II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 23 december 1992

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG

(Zaken IV/31.533 en IV/34.072)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(93/405/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op artikel 3, lid 1,

Gezien de door Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG overeenkomstig artikel 4 van Verordening nr. 17 verrichte aanmelding van een modelovereenkomst tot levering van ijs,

Gezien het verzoek van Mars GmbH overeenkomstig artikel 3, lid 2, van Verordening nr. 17, gericht tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG ter zake van een inbreuk op de mededingingsregels, bestaande in het belemmeren van de verkoop, door verzoekster, van consumptie-ijsprodukten in Duitsland,

Gezien het besluit van de Commissie van 19 december 1991 om de procedure in te leiden,

Gezien de beschikking van de Commissie van 25 maart 1992 — voorlopige maatregelen,

Na de betrokken onderneming overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17, in samenhang met Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad (2), in de gelegenheid te hebben gesteld haar standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar die de Commissie in aanmerking heeft genomen,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

1. Voorwerp van de procedure

(1) Op verzoek van Mars GmbH, hierna „Mars" genoemd, van 18 september 1991 heeft de Commissie op 19 december 1991 besloten om tegen Langnese—Iglo GmbH, hierna „L—I" genoemd, en tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, hierna

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

„SLG" genoemd, de procