en dat de geadresseerde van de beschikking niet elke mogelijkheid om de wettigheid ervan te betwisten heeft verloren. [35]

33 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak Banks (arrest van 13 april 1994, C-128/92, Jurispr. blz. I-1209), en de arresten van 9 maart 1994 (TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, Jurispr. blz. I-833); 30 januari 1997, Wiljo (C-178/95, Jurispr. blz. I-585), en 11 november 1997, Eurotunnel e.a. (C-408/95, Jurispr. blz. I-6315).

34 — Punt 21 van het arrest Wiljo, aangehaald in voetnoot 33. In dit arrest wijst het Hof op de noodzaak om het risico van proceduremisbruik en van schending van de communautaire regels van procesrecht te voorkomen, hoewel hierdoor voor de nationale rechter de mogelijkheid wordt beperkt om de prejudiciële vragen te bepalen die hij aan het Hof van Justitie wil stellen. Anders gezegd wordt in dit specifieke geval de autonomie van de prejudiciële verwijzing aangetast.

35 — Ook het arrest van 21 mei 1987, Rau e.a. (133/85—136/85, Jurispr. blz. 2289), lijkt een bevestiging te bevatten van de mogelijkheid om de wettigheid van de litigieuze beschikking van de Commissie aan te vechten in het kader van de nationale procedure, en bij uitbreiding, van de mogelijkheid om in dit verband een prejudiciële vraag te stellen. Uit dit arrest lijkt te volgen dat een persoon die een gemeenschapshandeling binnen de door artikel 173 van het Verdrag gestelde termijnen kan aanvechten, de wettigheid van die handeling in het kader van een nationale procedure kan betwisten. Ik heb enige bedenkingen bij de vraag in welke mate de oplossing die in het arrest Rau e.a. werd gevolgd nog geldig is na het arrest TWD Textilwerke Deggendorf (aangehaald in voetnoot 33) en na de oprichting van het Gerecht van eerste aanleg. Maar los daarvan zijn de feiten van het arrest Rau e.a. niet identiek aan de feiten van de onderhavige zaak. Een persoon die partij is in een nationale procedure en in theorie voor het Gerecht tegen een gemeenschapshandeling kan opkomen, wordt anders behandeld dan een partij in een nationale procedure die reeds een beroep heeft ingesteld of reeds in een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag is geïntervenieerd. Zoals ik hierna zal uitleggen, is het gelijktijdige deelnemen aan twee procedures een specifieke situatie, die afzonderlijk moet worden onderzocht.

45. Toch ben ik van mening dat het in dit specifiek geval beter is aan te nemen dat het niet mogelijk is om de geldigheid van de gemeenschapshandeling indirect ter discussie te stellen door middel van een prejudiciële vraag. Mijns inziens is het in strijd met het beginsel van behoorlijke rechtspleging om de geldigheid van een gemeenschapshandeling in twee parallelle procedures te toetsen met als uiteindelijk doel de belangen te beschermen van de partijen die aan beide procedures deelnemen. [36]

46. Die redenering is in de eerste plaats gebaseerd op de vaststelling dat situaties waarin dezelfde partijen exact hetzelfde rechtsprobleem opwerpen in het kader van twee parallelle rechtsprocedures die volledig onafhankelijk van elkaar zijn, te wijten zijn aan onvolkomenheden in een rechtsstelsel. Dergelijke situaties zijn niet wenselijk, niet alleen omdat het werk van de rechters erdoor toeneemt, maar ook omdat daardoor een groter risico van tegenstrijdige beslissingen ontstaat of althans een risico van oneigenlijk gebruik van de regels van procesrecht en misbruik van de rechtsmiddelen. [37]

47. In de onderhavige zaak nemen de partijen in de nationale procedure voor de Supreme Court reeds deel aan het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht. In het bijzonder HB, die het risico van een onbillijk nadeel loopt indien de litigieuze handeling van de Commissie — in geval van onwettigheid — in de nationale procedure zou worden toegepast, is op doeltreffende wijze tegen dat risico beschermd: in de eerste plaats heeft HB gebruik gemaakt van de procedurele rechten krachtens artikel 173 van het Verdrag door beroep in te stellen bij het Gerecht; in de tweede plaats werd de tenuitvoerlegging van de litigieuze handeling van de Commissie opgeschort,

36 — De specifieke oplossing die ik, gelet op de feiten van de onderhavige zaak, voorstel, sluit geenszins de mogelijkheid uit dat wordt erkend dat de nationale rechter de bevoegdheid heeft om de wettigheid van een communautaire beschikking door middel van een prejudiciële vraag ter discussie te stellen, ook als die beschikking reeds via de procedure van artikel 173 van het Verdrag is aangevochten. In het bijzonder wanneer partijen in de nationale procedure personen zijn die de betrokken gemeenschapshandeling niet rechtstreeks voor het Gerecht kunnen aanvechten (of van wie men niet weet of zij dit kunnen) — wat meestal het geval is — zou het misschien onbillijk zijn dat die personen voor hun rechtsbescherming afhangen van de voortgang van het aanhangige beroep tot nietigverklaring waarvan zij de uitslag niet kunnen beïnvloeden. Bijvoorbeeld, indien een verzoeker in een actie op grond van artikel 173 van het Verdrag niet de juiste middelen aanvoert of afstand doet van zijn beroep, is het mogelijk dat de bestreden handeling, hoewel onwettig, niet nietig wordt verklaard door de communautaire rechterlijke instanties; deze situatie kan derden schaden die ook te maken hebben met de nadelige gevolgen die de gemeenschapshandeling voor hen heeft, zonder dat zij zich tegen de tenuitvoerlegging ervan kunnen verzetten. Indien het verboden is om een prejudiciële vraag te stellen over de wettigheid van de litigieuze handeling, kunnen de partijen in het hoofdgeding die deze handeling niet voor het Gerecht kunnen aanvechten, zich bijgevolg evenmin op adequate wijze tegen die onwettige handeling verdedigen, zoals zij wel zouden kunnen doen indien zij de nationale rechter ervan zouden overtuigen om de prejudiciële procedure in te leiden en vervolgens opmerkingen zouden indienen bij het Hof.
Ook de oplossing van een antwoord op een prejudiciële vraag over de geldigheid van een gemeenschapshandeling waartegen reeds een beroep tot nietigverklaring is ingesteld, zou evenwel op ernstige praktische moeilijkheden stuiten, in het bijzonder in gevallen waarin de partijen in het hoofdgeding geen beroep kunnen instellen krachtens artikel 173 van het Verdrag. In het volgend punt van mijn analyse licht ik die moeilijkheden toe (zie hierna, punten 49 en verder).

37 — Daarom hebben de litispendentie- en jurisdictieregels in elk systeem onder meer tot doel dergelijke situaties te voorkomen, niet alleen door te bepalen dat elk geschil door een bepaalde rechterlijke instantie moet worden berecht, maar ook door te verhinderen dat in een geschil dat reeds bij een rechter aanhangig is, een nieuwe actie wordt ingeleid.

zodat ze niet rechtstreeks door de Ierse rechter kan worden toegepast. [38]

48. Indien wordt aanvaard dat HB en Masterfoods de mogelijkheid hebben om de geldigheid van beschikking 98/531 door middel van een prejudiciële vraag van de Supreme Court te laten onderzoeken, zou mijns inziens bovendien een risico van misbruik van procesrecht bestaan. Zowel verzoeker als de interveniënte voor het Gerecht zouden in staat worden gesteld om de toetsing van de geldigheid van de litigieuze beschikking 98/531 van de Commissie over te hevelen naar het Hof en aldus de procedure tot nietigverklaring te omzeilen. Een dergelijke situatie, die bepaalde partijen de mogelijkheid geeft of indirect kan geven om te kiezen op basis van welke communautaire procedure de wettigheid [39] van een beschikking van een gemeenschapsinstelling wordt beoordeeld, is mijns inziens onaanvaardbaar vanuit procedureel oogpunt. Dit is niet in overeenstemming met een doeltreffende rechtsbedeling. Gelet op de specifieke omstandigheden van de onderhavige zaak, acht ik het beter de mogelijkheid uit te sluiten dat de geldigheid van beschikking 98/531 door middel van een prejudiciële vraag van de Supreme Court kan worden betwist. [40]

38 — Dit tweede punt is van bijzonder belang. Indien het Gerecht de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie niet had bevolen, had een prejudiciële verwijzing door de nationale rechter, naast het belang van het probleem van de geldigheid van die beschikking nog eens aan de orde te stellen, nog een praktische betekenis kunnen hebben; het zou de nationale rechter de mogelijkheid geven om zelf de toepassing van de gemeenschapshandeling op te schorten, in overeenstemming met hetgeen is uitgemaakt in het arrest Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a., aangehaald in voetnoot 25.

39 — Het risico bestaat dat een van de partijen in het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht van mening is dat haar belangen beter worden gediend indien zij een prejudiciële vraag uitlokt over de wettigheid van de handeling waarvan de nietigverklaring reeds is gevorderd, zodat de geldigheidstoetsing krachtens artikel 177 van het Verdrag prioriteit krijgt boven de volledige toetsing krachtens artikel 173 van het Verdrag. In dat geval is het gedrag van die partij echter vexatoir, levert het misbruik op en leidt het tot een oneigenlijk gebruik van de communautaire regels van procesrecht. Ik beweer uiteraard niet dat dit in dit geval zo is; het risico van misbruik van procesrecht bestaat echter, althans in theorie.

40 — Tegen dit betoog zou men kunnen inbrengen dat de voorgestelde oplossing tot vertraging leidt in de nationale procedure, die onafhankelijk is van het communautaire beroep tot nietigverklaring, en dat ze de bevoegdheid van de nationale rechter aantast om uit te maken wanneer een antwoord op een prejudiciële vraag nodig is om tot een beslissing te komen in het geschil dat bij hem aanhangig is. Wanneer in casu de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag wordt uitgesloten, wordt de nationale rechter uiteindelijk verplicht om het einde van de procedure voor het Gerecht af te wachten vooraleer hij een eindbeslissing geeft. Het Hof treedt niet vaak in de vraag of het nodig en nuttig is om een prejudiciële vraag te stellen omdat dit de bevoegdheid van de nationale rechter raakt om de zaken te behandelen die bij hem aanhangig zijn. Hoe dan ook, uit de rechtspraak betreffende de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen vloeit voort dat die bevoegdheid niet absoluut is, maar in bepaalde uitzonderlijke gevallen door het Hof wordt beperkt. Bovendien wordt de noodzaak om de nationale rechter op het gebied van het gemeenschapsrecht bij te staan niet in abstracto, maar op basis van de feiten van het concrete geschil beoordeeld. Indien bijgevolg, zoals in casu, uit die feiten met zekerheid kan worden afgeleid dat een antwoord op een prejudiciële vraag over de geldigheid van beschikking 98/531 niet nodig, maar veeleer „gevaarlijk" is vanuit procedureel oogpunt, juist omdat de partijen in het hoofdgeding de gepaste rechtbescherming kunnen en moeten zoeken voor het Gerecht waarbij reeds beroep is ingesteld, kan niet worden aanvaard dat de nationale rechter desondanks het recht heeft de betrokken prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.
De eventuele vertraging als gevolg van de uitsluiting van de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen en de verplichting om het einde van het beroep tot nietigverklaring af te wachten, staat niet gelijk met een rechtsweigering door de nationale rechter, maar met een voorlopige opschorting van de nationale procedure. Dergelijke opschortingen dienen uiteraard niet de doeltreffende rechtsbedeling. Zij kunnen echter nodig zijn, vooral wanneer de verhouding tussen twee rechtsordes (de communautaire en de nationale rechtsorde) en de verhouding tussen de nationale en de communautaire rechterlijke instanties daardoor wordt geraakt. Bovendien heeft het Hof de mogelijkheid van een dergelijke vertraging behandeld in de reeds aangehaalde zaak Delimitis, toen het de nationale rechter vroeg te onderzoeken of de nationale procedure moest worden geschorst en de rechtsverhoudingen tussen de partijen in het hoofdgeding voorlopig moest worden geregeld tijdens het onderzoek van de zaak in het kader van de communautaire administratieve procedure. A fortiori gelden dezelfde argumenten ook wanneer de parallelle ontwikkeling van de zaken de nationale rechter confronteert met de bevoegde rechterlijke autoriteit van de communautaire rechtsorde, namelijk het Gerecht van eerste aanleg, en niet met de administratieve autoriteit, namelijk de Commissie. Ten slotte is de vertraging niet zo belangrijk. Ook indien in zaken als de onderhavige de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen werd aanvaard, zou de nationale rechter in elk geval de behandeling van de zaak in het hoofdgeding moeten schorsen in afwachting van een antwoord van het Hof op de prejudiciële vragen. Gewoonlijk wordt een dergelijk antwoord meestal sneller gegeven dan een beslissing op een beroep krachtens artikel 173 van het Verdrag. De tijd die kan worden gewonnen door de procedure van artikel 173 van het Verdrag te omzeilen rechtvaardigt die beslissing echter evenmin, en wel om de redenen die ik reeds heb uiteengezet.

c) De problemen die over het algemeen bij het onderzoek van de geldigheid van een communautaire beschikking als de onderhavige rijzen in het kader van de procedure van artikel 177 van het Verdrag

49. Enkele nadere overwegingen zijn nodig om te verklaren waarom het mijns inziens moeilijk is om de geldigheid van beschikkingen als de onderhavige te onderzoeken in het kader van een prejudiciële verwijzing krachtens artikel 177, terwijl een beroep tegen diezelfde handeling aanhangig is.

50. Ik zou mijn redenering met de volgende vraag willen beginnen. Is het mogelijk dat een beschikking van de Commissie wettig wordt verklaard door het Hof, die deze beschikking heeft beoordeeld binnen de grenzen van de toetsing die het krachtens artikel 177 van het Verdrag kan verrichten, en nietig wordt verklaard door het Gerecht, dat bijvoorbeeld een fout in de vaststelling van de feiten heeft ontdekt in het kader van de wettigheidstoetsing uit hoofde van zijn volledige rechtsmacht? In dat geval, dat wil zeggen, wanneer het Gerecht in de beschikking een fout vindt die buiten de controle valt die het Hof kan uitoefenen, is het nietigverklaringsarrest volstrekt juist, terwijl het volledig in strijd is met de antwoorden die het Hof op de prejudiciële vragen heeft gegeven. Indien die mogelijkheid bestaat, moet de loutere kans dat de bovenvermelde ongewenste situatie van tegenstrijdige beslissingen van de communautaire rechterlijke instanties zich voordoet, het Hof ervan weerhouden de geldigheid van de beschikking van de Commissie door beantwoording van desbetreffende prejudiciële vragen te onderzoeken.

51. Dit lijkt mij een reëel risico. Het kan slechts worden voorkomen indien het Hof, wanneer het besluit de geldigheid van een Commissiebeschikking in het kader van zijn antwoord op een prejudiciële vraag te onderzoeken, daarbij dezelfde wettigheidstoetsing zou kunnen uitoefenen als het Gerecht in het kader van artikel 173 van het Verdrag. Mijns inziens is dat niet mogelijk.

52. Ik wil in de eerste plaats wijzen op het verschil tussen de procedures van de artikelen 177 en 173 van het Verdrag. De aanpak van het Hof in het eerste geval is zuiver juridisch. Zijn bevoegdheid is beperkt tot de uitlegging en de beoordeling van de wettigheid van de regelgevende en individuele handelingen van de gemeenschapsinstellingen.[41] Daarentegen kan de communautaire rechter in het kader van de procedure van artikel 173 van het Verdrag materiële vragen onderzoeken, zoals de vaststelling en de beoordeling van de feiten.[42]

41 — Zo gezien lijkt zijn bevoegdheid op die in hogere voorziening.

42 — Opgemerkt zij nog dat de positie van de partijen in de procedure tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag duidelijk verschilt van de positie van de partijen die opmerkingen indienen in de procedure van artikel 177. De middelen en argumenten die zij in het beroep tot nietigverklaring aanvoeren, beïnvloeden de uitslag ervan, terwijl de opmerkingen die zij in het kader van de procedure van artikel 177 indienen, een veel minder belangrijke rol spelen.
Ook nog het volgende: de in artikel 173 bedoelde feitenrechter beschikt over uitgebreide bevoegdheden betreffende het bewijs om de relevante feiten van de zaak te vast te stellen; wanneer het Hof echter antwoordt op een prejudiciële vraag is het in beginsel gebonden aan de feiten die door de verwijzende rechter in zijn beslissing zijn beschreven; dit zijn niet noodzakelijkerwijs de feiten die ten grondslag liggen aan de gemeenschapshandeling waarvan de geldigheid wordt betwist.

53. De verschillen tussen beide procedures hebben niet veel praktisch belang wanneer de rechterlijke toetsing de geldigheid van een regelgevende handeling van de Gemeenschap, zoals een verordening of een richtlijn, betreft. De beoordeling van de geldigheid van die handeling beperkt zich hoofdzakelijk tot een zuivere wettigheidscontrole, zonder dat feitelijke vragen behoeven te worden onderzocht. Wanneer het daarentegen om individuele administratieve handelingen gaat, zoals in casu, is een toetsing uit hoofde van een volledige rechtsmacht zeer belangrijk om een doeltreffende rechtsbescherming te waarborgen.

54. Bovendien vertoont de onderhavige beschikking van de Commissie nog een specifiek kenmerk. De beschikking betreft de toepassing van de bepalingen van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag in een concreet geval. Met andere woorden, er liggen complexe technische en economische beoordelingen aan ten grondslag, die een grondig inhoudelijk onderzoek van de zaak door een gespecialiseerde rechterlijke instantie noodzakelijk maken om de juistheid ervan te kunnen beoordelen. Onder meer om in die behoefte te voorzien heeft de communautaire constitutionele wetgever het Gerecht van eerste aanleg opgericht. Door systematisch uitspraak te doen op beroepen tot nietigverklaring van Commissiebeschikkingen zoals de onderhavige heeft deze rechterlijke instantie de rechterlijke controle op die beschikkingen verdiept en versterkt, en heeft zij zo bijgedragen tot de verbetering van het communautair stelsel van rechtsbescherming. [43]

55. Concluderend ben ik van mening dat de toetsing van individuele bestuurshandelingen als de onderhavige beschikking in een beroep tot nietigverklaring, zowel voor het Hof als voor het Gerecht, doeltreffender is dan in het kader van de beantwoording van prejudiciële vragen krachtens artikel 177 van het Verdrag. [44] Bovendien zou het niet verstandig zijn om de aard van de procedure van artikel 177 te wijzigen en daarvan

43 — Zo heeft het Hof in het recente arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417) beklemtoond dat „de toevoeging van het Gerecht aan het Hof en de invoering van rechtspraak in twee instanties enerzijds beoogde de rechtsbescherming der justitiabelen te verbeteren, met name in beroepen die een grondig onderzoek van complexe feiten vergen, en anderzijds strekte tot het behoud van een deugdelijke en doeltreffende rechtsbescherming in de communautaire rechtsorde".

44 — Hiermee wil ik het belang van de procedure van prejudiciële verwijzing niet onderschatten. Zoals advocaat-generaal Jacobs heeft verklaard in zijn conclusie in de zaak Extramet Industrie/Raad (arrest van 16 mei 1991, C-358/89, Jurispr. blz. I-2501) zijn er categorieën geschillen die wegens hun aard en hun specifieke kenmerken beter aan de rechter kunnen worden voorgelegd door middel van een beroep tot nietigverklaring — uiteraard in gevallen waar dat vanuit procedureel oogpunt mogelijk is — dan door middel van de procedure van artikel 177 van het Verdrag (conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 21 maart 1991): „een verwijzing van de nationale rechter betreffende de geldigheid van een verordening geeft het Hof bovendien niet altijd de gelegenheid de zaak zo grondig te onderzoeken als in een rechtstreeks beroep tegen de instelling die de maatregel heeft vastgesteld (...)" (punt 73). Hoe dan ook is het logisch noch juridisch consequent om in die bijzondere gevallen te beweren dat de procedure van artikel 177 van het Verdrag de procedure van artikel 173 kan vervangen.

een kopie van de procedure van artikel 173 te maken. [45]

C — *Conclusies*

56. Uit de bovenstaande analyse kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

57. De verwijzende rechter is niet verplicht de behandeling van de bij hem aanhangige zaak te schorsen en het einde van het beroep tot nietigverklaring af te wachten louter omdat tegen beschikking 98/531 beroep is ingesteld bij het Gerecht. Hij is daartoe echter wel verplicht indien hij voor de oplossing van het hoofdgeding moet weten of de betrokken beschikking al dan niet geldig is, voor zover dat probleem om de hierboven uiteengezette redenen niet krachtens artikel 177 van het Verdrag aan het Hof kan worden voorgelegd. Hoe dan ook moet de verwijzende rechter of de rechter naar wie de zaak eventueel wordt verwezen om ten principale te worden beslist, vermijden om een arrest te wijzen dat in strijd is met beschikking 98/531, tenzij deze beschikking door de gemeenschapsrechter nietig wordt verklaard. [46]

58. Na deze vaststelling rijst de vraag, hoe de tweede en de derde prejudiciële vraag moeten worden aangepakt. Het lijkt mij waarschijnlijk dat de Supreme Court het aldaar aanhangige geschil niet kan afdoen

45 — In het hypothetisch geval waarin het Hof als rechter tot nietigverklaring optreedt in het kader van het antwoord op een prejudiciële vraag, zou het bestaan van het Gerecht in het gedrang worden gebracht. Indien immers een partij het Hof rechtstreeks kon aanspreken krachtens artikel 177 van het Verdrag en een rechterlijke toetsing verkrijgen die even ruim is als die van het Gerecht, spreekt het vanzelf dat zij liever de procedure van 173 van het Verdrag zal omzeilen om zo de mogelijkheid van een hogere voorziening tegen het nietigverklaringsarrest te vermijden.
Ik ga niet dieper in op de bovenstaande argumenten, waaruit toch lijkt te kunnen worden opgemaakt dat het Hof in het algemeen moet onderzoeken of het nuttig is op een prejudiciële vraag te antwoorden die het probleem van de geldigheid van een beschikking van de Commissie over de toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag in een bepaalde zaak opwerpt, terwijl tegen diezelfde beschikking reeds een beroep tot nietigverklaring is ingesteld voor het Gerecht. Ondanks de eventuele tekortkomingen van het rechterlijk toezicht in het kader van het antwoord op een prejudiciële vraag, kan, zoals reeds vermeld, de beoordeling van de geldigheid van communautaire administratieve handelingen door middel van deze procedure de enige rechtbeschermingsmogelijkheid zijn voor personen die die handeling niet krachtens artikel 173 van het Verdrag rechtstreeks voor het Gerecht kunnen aanvechten.
Mijns inziens behoeft dit netelig probleem in de onderhavige zaak echter niet te worden opgelost. De bijzonderheid van deze zaak, die de persoon van de partijen in het hoofdgeding betreft, is voldoende grond voor mijn standpunt, dat de Supreme Court het probleem van de geldigheid van beschikking 98/531 niet aan het Hof kan voorleggen.

46 — Het is de vraag, of de Ierse rechter alleen zolang het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht aanhangig is, de geldigheid van beschikking 98/531 niet in geding kan brengen, of daarentegen de afloop van de hogere voorziening moet afwachten.
In dit verband is het volgende onderscheid van belang. Indien noch HB noch Masterfoods hogere voorziening instelt tegen het arrest van het Gerecht, kan de juistheid van dat arrest in de nationale procedure niet in geding worden gebracht. Vanuit procedureel oogpunt zou het, overeenkomstig de rechtspraak TWD Textilwerke Deggendorf (zie voetnoot 33), niet correct zijn dat een van de partijen in de procedure voor het Gerecht die het recht om hogere voorziening in te stellen heeft verloren, het door het Gerecht gewezen arrest indirect voor de nationale rechter zou kunnen aanvechten.
Indien echter al hogere voorziening is ingesteld tegen het arrest in eerste aanleg, brengt een prejudiciële verwijzing van de Ierse rechter waarbij het standpunt van het Gerecht ter discussie wordt gesteld, minder praktische problemen mee. Zoals reeds gezegd, lijkt de beantwoording van prejudiciële vragen wat de omvang en de elementen van de rechterlijke toetsing betreft, op de procedure in hogere voorziening. Onder bepaalde voorwaarden kan het Hof de twee zaken gelijktijdig afdoen. Om redenen die we reeds hebben uiteengezet, hoeft men zich echter opnieuw af te vragen, of het opportuun is HB en Masterfoods de mogelijkheid te bieden om enerzijds hogere voorziening in te stellen en anderzijds de juistheid van het arrest van het Gerecht in het geding te brengen in het kader van een door de Ierse rechter gestelde prejudiciële vraag.
Hoe dan ook ga ik in dit stadium liever niet dieper in op dit specifieke probleem, namelijk of de Ierse rechter al dan niet prejudiciële vragen kan stellen zolang een hogere voorziening aanhangig is.

vóór het einde van de nietigverklaringsprocedure voor het Gerecht, aangezien eerst moet worden uitgemaakt of beschikking 98/531 geldig is. Als dit werkelijk zo is, is een antwoord op die twee prejudiciële vragen overbodig. Aangezien het niet aan het Hof is zich uit te spreken over het probleem van de geldigheid van beschikking 98/531, dat om de reeds uiteengezette redenen niet door de verwijzende rechter kan worden voorgelegd, is dit antwoord niet nodig voor de beslissing van het hoofdgeding.

59. Het is echter niet uitgesloten dat de Supreme Court die vragen heeft gesteld om de juistheid van de motivering van de beslissing van de High Court in eerste aanleg uitsluitend op basis van de feitelijke en juridische gegevens waarop die beslissing berust, te beoordelen. Dit is trouwens de reden waarom aan het Hof in de verwijzingsbeschikking enkel de feitelijke gegevens werden voorgelegd die in eerste aanleg door de High Court zijn vastgesteld. Mijns inziens kan dit bijzondere aspect van de onderhavige zaak worden besproken in het kader van het antwoord op de tweede en de derde prejudiciële vraag. Uiteraard zal ik niet ingaan op de materiële juistheid van beschikking 98/531, noch gegevens in aanmerking nemen die in tegenspraak zijn met die beschikking.

V — De tweede prejudiciële vraag

60. De tweede vraag stelt het probleem van de verenigbaarheid van de exclusiviteitsbedingen met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag aan de orde.

A — *De prijs van het consumptie-ijs en de verenigbaarheid van de betrokken overeenkomsten met de bepalingen van artikel 86 van het Verdrag*

61. Alvorens ik de argumenten onderzoek van de partijen die in de onderhavige procedure opmerkingen hebben ingediend, lijkt het me nodig om op het volgende, door de Zweedse regering opgeworpen bijzonder probleem in te gaan.

62. Uit de feiten die door de Ierse rechter in eerste aanleg werden vastgesteld, blijkt het volgende: in de periode waarop de rechterlijke toetsing is toegespitst, werd het ijs door HB aan de detailhandelaren tegen dezelfde prijs verkocht, ongeacht of die detailhandelaren al dan niet de betrokken overeenkomsten tot levering van vrieskisten hadden gesloten met HB. Bijgevolg zijn in de verkoopprijs van het ijs, naast de prijs van het ijs, vermoedelijk ook de kostprijs en de onderhoudskosten van de vrieskist begrepen. Indien dit zo is, heeft dit beleid van integrale facturering, tezamen met de verplichting om het litigieuze exclusiviteitsbeding voor het gebruik van vrieskisten na te komen, verschillen tussen de detailhandelaren ingevoerd. De detailhandelaren die eigen vrieskisten bezaten, moesten betalen voor een dienst die hen niet werd verleend; bovendien werden de kosten van de leve-

ring van vrieskisten van HB aan de andere detailhandelaren zonder (of zelfs maar symbolische) tegenprestatie op hen afgewenteld.

63. Gelet op de machtspositie van HB op de markt[47], ben ik van mening dat de gedraging van die vennootschap — steeds in de veronderstelling dat de feiten zich aldus hebben voorgedaan — in strijd is met artikel 86, sub c, van het Verdrag. Volgens die bepaling kan misbruik van een machtspositie bestaan in „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging". [48] In de onderhavige zaak lijden de detailhandelaren die geen vrieskist wilden aannemen van HB en de exclusiviteitsbedingen afwezen, een duidelijk mededingingsnadeel ten opzichte van de detailhandelaren die met HB overeenkomsten tot levering van vrieskisten hebben afgesloten. [49] Bovendien is de Commissie tot dezelfde conclusie gekomen in haar mededeling van punten van bezwaar die zij in 1993 naar HB heeft gezonden. Zelfs HB lijkt indirect te hebben toegegeven dat haar commercieel beleid in strijd was met de mededingingsregels, aangezien zij haar gedraging in 1995 heeft gewijzigd en een systeem van facturering heeft ingevoerd dat differentieert naargelang de detailhandelaar, naast ijs, al dan niet ook vrieskisten van haar geleverd heeft gekregen. [50]

64. Bijgevolg is het hierboven beschreven misbruik van machtspositie door HB in strijd met artikel 86 van het Verdrag, voor zover het de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. [51] Bovendien waren de litigieuze exclusiviteitsbedingen,

47 — Zie verder, punten 90 e.v.

48 — Het Hof krijgt gewoonlijk te maken met zaken waarbij de discriminatie bestaat in het toepassen van verschillende prijzen voor een zelfde product of dienst. Zie bijvoorbeeld het arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461). In de onderhavige zaak gebeurt precies het omgekeerde: dezelfde prijs wordt toegepast in verschillende situaties, zodat sommige contractspartijen worden bevoordeeld ten opzichte van andere.

49 — Met andere woorden, HB maakt misbruik, wat een situatie van oneerlijke mededinging doet ontstaan. Mijns inziens volstaat deze vaststelling om die gedraging van HB als in strijd met artikel 86 van het Verdrag te beschouwen, zonder dat daarnaast hoeft te worden onderzocht in welke mate de vrije mededinging is aangetast door het afschermen van de markt.

50 — Aan detailhandelaren die geen vrieskisten nemen, betaalt HB een forfaitair bedrag terug, dat vermoedelijk overeenstemt met de aankoop- en onderhoudskosten voor de levering van vrieskisten.

51 — De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten is een voorwaarde voor toepassing van artikel 86 van het Verdrag, die gewoonlijk ruim wordt uitgelegd in de rechtsleer en de rechtspraak. Die ongunstige beïnvloeding hoeft niet merkbaar, rechtstreeks en feitelijk te zijn, het volstaat dat zij indirect of potentieel is (arresten van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429, en 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents Corporation/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223).
In de onderhavige zaak is het volgende van belang: indien, in overeenstemming met hetgeen wat hierboven werd vermeld, wordt vastgesteld dat HB misbruik heeft gemaakt, leidt dat tot de volgende situatie op de markt: door de machtspositie van HB kopen de meeste Ierse detailhandelaren ijs bij HB, ongeacht of zij tegelijk ook vrieskisten van die vennootschap betrekken. Die detailhandelaren kunnen in twee categorieën worden onderverdeeld: enerzijds de detailhandelaren die gebonden zijn door het exclusiviteitsbeding en dus geen ijs van andere, nationale of buitenlandse, producenten dan HB kunnen aankopen of in voorraad hebben; die detailhandelaren genieten een concurrentievoordeel door het misbruik van HB; anderzijds de detailhandelaren die, naast het ijs van HB, soortgelijke producten kunnen kopen bij andere, nationale of buitenlandse, producenten; die detailhandelaren lijden een concurrentienadeel ten opzichte van de eerstgenoemden.
Door haar gedraging bereikt HB dan ook de volgende resultaten: in de eerste plaats drijft zij door haar machtspositie handel met de meeste Ierse detailhandelaren. In de tweede plaats slaagt ze er door haar misbruik in, de detailhandelaren die met haar handelen en ook ijs zouden kunnen kopen bij andere al dan niet buitenlandse producenten, in een ongunstige concurrentiepositie te plaatsen. Zo verhindert zij buitenlandse leveranciers om de Ierse markt voor impulsijs te betreden. Mijns inziens volstaat dit laatste om te kunnen stellen dat het beleid van HB om ijs te verkopen tegen een eenheidsprijs en een exclusiviteitsbeding voor de door haar geleverde vrieskisten op te leggen, de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

gecombineerd met het uniforme factureringsbeleid voor het ijs, in strijd met de bovengenoemde gemeenschapsbepalingen en mocht door de rechter geen nakoming ervan worden gelast.

B — *De litigieuze exclusiviteitsbedingen en artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

65. Het Hof is gevraagd te onderzoeken of een reeks van exclusiviteitsovereenkomsten inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag. [52]

52 — Bijzonder aan deze zaak is dat het exclusiviteitsbeding niet betrekking heeft op de levering van het betrokken product (HB verbiedt niet dat aan de detailhandelaren ijs van een ander merk wordt geleverd), maar op het gebruik van de vrieskist voor de opslag van producten (HB verbiedt de opslag in haar vrieskisten van producten van een ander merk). Maar nogmaals, de overeenkomsten hebben tot doel de vrije mededinging op de markt van consumptie-ijs te verhinderen, te beperken of te vervalsen en kunnen de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden, hetgeen krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden is. Het verband tussen overeenkomsten betreffende het exclusief gebruik van vrieskisten voor de opslag van consumptie-ijs en de mededingingsverhoudingen op de markt van consumptie-ijs blijkt uit het arrest Langnese-Iglo/Commissie (arrest van 8 juni 1995, T-7/93, Jurispr. blz. II-1533). In dit arrest heeft het Gerecht de wettigheid onderzocht van een beschikking van de Commissie betreffende de verenigbaarheid met artikel 85 van het Verdrag van exclusiviteitsovereenkomsten tussen producenten van consumptie-ijs en detailhandelaren die consumptie-ijs op straat verkopen. Na onderzocht te hebben of er naast die overeenkomsten nog andere belangrijke belemmeringen van de toegang tot de markt bestonden, stelde de Commissie vast dat de toegang tot de markt voor nieuwe concurrenten werd bemoeilijkt door het bestaan van een systeem waarbij een groot aantal vrieskisten ter beschikking van de detailhandelaars worden gesteld, op voorwaarde dat de detailhandelaars deze uitsluitend voor de producten van de leverancier gebruiken. Het Gerecht was van mening dat de Commissie terecht heeft geoordeeld „dat de toegang tot de markt daardoor wordt bemoeilijkt. Deze omstandigheid heeft immers noodzakelijkerwijs tot gevolg, dat een concurrent die zijn intrede doet op de markt, de detailhandelaar moet overhalen de door verzoekster geïnstalleerde vrieskist te ruilen voor een andere, hetgeen meebrengt dat hij afziet van de met de producten van de vroegere leverancier behaalde omzet, of hem moet overhalen een bijkomende vrieskist te installeren, hetgeen met name wegens het plaatsgebrek in de kleine verkooppunten vaak onmogelijk is (...)" (punt 108).

a) Het arrest Delimitis

66. De juridische weg waarlangs dit probleem zal worden beslecht, is uitgetekend door het arrest Delimitis, reeds aangehaald. [53]

67. Het Hof heeft daarin geoordeeld dat een exclusiviteitsovereenkomst die zowel de leverancier als de detailhandelaar voordelen biedt op zich niet in strijd is met de communautaire mededingingsregels; niettemin moet worden onderzocht „of zij niet ten gevolge hebben, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst". [54] Bij de beoordeling van een dergelijke overeenkomst moet rekening worden gehouden met de „economische en juridische context waarbinnen deze overeenkomst geldt en samen met andere overeenkomsten een cumulatief effect op de mededinging kan hebben". Het cumulatieve effect is „een van de elementen" die in aanmerking moeten worden genomen om te beoordelen of, door een eventuele verstoring van de mededinging, de handel tussen de lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed.

68. Om de cumulatieve effecten van een overeenkomst en van gelijksoortige overeenkomsten te beoordelen, moet allereerst de relevante markt worden afgebakend. Om te beoordelen of het bestaan van meerdere exclusiviteitsovereenkomsten de toegang tot de aldus afgebakende markt belemmert, moet vervolgens worden gekeken naar „de aard en de omvang van dit

53 — Dit arrest heeft betrekking op exclusiviteitsovereenkomsten voor de levering van bier tussen een leverancier (brouwerij) en een wederverkoper (restaurant of café). De leverancier verleende de wederverkoper een aantal financiële en economische voordelen, zoals leningen tegen gunstige voorwaarden, de verhuur van lokalen, de terbeschikkingstelling van technische installaties; de wederverkoper verbond zich ertoe bier alleen van de leverancier te betrekken en geen concurrerende producten te verkopen in zijn drankgelegenheid.

54 — Arrest Delimitis, aangehaald in voetnoot 3, punt 13.

netwerk van overeenkomsten". De invloed van die overeenkomsten op de toegang tot de markt hangt met name af van het aantal door de exclusiviteitsovereenkomsten aan de nationale producenten gebonden verkooppunten, ten opzichte van het aantal niet-gebonden drankgelegenheden, de duur van de aangegane verplichtingen, de hoeveelheden van het betrokken product die verkocht worden door de „gebonden verkooppunten" ten opzichte van de hoeveelheden die door de niet-gebonden wederverkopers worden afgezet. [55] Het Hof wijst erop dat „het bestaan van een bundel van soortgelijke [exclusiviteits]overeenkomsten [56], ook indien de mogelijkheden van toegang tot de markt daardoor aanzienlijk worden beïnvloed, op zich echter niet volstaat om te concluderen dat de relevante markt is afgeschermd; het vormt slechts één van de elementen van de economische en juridische context waarbinnen een overeenkomst moet worden beoordeeld". [57]

69. Vervolgens merkt het Hof op dat moet worden onderzocht „of er voor een nieuwe concurrent reële en concrete mogelijkheden bestaan (...) in het netwerk van overeenkomsten door te dringen". [58]

70. Wanneer uit dit onderzoek blijkt dat het netwerk van overeenkomsten het „cumulatief effect" heeft dat de markt wordt afgeschermd voor nieuwe, nationale en buitenlandse concurrenten, moet de verantwoordelijkheid voor die marktafscherming en voor het schenden van de verbodsbepalingen van artikel 85, lid 1, worden gelegd bij de marktdeelnemers die „er in aanzienlijke mate toe bijdragen". [59] Om te beoordelen hoe groot de bijdrage van bepaalde exclusiviteitsovereenkomsten aan de cumulatieve afschermende werking is, moet worden gelet op „de concurrentiepositie van de contractpartijen". [60] Die positie wordt vastgesteld op basis van het marktaandeel van de leverancier, het aantal verkooppunten die hij controleert in verhouding tot het totale aantal verkooppunten en de duur van de overeenkomsten.

71. Samengevat kan worden gesteld dat een exclusiviteitsovereenkomst verboden is wanneer wordt vastgesteld dat in de eerste plaats het netwerk van gelijksoortige overeenkomsten, gelet op de economische en juridische context waarin die overeenkomsten van toepassing zijn, het cumulatief effect heeft dat de markt wordt afgeschermd, en in de tweede plaats de betrokken overeenkomst in aanzienlijke mate bijdraagt tot dat effect.

b) Toepassing van de rechtspraak Delimitis op de onderhavige zaak

72. In de eerste plaats wordt het Hof verzocht om de aard en de omvang te

55 — Ibidem, punt 19.

56 — Toevoeging van mij.

57 — Arrest Delimitis, aangehaald in voetnoot 3, punt 20.

58 — Ibidem, punt 21. Het Hof noemt criteria zoals regelingen inzake de aankoop van productievennootschappen, het aantal verkooppunten dat minimaal noodzakelijk is voor de rendabele exploitatie van een distributiesysteem, de aanwezigheid van groothandelaren en onafhankelijke distributienetwerken, de mededingingsverhoudingen op de relevante markt. Wat dit laatste criterium betreft, moet volgens het Hof rekening worden gehouden met het aantal en de omvang van de producenten die op de markt aanwezig zijn, de verzadigingsgraad van deze markt en de getrouwheid van consument aan bestaande merken.

59 — Arrest Delimitis, aangehaald in voetnoot 3, punt 24.

60 — Ibidem, punt 25.

onderzoeken van het netwerk van de tussen de leveranciers van consumptie-ijs en detailhandelaren gesloten overeenkomsten tot levering van vrieskisten met een exclusiviteitsbeding. [61] Dergelijke overeenkomsten zijn gebruikelijk in Ierland. Ook indien zij op zich niet in strijd zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, kunnen zij de concurrentie beperken, aangezien zij de producten van andere concurrenten uit bepaalde verkooppunten uitsluiten.

73. Allereerst moet worden nagegaan wat de kenmerken zijn van de verkooppunten. Uit hetgeen de High Court heeft vastgesteld in zijn voor de Supreme Court bestreden beslissing, blijkt dat het bij de meeste verkooppunten om detailhandelaren gaat [62]; zij maken ook de grootste omzet. Bovendien beschikt een zeer klein aantal detailhandelaren over eigen vrieskisten, dat wil zeggen vrieskisten waarin zij producten van verschillende merken kunnen opslaan. [63] De grote meerderheid van de detailhandelaren beschikt slechts over één of twee vrieskisten die uitsluitend voor een leverancier worden gebruikt. Het beperkte aantal vrieskisten lijkt het gevolg te zijn van plaatsgebrek in de winkels van de detailhandelaren en van het gebrek aan commerciële belangstelling van de detailhandelaren; laatstgenoemden verwachten niet een veel grotere winst te behalen door nog een vrieskist te plaatsen, ook al zou dat in de praktijk mogelijk zijn. [64] Volgens de gegevens van de verwijzende rechter controleert HB ongeveer 12 000 van de 18 000 vrieskisten die op de relevante markt zijn geplaatst. De Ierse rechter in eerste aanleg heeft berekend dat ongeveer 80 % van de vrieskisten in kleine winkels door HB worden gecontroleerd.

74. Mijns inziens worden door de overeenkomsten betreffende de levering van vrieskisten aan detailhandelaren de mogelijkheden voor nieuwe concurrenten om de markt te betreden sterk beïnvloed. Aangezien het niet of nauwelijks waarschijnlijk is dat de detailhandelaar kan worden overgehaald om een bestaande vrieskist te vervangen of een extra vrieskist (zijn eigendom of van een andere producent) te plaatsen, zijn er sterke aanwijzingen dat de verkooppunten die door middel van exclusiviteitsbedingen door een leverancier worden gecontroleerd, de facto aan hem zijn gebonden. Aangezien er veel meer verkooppunten zijn waarmee overeenkomsten betreffende de levering van vrieskisten met een exclusiviteitsbeding werden gesloten, dan verkooppunten met „vrije vrieskisten", is het duidelijk dat de meeste verkooppunten in Ierland de facto gebonden zijn aan een leverancier.

61 — Degene die de wet toepast moet in de eerste plaats de markt van het product en de geografische markt afbakenen. Blijkens de bewoordingen van de tweede prejudiciële vraag lijkt de verwijzende rechter de markt van afzonderlijk verpakte porties impulsijs in Ierland als de relevante markt te beschouwen.

62 — Vooral kruideniers, kiosken en tankstations. Zij zijn samen goed voor ongeveer 9 000 verkooppunten op een totaal van 10 279 (marktonderzoek uit 1990).

63 — De voornaamste reden voor het kleine aantal eigenaars van vrieskisten zijn de aankoop- en onderhoudskosten, en het gemak waarmee een vrieskist door een ijsproducent kan worden geleverd, zelfs al moet dan een exclusiviteitsbeding worden nageleefd.

64 — In dit verband moet ook worden onderzocht of de relevante markt verzadigd is met vrieskisten. Anders gezegd, wanneer het aantal reeds geplaatste vrieskisten nagenoeg een maximum heeft bereikt, kan niet worden verwacht dat de detailhandelaren er belang bij hebben nog meer vrieskisten in hun winkel te plaatsen.

75. HB in het bijzonder geniet nog een extra voordeel door de positie die zij op de markt inneemt. HB is de ijsproducent met het grootste productengamma en is eveneens de meest populaire producent. Wanneer detailhandelaren — die zoals reeds vermeld meestal geen eigen vrieskisten hebben — besluiten om ijs te verkopen, hebben zij er dan ook alle belang bij om het van HB te betrekken; door haar marktpositie kan HB hun vermoedelijk een hogere omzet verzekeren. Om dezelfde reden gebeurt het heel weinig dat vrieskisten van HB worden vervangen door vrieskisten die uitsluitend voor een ander merk worden gebruikt. Ten slotte ziet het er niet naar uit dat de plaatsing van een extra vrieskist om ijs van een ander merk te verkopen, de winst van de detailhandelaar aanzienlijk verhoogt; het ijs van HB zal het leeuwendeel blijven uitmaken van de afzet van de winkel. Het bovenstaande wordt ook bevestigd door de Ierse rechter in eerste aanleg.

76. Met betrekking tot de mogelijkheden van nieuwe concurrenten om toegang te krijgen tot het bestaande distributienetwerk en bijgevolg tot de relevante markt, voert HB een reeks argumenten aan om te bewijzen dat de betrokken overeenkomsten niet het cumulatief effect hebben dat de markt wordt afgeschermd voor nieuwe concurrenten. HB stelt dat voor de correcte toepassing van artikel 85, lid 1, op de onderhavige zaak de „drempel voor de toegang tot de markt" moet worden bepaald die aan nieuwe concurrenten moet worden geboden. Indien een dergelijke minimumtoegang in de onderhavige zaak is gewaarborgd, zijn de litigieuze exclusiviteitsbedingen niet in strijd met de communautaire mededingingsregels.

77. Ik ben het met die redenering niet oneens. Het grote aantal verkooppunten dat door de exclusiviteitsbedingen met betrekking tot het gebruik van vrieskisten de facto is gebonden, vormt echter een belangrijke aanwijzing — die de verwijzende rechter dient te controleren — dat de beperking van de mededinging die het gevolg is van de bundel van overeenkomsten, zodanig ernstig is dat de noodzakelijke (minimum)marge voor toegang tot de markt niet bestaat. Aan die vaststelling wordt niet afgedaan door het feit dat bepaalde concurrenten, zoals Mars, er ondanks die beperkingen in slagen om een klein marktaandeel te veroveren. Bovendien kan niet worden gesteld — zoals HB probeert te doen — dat de nieuwe leverancier, om de Ierse markt van consumptie-ijs te betreden, ervoor moet zorgen zijn eigen „vrieskistpark" op te bouwen om bepaalde verkooppunten te kunnen controleren. Deze benadering lijkt de verdere belemmeringen op de markt te rechtvaardigen door deze voor te stellen als een voorwaarde om de markt te kunnen liberaliseren. Er dient echter te worden bedacht dat de markt van de levering van impulsijs de relevante markt is en niet één enkele markt voor de levering van ijs en vrieskisten.[65] Ten slotte merkt HB terecht op dat de exclusiviteitsovereenkomsten niet geacht worden bij te dragen tot de afscherming van de markt op een wijze die in strijd

65 — De correcte werking van de mededingingsregels staat niet toe dat ijsfabrikanten worden verplicht vrieskisten te leveren om op de markt van het consumptie-ijs op te treden. Concurrentie tussen de merken mag niet worden vervangen door concurrentie voor de toegang tot de detailhandelaars.

is met de communautaire concurrentieregels indien de nieuwe ijsleveranciers andere methodes kunnen gebruiken om hun marktpositie te verstevigen. Het is echter niet duidelijk dat dergelijke alternatieven op de Ierse markt van consumptie-ijs bestaan [66], maar dat is een vraag die de verwijzende rechter dient uit te maken. [67]

78. Uit deze analyse volgt dat — indien de genoemde feitelijke en juridische gegevens juist zijn — de bundel van vrieskistovereenkomsten met exclusiviteitsbeding die tussen Ierse ijsleveranciers en detailhandelaars werden gesloten, als cumulatief effect hebben dat de voorwaarden van gezonde mededinging op de betrokken markt worden veranderd en dat die markt wordt afgeschermd. Het systeem van exclusiviteitsbedingen, zoals het in casu werkt, lijkt de leverancier met het grootste marktaandeel te sterk te bevoordelen, maakt het nieuwe leveranciers praktisch onmogelijk om de markt te betreden (in het bijzonder kleine en middelgrote leveranciers, dus degenen die geen uitgebreid productengamma aanbieden en de kosten van het opzetten van een vrieskistennetwerk niet aankunnen) en schaadt in laatste instantie de consument, omdat het de mededinging op basis van de kwaliteit en de prijs van de producten niet bevordert. Ik betwijfel niet dat dit systeem vanuit een bepaald gezichtspunt kan geacht worden de belangen van de partijen bij de litigieuze vrieskistovereenkomsten te dienen, noch dat het een positieve invloed kan hebben op de markt [68]; zelfs dan worden evenwel de negatieve destructieve gevolgen voor de vrije mededinging, die erop neerkomen dat de markt wordt afgeschermd, niet ongedaan gemaakt.

79. Er moet nog worden onderzocht of de in het arrest Delimitis vermelde „de minimis"-voorwaarde van toepassing is, met andere woorden of de door HB gesloten vrieskistovereenkomsten in het bijzonder „in aanzienlijke mate bijdragen" [69] tot de bovenvermelde marktafschermende werking. Mijns inziens moet deze vraag bevestigend worden beantwoord, althans op basis van de gegevens die in de beslissing in eerste aanleg van de Ierse rechter worden uiteengezet. HB is partij bij het leeuwendeel van die overeenkomsten. Zij lijkt de belangrijkste op de markt gevestigde leverancier te zijn, zij heeft die positie lange tijd

66 — Volgens het arrest Delimitis kunnen als andere middelen om de markt te betreden worden beschouwd: de toevoeging van nieuwe verkooppunten, het oprichten van een rendabel distributienetwerk of het gebruik van een bestaand systeem van zelfstandige tussenpersonen. Hoe dan ook blijkt niet uit het dossier dat er in Ierland een onafhankelijke groothandel voor impulsijs bestaat die nieuwe leveranciers toegang tot de distributie zou geven. Als de relevante markt, gelet op het aantal verkooppunten en het totaal aantal geplaatste vrieskisten, bovendien werkelijk verzadigd is, is het duidelijk dat alternatieve oplossingen voor nieuwe marktdeelnemers (in het bijzonder kleine en middelgrote ondernemingen) bijzonder beperkt zijn. Mijns inziens kan de door HB voorgestelde oplossing, namelijk de verwerving van andere ondernemingen die over een distributienetwerk beschikken, niet als een alternatieve oplossing worden beschouwd. Al zou die mogelijkheid bestaan, de kosten van de toegang tot de markt zouden de belangstellende marktdeelnemers heel waarschijnlijk afschrikken. Bovendien kan het niet in overeenstemming met de communautaire mededingingsregels worden geacht dat reeds aanwezige marktdeelnemers de markt zodanig afsluiten dat een nieuwe concurrent de markt alleen kan betreden door een van zijn bestaande concurrenten over te nemen; dan is er geen vrije concurrentie meer.
Ook moet nog worden onderzocht of de machtspositie van de bestaande ijsleveranciers en hun reputatie bij de consumenten een onoverkomelijk hinderpaal vormen voor nieuwe concurrenten.

67 — De verwijzende rechter zal die vraag onderzoeken tegen de achtergrond van punt 21 van het arrest Delimitis, aangehaald in voetnoot 3.

68 — Zie hierna, punten 85 en volgende.

69 — Arrest Delimitis, aangehaald in voetnoot 3, punt 24.

versterkt, zij beschikt over het grootste vrieskistennetwerk en biedt aldus haar producten vanuit de meeste verkooppunten aan. Ik wijs er nogmaals op dat de Ierse rechter heeft berekend dat tweederde van de vrieskisten in de Ierse verkooppunten door HB werden geleverd op basis van de exclusiviteitsovereenkomsten en dat 80 % van de kleine winkels de facto aan HB zijn gebonden.

80. Aan deze vaststellingen wordt niet afgedaan door de bezwaren van HB.

81. Zij noemt in de eerste plaats het criterium van de duur van exclusiviteitsbedingen, dat het Hof in het arrest Delimitis hanteert. Zij voert aan dat, in tegenstelling tot de feiten in de zaak Langnese-Iglo/Commissie [70], de litigieuze overeenkomsten betreffende het exclusief gebruik van de vrieskisten door de detailhandelaars vrijelijk zijn gesloten en vrij opzegbaar zijn zonder nadere verplichtingen voor de leverancier. Volgens HB wijst dit erop dat de overeenkomsten verenigbaar zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

82. Ik ben het niet eens met dit standpunt. Het is in elk geval nuttig om de reële duur van de overeenkomsten te onderzoeken. Indien de gemiddelde duur lang is en de detailhandelaren huiverig blijken te zijn om de overeenkomsten op korte termijn op te zeggen, kan niet worden gesteld dat de voorziene mogelijkheid van „opzegging op hun verzoek" volstaat om te kunnen aannemen dat die overeenkomsten geen marktafschermende werking hebben die in strijd is met artikel 85, lid 1.

83. HB stelt ook dat om op een correcte manier vast te stellen hoe die overeenkomsten bijdragen tot de afscherming van de markt, het volgende onderscheid moet worden gemaakt. In het totale aantal verkooppunten waar geen vrije mededinging geldt omdat zij de facto aan HB zijn gebonden, mogen niet de detailhandelaars worden meegerekend die weliswaar over één of meer vrieskisten van HB beschikken, maar om louter commerciële redenen niet geïnteresseerd zijn in de verkoop van ijs van een ander merk, in het bijzonder omdat de vraag van de consumenten naar ander ijs dan dat van HB gering is.

84. Ik ben het niet eens met die redenering, waarop de High Court zich voornamelijk gebaseerd lijkt te hebben. De effecten van een overeenkomst die de mededinging beperkt moeten objectief worden beoordeeld, onafhankelijk van de redenen waarom de overeenkomstsluitende partijen die beperkende overeenkomst hebben gesloten. Het feit dat derden in grote mate van de markt worden uitgesloten, kan in principe een inbreuk vormen op artikel 85,

70 — Aangehaald in voetnoot 52.

lid 1, van het Verdrag, zelfs wanneer de detailhandelaar die het exclusiviteitsbeding aanvaardt op een bepaald moment verklaart dat hij niet geïnteresseerd is in uitbreiding van het aantal leveranciers. Om de beperkende gevolgen van de litigieuze vrieskistovereenkomsten op de mededinging correct te kunnen vaststellen, moeten, gelet op de bovenstaande analyse, alle verkooppunten die alleen over vrieskisten van HB beschikken en hierdoor geen ijs van een ander merk verkopen, als de facto aan HB gebonden worden beschouwd.

c) De objectieve rechtvaardiging van de onderhavige exclusiviteitsbedingen

85. HB beweert dat de onderhavige bedingen slechts een verwaarloosbare beperking van de mededinging tot gevolg hebben, die volstrekt rechtmatig is want objectief gerechtvaardigd. In dit verband beroept HB zich op het arrest Pronuptia [71] en op de theorie van de objectieve rechtvaardiging van bepaalde wederzijdse gedragingen die, om die reden, niet binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen.

86. HB voert met name aan dat de overeenkomsten waarbij zij zonder enige directe vergoeding de vrieskisten ter beschikking stelt en het onderhoud ervan verzorgt, zowel voor haarzelf als voor de detailhandelaren waarmee zij de overeenkomst sluit, een voordeel oplevert. Zo worden bijvoorbeeld de totale kosten van de ijsverkoop verminderd [72], wordt de distributie van de producten verbeterd [73] en wordt het aantal verkooppunten van de producten verhoogd. [74]

87. Verder stelt HB dat het exclusiviteitsbeding in de bovenvermelde overeenkomsten nodig is voor de goede werking van het systeem en slechts verwaarloosbare en rechtmatige beperkingen van de mededinging inhoudt. Zij merkt op dat de correcte organisatie van de markt van impulsijs en de adequate distributie van die producten zonder dat beding in het gedrang zouden komen. Door die bedingen waarborgen de leveranciers een betere toegang tot hun producten, hebben zij een zekere marge om de kosten van de vrieskisten te kunnen dragen omdat zij op een hogere omzet kunnen rekenen, kunnen zij de hygiëne en de bewaring van het ijs beter controleren, de reclame en de promotie van hun producten in het algemeen beter verzekeren en zijn zij beschermd tegen misbruik door hun concurrenten [75], terwijl zij hun eigendomsrechten op de vrieskisten veiligstellen. Dit wordt volgens HB allemaal bereikt zonder

71 — Arrest van 28 januari 1986 (161/84, Jurispr. blz. 353).

72 — De detailhandelaren vermijden de hoge kosten van de aankoop en het onderhoud van een vrieskist. Als dochtermaatschappij van Unilever koopt HB de vrieskisten van de fabrikanten tegen groothandelsprijzen die veel interessanter zijn dan een individuele koper kan bedingen. Het niet afzonderlijk factureren van de vrieskisten en van het ijs vereenvoudigt bovendien de transacties.

73 — HB kan de voorwaarden van distributie en opslag van haar producten beter controleren en een betere geografische marktspreiding bereiken.

74 — Vele detailhandelaren zouden het met de aankoop of huur en het onderhoud van vrieskisten voor consumptie-ijs verbonden handelsrisico niet willen aanvaarden, omdat het om een marginale activiteit gaat. HB stelt dat het gratis leveren en onderhouden van de vrieskisten in veel gevallen de enige manier is om te verzekeren dat bepaalde verkooppunten ijs aanbieden.

75 — Zij zouden een onrechtmatig concurrentievoordeel genieten indien zij de vrieskisten van HB konden gebruiken om hun ijs te verkopen.

dat de concurrentie overdreven wordt beperkt.

88. Met betrekking tot dit betoog wil ik het volgende opmerken:

In de eerste plaats stel ik vast dat het criterium van de objectieve rechtvaardiging in de praktijk moeilijk kan worden uitgelegd en toegepast; ik vraag mij zelfs af of het een criterium is waarmee recht kan worden gedaan aan de betekenis van de communautaire mededingingsregels. [76] Niettemin is het niet volledig afwezig in de rechtspraak van het Hof. [77]

In de tweede plaats lijkt het exclusiviteitsbeding in de onderhavige zaak, anders dan in het geval dat het Hof in de zaak Pronuptia heeft onderzocht, geen objectief noodzakelijke voorwaarde te zijn voor de werking van een systeem waarvan de handhaving als zodanig volledig gerechtvaardigd is. Enerzijds erken ik dat de overeenkomsten tot levering van vrieskisten aan detailhandelaren voordelen inhouden voor de partijen en voor de consument; dit betekent echter niet dat het bestaan en de correcte werking van de markt voor impulsijs in Ierland van die bedingen afhangen. [78] Anderzijds, en dat is het belangrijkste, is het exclusiviteitsbeding waarmee de levering van een vrieskist gepaard gaat, geen conditio sine qua non voor het sluiten van de vrieskistovereenkomsten. Hoewel HB het tegengestelde beweert, is niet aangetoond dat ijsleveranciers geen distributienetwerk kunnen opzetten waarbij vrieskisten aan detailhandelaren worden geleverd zonder dat een vrieskist gratis ter beschikking wordt gesteld, gekoppeld aan een exclusiviteitsbeding met betrekking tot het gebruik ervan. [79]

76 — In mijn conclusie van 15 juli 1997 in de zaak Montecatini/Commissie (arrest van 8 juli 1999, C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539) (punt 45) heb ik mijn reserves geuit over de mogelijkheid om het uit de Verenigde Staten afkomstige principe van de „rule of reason" te transponeren naar de communautaire rechtsorde, in het bijzonder voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

77 — Naast het arrest Pronuptia, aangehaald in voetnoot 71, verwijs ik naar mijn conclusie in de zaak Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie (arrest van 16 mei 2000, C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271), waarin ik het criterium van de objectieve rechtvaardiging heb besproken in het kader van het toezicht op staatssteun. Zie ook de arresten van 8 juni 1982, Nungesser/Commissie (258/78, Jurispr. blz. 2015), en 6 oktober 1982, Coditel e.a. (II) (262/81, Jurispr. blz. 3381).

78 — Dat blijkt eveneens uit het feit dat HB haar producten ook met succes kan afzetten in verkooppunten waar zij geen eigen vrieskisten ter beschikking stelt.

79 — Het is niet bewezen dat de bestaande praktijk nodig is voor de werking van het distributienet van ijs in Ierland. Uit de beweringen van HB kan niet worden afgeleid dat de opheffing van het exclusieve gebruik van de vrieskisten de situatie zodanig zal ondermijnen dat geen vrieskistovereenkomsten meer met de detailhandelaren kunnen worden gesloten en dat de markt onherstelbaar zal worden verstoord door het effect op het distributiesysteem en het verlies van verkooppunten. Het oorzakelijk verband tussen de opheffing van het exclusieve gebruik en de ondermijning van het systeem is niet voldoende bewezen.
Wat de bescherming van het eigendomsrecht van HB op de vrieskisten betreft, wijs ik erop dat het zonder enige kosten ter beschikking stellen van een vrieskist, gecombineerd met de verplichting om het exclusiviteitsbeding in acht te nemen, niet het enige middel vormt om dat doel te bereiken, maar een keuze is die HB om commerciële redenen heeft gemaakt. In plaats van de kostprijs van de vrieskisten in de prijs van het ijs op te nemen, had HB andere methodes kunnen bedenken om de kosten voor de investering in de vrieskisten te dekken; HB had de detailhandelaren bijvoorbeeld een specifieke huurprijs kunnen vragen voor het gebruik van de vrieskisten (zie hierna, punten 105 e.v.).
Die oplossing zou tot gevolg kunnen hebben dat een aantal detailhandelaren geen ijs meer willen verkopen. De omvang van het verlies aan verkooppunten staat in elk geval niet vast. De detailhandelaren moeten eventueel de extra kosten van de huur van de vrieskist dragen, maar zouden het ijs tegen een lagere prijs kopen (aangezien de kostprijs van de vrieskist niet meer in de prijs van het ijs begrepen zou zijn) en zouden hun handelsactiviteit kunnen uitbreiden door de vrieskist ook voor de opslag en bewaring van andere producten te gebruiken. In elk geval vormt het verlies van verkooppunten alleen geen rechtvaardiging voor de beperking van de mededinging die de onderhavige exclusiviteitsbedingen veroorzaken.

In de derde plaats ben ik van mening dat zelfs indien bepaalde beperkingen van de mededinging kunnen worden gerechtvaardigd door het behoud van een systeem dat per saldo in het belang van de markt en van de marktdeelnemers werkt, die beperkingen niet een grens, die door toepassing van het evenredigheidsbeginsel [80] kan worden bepaald, mogen overschrijden. Voor zover in overeenstemming met de bovenstaande analyse op basis van de economische en juridische context waarbinnen de onderhavige overeenkomsten van HB gelden, wordt vastgesteld dat zij tezamen met andere soortgelijke overeenkomsten bijdragen tot een cumulatief negatief effect op de mededinging zodat de markt wordt afgeschermd, zijn die overeenkomsten, niettegenstaande de positieve aspecten waarop HB heeft gewezen, in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. In de eerste plaats omdat de betrokken beperkingen, door de ernst van de negatieve gevolgen voor de mededinging, een bepaalde grens overschrijden waarboven ze niet langer als gerechtvaardigd kunnen worden beschouwd. [81] In de tweede plaats werd, zoals reeds vermeld, niet aangetoond dat de betrokken beperkingen die het gevolg zijn van de litigieuze exclusiviteitsovereenkomsten onmisbaar zijn om de doelstelling die ze nastreven te bereiken, zelfs al waren die doelstellingen legitiem. [82]

89. Het eerste onderdeel van de tweede prejudiciële vraag moet derhalve als volgt worden beantwoord: gelet op de juridische en feitelijke gegevens van de relevante markt is een overeenkomst of een gedraging als bedoeld in het hoofdgeding, in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag indien aan drie voorwaarden is voldaan: in de eerste plaats verhindert zij, in samenhang met gelijkaardige overeenkomsten of gedragingen op dezelfde markt, de facto de toegang van andere concurrenten tot een bijzonder belangrijk deel van de bestaande verkooppunten, wat een afscherming van de markt tot gevolg heeft; in de tweede plaats draagt zij in aanzienlijke mate bij tot die afscherming, en in de derde plaats kan die beperking van de mededinging de

80 — Vaak wordt beweerd dat op grond van de rechtspraak Pronuptia een overeenkomst of een gedraging als in overeenstemming met artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan worden beschouwd, zonder dat hoeft te worden beoordeeld in hoeverre zij de mededinging beperkt, en wel om de loutere reden dat zij onmisbaar is voor de werking van een systeem dat op zich niet in strijd is met artikel 85, lid 1. Ik ben het met die benadering niet eens. Indien de betrokken beperkingen van de mededinging bijzonder ernstig zijn, kunnen zij niet als „bijkomstig" of „verwaarloosbaar" worden aangemerkt. De rechtspraak Pronuptia wil de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag verbeteren en geeft niet de weg aan waarmee men zich aan de toepassing van die bepalingen kan onttrekken.
Bijgevolg moet een evenwicht worden gevonden tussen de voordelen van de vrije mededinging, die wordt aangetast door de betrokken overeenkomst of gedraging, en de voordelen die deze laatste beoogt te beschermen. Het streven om legitieme doelstellingen te bereiken vormt niet altijd een rechtvaardiging voor de verstoring van de mededingingsvoorwaarden, vooral niet wanneer het om een ernstige verstoring gaat. Bovendien moet men zich bij de toepassing van de criteria van het evenredigheidsbeginsel (geschiktheid, noodzaak, evenredigheid in strikte zin) afvragen of de overeenkomst of de gedraging de mededinging niet te sterk aantast.

81 — In mijn conclusie in de zaak Montecatini/Commissie, aangehaald in voetnoot 76, heb ik al het verwante standpunt ingenomen dat bijzonder ernstige beperkingen van de mededinging niet kunnen worden gerechtvaardigd door de „rule of reason", die zowel de communautaire als de Amerikaanse mededingingsrechter lijken te aanvaarden. In dezelfde arrest verklaarde het Hof het volgende: „Dienaangaande volstaat de vaststelling, dat zo de ‚rule of reason' al een plaats heeft in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, de toepassing van deze bepaling hoe dan ook niet erdoor kan worden uitgesloten in het geval van een kartel tussen producenten die nagenoeg de gehele gemeenschapsmarkt in handen hebben, en dat betrekking heeft op richtprijzen, beperking van de productie en verdeling van de markt. Het Gerecht is daarom niet van een verkeerde rechtsopvatting uitgegaan door te oordelen, dat het zeer duidelijke karakter van de inbreuk zich in elk geval tegen toepassing van de ‚rule of reason' verzette" (punt 133).

82 — Indien de feitelijke en juridische kenmerken van de markt anders zouden zijn, zouden de argumenten van HB over het nut van de exclusiviteitsbedingen zwaarder wegen en dit nut kunnen rechtvaardigen vanuit het oogpunt van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. [83]

C — *De onderhavige exclusiviteitsbedingen en artikel 86 van het Verdrag*

90. De positie van een onderneming op de markt kan als een „machtspositie" worden gekwalificeerd wanneer zij deze onderneming in staat stelt een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en consumenten te gedragen. [84] Zeer aanzienlijke marktaandelen leveren, bijzondere omstandigheden daargelaten, op zich reeds het bewijs van een machtspositie. [85]

91. Het aandeel van HB op de Ierse markt van in afzonderlijk verpakte porties impulsijs schommelt al vele jaren rond de 70 % en meer. Dit gegeven wettigt, samen met andere factoren [86], de conclusie dat HB een machtspositie inneemt op die markt. [87]

92. Het door artikel 86 verboden misbruik van een machtspositie is een objectief begrip waaronder gedragingen van een onderneming vallen, welke „a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving (...) van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een (...) normale mededinging (...) in zwang zijn, wordt tegengegaan". [88] Het is een onderneming die een machtspositie inneemt verboden „een concurrent uit te schakelen en dus haar positie te versterken met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit". [89] Wat de correcte toepassing van artikel 86 betreft, is het Hof van mening dat „de materiële werkingssfeer van de bijzondere verantwoordelijkheid die op een onderneming met een machtspositie rust, moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt". [90] Wat exclusiviteitsovereenkomsten betreft, is het vaste rechtspraak: „Als een onderneming op een markt een

83 — Indien wordt vastgesteld dat de markt zodanig is afgeschermd dat de verkooppunten niet toegankelijk zijn voor nieuwe ijsleveranciers, ongeacht de geografische ligging en de herkomst van de producten van die leverancier, lijkt het mij aannemelijk dat de handel tussen de lidstaten hierdoor ongunstig wordt beïnvloed. Die beperking van de mededinging bemoeilijkt de toegang van buitenlandse concurrenten tot de Ierse markt.

84 — Zie arresten van 14 februari 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207), en Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in voetnoot 48.

85 — Zie arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in voetnoot 48, punt 41, alsook de arresten van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60), en 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667).

86 — Ontbreken van een andere concurrent van dezelfde omvang, acceptatie door de consumenten, controle over een groot deel van de verkooppunten, toegang tot know-how en andere voordelen die voortvloeien uit het feit dat HB deel uitmaakt van de multinationale groep Unilever.

87 — Ook de Ierse rechter in eerste aanleg is tot die conclusie gekomen.

88 — Zie arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in voetnoot 48 (punt 91).

89 — Zie arrest AKZO/Commissie, aangehaald in voetnoot 85 (punt 70).

90 — Zie arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 24).

machtspositie inneemt, dan vormt een binding der kopers, in dier voege dat zij zich, zij het op eigen wens, verplichten — dan wel beloven — zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie." [91]

93. De vennootschap HB stelt de detailhandelaren de volgende regeling voor: zij biedt hen (zonder enige directe kosten) vrieskisten aan waarvan zij zelf de aankoop- en onderhoudskosten draagt: als voorwaarde stelt zij echter dat die vrieskisten exclusief worden gebruikt voor de opslag van haar eigen producten. Op die manier zet zij de detailhandelaren die geen eigen vrieskisten bezitten of vrieskisten van een andere leverancier, aan om met haar leveringsovereenkomsten te sluiten die een exclusiviteitsbeding bevatten. Zoals reeds vermeld aanvaarden de detailhandelaren die een dergelijke overeenkomst sluiten doorgaans niet om hun vrieskisten van HB te vervangen door vrieskisten van een andere leverancier of door eigen vrieskisten en zijn zij evenmin bereid om extra vrieskisten te plaatsen. [92] Bijgevolg worden de verkooppunten die door deze overeenkomsten worden gedekt, de facto verkooppunten die exclusief producten van HB verkopen. Dit verklaart waarom het percentage van die verkooppunten bijzonder hoog is en 80 % van de kleine winkels lijkt te bereiken. [93]

94. Dit versterkt de machtspositie van HB en verzwakt de mededinging, die door de machtspositie van HB toch al zwak is, nog meer. Meer in het algemeen is het litigieuze beleid van HB niet in overeenstemming met de voorwaarden voor een gezonde mededinging bij de levering van consumptiegoederen: in de eerste plaats is het voor andere leveranciers, concurrenten van HB, moeilijk om die markt te betreden en er hun positie te consolideren; in de tweede plaats wordt de vrijheid van de detailhandelaren aangetast om hun leveranciers te kiezen op basis van de voordelen die zij bieden; in de derde plaats is de vrijheid van de consumenten om de betrokken producten te kiezen op basis van hun kwaliteit en hun prijs aangetast. Met andere woorden, voor de mededinging tussen de merken van in afzonderlijke porties verpakte impulsijs zijn niet de kenmerken van die producten bepalend, maar de mate waarin de betrokken verkooppunten al dan niet de facto aan HB zijn gebonden. Derhalve ben ik van mening dat de gedraging van HB misbruik van een machtspositie oplevert.

95. Aan de juistheid van die conclusie wordt niet afgedaan door de tegengestelde beweringen van HB.

91 — Zie arresten Hofmann-La Roche/Commissie, aangehaald in voetnoot 48 (punt 89), en AKZO/Commissie, aangehaald in voetnoot 85 (punt 149). In zijn arrest van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 68), oordeelde het Gerecht dat „wanneer een marktdeelnemer over een sterke marktpositie beschikt, het sluiten van exclusieve afnameovereenkomsten met betrekking tot een aanzienlijk gedeelte van de aankopen een onaanvaardbare belemmering voor de toegang tot die markt vormt".

92 — Zie boven, punten 74 en 75.

93 — Zie boven, punt 73.

96. Zij voert in de eerste plaats aan, dat het sluiten van vrieskistovereenkomsten met een exclusiviteitsbeding een gangbare praktijk vormt van de leveranciers op de relevante markt, die niet afwijkt van een gezonde mededinging, maar integendeel een positieve uitwerking heeft op de mededingingsvoorwaarden. Bovendien zou een eventueel verbod van die overeenkomsten op grond dat zij in strijd zijn met artikel 86 van het Verdrag, HB ertoe verplichten haar eigen belangen te schaden, wat niet geoorloofd is.[94] HB doet ook een beroep op het arrest Bronner[95], waaruit zij afleidt dat een onderneming die een machtspositie inneemt, niet verplicht is aan een concurrent toegang te verlenen tot het distributiesysteem van haar producten, zelfs niet tegen een redelijke vergoeding, wanneer in de eerste plaats de weigering niet tot gevolg heeft dat de concurrentie van de onderneming die deze toegang vraagt wordt verhinderd, in de tweede plaats die weigering objectief kan worden gerechtvaardigd, en er in de derde plaats feitelijk of potentieel een alternatieve oplossing bestaat. Ten slotte beweert HB enerzijds dat de betrokken overeenkomsten de mededingingsvoorwaarden niet verstoren omdat zij haar slechts voor een verwaarloosbaar percentage van de verkooppunten exclusiviteit verzekeren, en anderzijds dat haar gedrag in elk geval objectief gerechtvaardigd is.

97. Ik betwist niet dat de vrieskistovereenkomsten een gangbare handelspraktijk vormen op de relevante markt en dat zij vanuit een bepaald gezichtspunt voordelig zijn voor de medecontractanten. Dit is echter nog niet voldoende om de betrokken overeenkomsten van HB als niet in strijd met artikel 86 van het Verdrag te beschouwen; dergelijke overeenkomsten zijn eventueel aanvaardbaar op markten met normale mededingingsvoorwaarden, maar niet wanneer, zoals in de onderhavige zaak, de mededinging reeds verflauwd is, juist als gevolg van de machtspositie van HB. Bovendien doen de beweringen van HB niets af aan de vaststellingen in mijn bovenstaande analyse, in het bijzonder niet die, dat met de vrieskistovereenkomsten van HB de mededinging niet normaal kan functioneren, zoals bij de levering van consumptiegoederen van wezenlijk belang is.

98. Hoewel de voorgestelde toepassing van artikel 86 van het Verdrag HB de mogelijkheid kan ontnemen om alle uit haar marktpositie voortvloeiende voordelen uit te buiten, verplicht zij haar niet om in strijd met haar belangen te handelen. Het is volstrekt legitiem om de marges die een vennootschap voor haar commercieel beleid heeft, krachtens artikel 86 te beperken, omdat een onderneming met een machtspositie altijd de bijzondere verantwoordelijkheid heeft om door haar gedraging het bestaan van een echte en onvervalste mededinging op de gemeenschapsmarkt niet in het gedrang te brengen.

94 — HB verwijst naar de conclusie van rechter Kirschner van het Gerecht, advocaat-generaal in de zaak Tetra Pak/Commissie (aangehaald in voetnoot 90, punt 63). In die conclusie stelt hij dat geen enkele vennootschap, zelfs wanneer zij een machtspositie inneemt, gedwongen kan worden haar eigen belangen te schaden.

95 — Arrest van 26 november 1998 (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791).

99. Bovendien zijn de logische consequenties van het arrest Bronner [96] en het beginsel van de „wezenlijke faciliteiten" niet van invloed op de onderhavige zaak. Het arrest Bronner betrof het recht van toegang van een concurrent tot een distributiesysteem van een andere concurrent met een machtspositie, waarbij de deelneming aan het netwerk wordt voorgesteld als een wezenlijke faciliteit voor de uitoefening van die activiteit en voor het bestaan van de mededinging. In de onderhavige zaak ligt het probleem anders: de aantasting van de mededingingsvoorwaarden door een exclusiviteitsbeding dat bij de levering van producten aan detailhandelaren wordt opgelegd als een voorwaarde voor het zonder enige directe vergoeding plaatsen van vrieskisten. In de onderhavige zaak rijst het probleem van de „wezenlijke faciliteiten" niet. [97]

100. Met betrekking tot het argument van HB dat het percentage door de onderhavige exclusiviteitsbedingen gebonden detailhandelaren verwaarloosbaar is, merk ik op dat de criteria op basis waarvan HB haar berekeningen maakt en tot die conclusie komt, niet juist zijn. HB lijkt in haar analyse geen rekening te houden met de detailhandelaren die alleen vrieskisten van HB bezitten, maar verklaren dat zij, om louter persoonlijke en commerciële redenen, hoe dan ook niet geïnteresseerd zijn in de verkoop van ijs van een ander merk. Zoals reeds vermeld in het kader van mijn analyse van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, moeten alle verkooppunten die alleen over vrieskisten van HB beschikken, als de facto aan HB gebonden worden beschouwd wegens de vrieskistovereenkomsten. [98] Ik herinner eraan dat volgens de door de verwijzende rechter verstrekte gegevens 80 % van de Ierse kleine winkels enkel ijs van HB verkopen en hun productengamma niet kunnen uitbreiden, zelfs als zij dat zouden willen, aangezien zij met vrieskisten van HB zijn uitgerust.

101. Met betrekking tot het argument inzake de „objectieve rechtvaardiging" van de gedraging van HB, wijs ik er allereerst op dat de rechtspraak dit begrip niet uitdrukkelijk lijkt te gebruiken bij de uitlegging van artikel 86 van het Verdrag. Toch ben ik het ermee eens dat moeilijk kan worden aanvaard dat een objectief gerechtvaardigde commerciële gedraging tegelijk misbruik oplevert. [99] Of een gedraging al dan niet gerechtvaardigd is, moet worden beoordeeld op basis van het evenredigheidsbeginsel. [100] Een onderneming met een machtspositie heeft niet het recht de

96 — Aangehaald in voetnoot 95.

97 — Meer bepaald ging het in het arrest Bronner, aangehaald in voetnoot 95, om een uitgever met een machtspositie die een distributienet had opgezet dat een concurrent niet verhinderde zijn eigen distributiesysteem op te zetten. Bovendien vormde dat netwerk voor de detailhandelaren geen beletsel om andere dagbladen aan te kopen en te verkopen. Daarentegen verhindert het door HB opgezette netwerk met de onderhavige exclusiviteitsbedingen enerzijds de concurrenten om hun eigen netwerk op te zetten en anderzijds de detailhandelaren om gelijkaardige producten van een ander merk aan te kopen.

98 — Zie hierboven, punt 84.

99 — Vanuit dit gezichtspunt lijkt het concept objectieve rechtvaardiging een factor die in aanmerking moet worden genomen om uit te maken of de gedraging van ondernemingen met een machtspositie al dan niet als misbruik moet worden aangemerkt.

100 — Voor de betekenis van het evenredigheidsbeginsel in het kader van artikel 86, zie de analyse in de conclusie van rechter Kirschner van het Gerecht, advocaat-generaal in de zaak Tetra Pak/Commissie (aangehaald in voetnoot 90, punten 67-74); die conclusie bevat bijzonder nuttige verwijzingen naar de rechtspraak en de literatuur.

vrije mededinging onevenredig te beperken, ook al zijn haar doelstellingen volstrekt legitiem. Met betrekking tot de onderhavige vrieskistovereenkomsten ben ik van mening dat de hierboven vastgestelde ernstige negatieve gevolgen voor de werking van de markt, de omvang van de beperkingen van de mededinging en de eruit voortvloeiende onmogelijkheid om gezonde en normale mededingingsvoorwaarden te verzekeren, het bij voorbaat onmogelijk maken om de gedraging van HB te rechtvaardigen. [101] Zelfs indien dit „vermoeden van misbruik" niet wordt aanvaard, is de betrokken gedraging van HB niet objectief gerechtvaardigd, omdat zij belemmeringen en verstoringen van de vrije concurrentie teweegbrengt die verder gaan dan het nagestreefde doel en die niet onontbeerlijk zijn om dit te bereiken. [102]

102. Bijgevolg kom ik tot de volgende conclusie: een onderneming die afzonderlijk verpakte porties impulsijs verkoopt, een machtspositie inneemt op de relevante markt en die, door detailhandelaren ertoe aan te zetten overeenkomsten tot levering van vrieskisten met haar te sluiten waaraan geen directe kosten voor hen zijn verbonden, maar wel de voorwaarde dat die vrieskisten uitsluitend worden gebruikt om de producten van de onderneming te bewaren, er wegens de kenmerken van de markt in slaagt om een groot aantal verkooppunten de facto aan haar te binden en bovendien een reeds verflauwde mededinging verder te beperken doordat zij de markt niet in gezonde mededingingsvoorwaarden laat functioneren, inbreuk maakt op haar verplichtingen krachtens artikel 86 van het Verdrag.

VI — De derde prejudiciële vraag

103. De verwijzende rechter vraagt of de bescherming van het eigendomsrecht, die door artikel 222 van het Verdrag wordt verzekerd, verhindert dat de onderhavige vrieskistovereenkomsten van HB op basis van artikel 85 en 86 van het Verdrag worden aangetast.

104. Op deze vraag dient ontkennend te worden geantwoord.

105. Ik herinner eraan dat het eigendomsrecht wordt gewaarborgd in overeenstem-

101 — Er zijn grenzen aan de negatieve gevolgen voor de mededinging en indien een onderneming met een machtspositie die grenzen overschrijdt, wordt haar gedraging vermoed misbruik op te leveren en ongerechtvaardigd te zijn.

102 — In dit verband voert HB een reeks argumenten aan die ik al in het kader van mijn analyse van artikel 85, lid 1, van het Verdrag heb onderzocht. Meer bepaald is HB van mening dat de onderhavige overeenkomsten een betere promotie en beschikbaarheid van de producten waarborgen, de distributiekosten verminderen, de geografische marktspreiding van de producten vergroten, een efficiëntere werking van het distributiesysteem mogelijk maken, vrieskisten ter beschikking komen van detailhandelaren die deze anders niet zouden kunnen verwerven, de transacties vereenvoudigen en vergemakkelijken aangezien de prijs van de vrieskist en van de producten begrepen is in de totale prijs van het ijs, en de eigendomsrechten van HB op de vrieskisten veiligstellen.
Met betrekking tot die argumenten merk ik op dat niet is aangetoond dat de levering van een vrieskist, zonder directe kosten maar op voorwaarde van exclusiviteit, het enige en noodzakelijke middel is om die doelstellingen te bereiken. De opheffing van de exclusiviteit kan het gehele stelsel van de vrieskistovereenkomsten wijzigen en commercieel een minder aantrekkelijke oplossing zijn, maar het voorkomt de zeer ernstige aantasting van de mededingingsvoorwaarden ten gevolge van deze overeenkomsten. Bijgevolg zijn die overeenkomsten in strijd met artikel 86 van het Verdrag.

ming met de beginselen die in de constituties van de lidstaten besloten liggen; die fundamentele nationale regels maken een onderscheid tussen de kern van het recht, die in principe niet mag worden aangetast, en de uitoefening van dat recht, die om redenen van algemeen belang kan worden beperkt voor zover dat nodig is. [103] Stellig hebben de artikelen 85 en 86 van het Verdrag een belangrijke plaats in de structuur van de communautaire rechtsorde en dienen zij het algemeen belang dat bestaat in handhaving van een niet-vervalste mededinging. [104] Bijgevolg is het volkomen begrijpelijk dat voor het eigendomsrecht krachtens de artikelen 85 en 86 beperkingen gelden, voor zover deze noodzakelijk zijn om de mededinging te beschermen. Artikel 222 van het Verdrag kan in geen geval door de marktdeelnemers worden gebruikt als een verdediging om zich aan de toepassing van de artikelen 85 en 86 te onttrekken.

106. In casu tasten de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, zoals hierboven uitgelegd, de kern van het eigendomsrecht van HB op de vrieskisten niet aan [105], maar begrenzen zij HB's contractuele bedingen op het punt van de wijze waarop de aan de detailhandelaren verstrekte vrieskisten moeten worden gebruikt, welke begrenzing noodzakelijk is om de mededingingsvoorwaarden op de relevante markt te beschermen. HB kan op een andere manier haar eigendom proberen te beschermen [106] dan door de exclusiviteitsbedingen op te leggen; zij kan niet een beroep op artikel 222 van het Verdrag doen om te voorkomen dat zij moet voldoen aan hetgeen bij een juiste uitlegging en toepassing van de artikelen 85 en 86 vereist is.

103 — Zie arrest van 13 december 1979, Hauer (44/79, Jurispr. blz. 3727, punt 18 e.v.).

104 — 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, haar optreden omvat: „een regime waardoor wordt verzekerde dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst". Mijns inziens spreekt het vanzelf dat dit optreden — dat ook de toepassing van de artikelen 85 en 86 omvat — één van de aspecten van het communautaire algemene belang vormt.

105 — Dat zou wel het geval zijn indien deze artikelen HB verplichtten te aanvaarden dat haar vrieskisten zonder enige vergoeding door concurrerende leveranciers werden gebruikt. In casu bestaat die mogelijkheid niet; HB is niet haar recht ontnomen om haar eigendom te beschermen, maar zij mag dit niet doen door middel van overeenkomsten die in strijd zijn met de artikelen 85 en 86.

106 — Zij kan bijvoorbeeld de vrieskisten verkopen of verhuren aan de detailhandelaars. Ik heb er reeds op gewezen (zie hierboven, voetnoot 79) dat de beslissing van HB om vrieskisten zonder directe kosten ter beschikking te stellen gecombineerd met het litigieuze exclusiviteitsbeding niet het enige middel vormde om haar eigendomsrechten op de vrieskisten te waarborgen, maar veeleer een commercieel beleid was. Er kunnen andere methodes worden bedacht om de kosten van de investering in vrieskisten te dekken, zonder het exclusiviteitsbeding.
HB stelt echter dat verhuur, gezien de kenmerken van de markt, geen realistische oplossing is, terwijl doorverkoop van de vrieskisten voor haar verlies zou opleveren. Zelfs indien dit waar is, wordt hierdoor niet afgedaan aan de conclusie waartoe ik in mijn analyse ben gekomen. Enerzijds wordt een marktdeelnemer, omdat hij zijn goederen niet meer naar eigen goeddunken kan gebruiken, nog niet van zijn eigendom beroofd of wordt zijn eigendomsrecht in zijn kern aangetast. Anderzijds is het feit dat hij eventueel commerciële schade door het gebruik van zijn eigendom moet aanvaarden, voor mij nog geen reden om artikel 85 en 86 EG-Verdrag anders uit te leggen; de verantwoordelijkheid voor die schade berust uitsluitend bij HB en haar keuze van een commercieel beleid dat in strijd is met de mededingingsregels.

VII — Conclusies

107. Concluderend kunnen om de hiervoor uiteengezette redenen op grond van mijn analyse van de tweede en derde prejudiciële vraag, de daarin aan de orde gestelde vragen van gemeenschapsrecht worden beantwoord zonder het probleem van de wettigheid en de geldigheid van beschikking 98/531 te onderzoeken. Mijns inziens staat het het Hof volstrekt vrij deze vragen niet te beantwoorden indien het van mening is dat het niet mogelijk is de zaak in het hoofdgeding af te doen voordat de geldigheid van beschikking 98/531 is onderzocht, wat, zoals ik heb uiteengezet, gezien de specifieke kenmerken van de zaak, het Gerecht zal doen in het kader van het aldaar aanhangige beroep tot nietigverklaring. Indien het Hof echter van mening is dat het de tweede en de derde prejudiciële vraag moet beantwoorden en tegelijk de geldigheid van beschikking 98/531 onderzoeken, wil ik subsidiair slechts opmerken dat die beschikking, gelet op de wettigheidtoetsing die in het kader van de procedure van artikel 177 mogelijk is, correct is en dat de onderhavige tussen HB en de detailhandelaren gesloten vrieskistovereenkomsten in strijd zijn met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

VIII — Conclusie

108. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging als volgt te antwoorden op de eerste prejudiciële vraag:

„De verwijzende rechter is niet verplicht de behandeling van de bij hem aanhangige zaak te schorsen en het einde van het beroep tot nietigverklaring af te wachten louter omdat bij het Gerecht beroep is ingesteld tegen beschikking 98/531/EG van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond

van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (zaken IV/34.073, IV/34.395 en IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) [kennisgeving geschied onder nummer C(1998) 292]. Hij is daartoe echter wel verplicht indien hij voor de oplossing van het hoofdgeding moet weten of de betrokken beschikking al dan niet geldig is, voor zover dat probleem niet krachtens artikel 177 van het EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) aan het Hof kan worden voorgelegd, maar door het Gerecht van eerste aanleg zal worden onderzocht in het kader van het aldaar aanhangige beroep tot nietigverklaring. In dit verband moet de verwijzende rechter vermijden om een arrest te wijzen dat in strijd is met beschikking 98/531, tenzij deze beschikking door de gemeenschapsrechter nietig wordt verklaard."

Indien het Hof van mening is dat de tweede en de derde prejudiciële vraag onderzocht dienen te worden, stel ik voor deze als volgt ze beantwoorden:

„Gelet op de juridische en feitelijke gegevens van de relevante markt is een overeenkomst of een gedraging als bedoeld in het hoofdgeding, in strijd met artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) indien aan drie voorwaarden is voldaan: in de eerste plaats verhindert zij, in samenhang met gelijkaardige overeenkomsten of gedragingen op dezelfde markt, de facto de toegang van andere concurrenten tot een bijzonder belangrijk deel van de bestaande verkooppunten, wat een afscherming van de markt tot gevolg heeft; in de tweede plaats draagt zij in aanzienlijke mate bij tot die afscherming, en in de derde plaats kan die beperking van de mededinging de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.

Een onderneming die afzonderlijk verpakte porties impulsijs verkoopt, een machtspositie inneemt op de relevante markt en die, door detailhandelaren ertoe aan te zetten overeenkomsten tot levering van vrieskisten met haar te sluiten waaraan geen directe kosten voor hen zijn verbonden, maar wel de voorwaarde dat die vrieskisten uitsluitend worden gebruikt om de producten van de onderneming te bewaren, er wegens de kenmerken van de markt in slaagt om een groot aantal verkooppunten de facto aan haar te binden en bovendien een

reeds verflauwde mededinging verder te beperken doordat zij de markt niet in gezonde mededingingsvoorwaarden laat functioneren, inbreuk maakt op haar verplichtingen krachtens artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG).

De bescherming van het eigendomsrecht, zoals deze wordt verzekerd door artikel 222 EG-Verdrag (thans artikel 295 EG), verzet zich niet ertegen dat exclusiviteitsbedingen als die welke door de verwijzende rechter worden onderzocht, als in strijd met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag worden beschouwd."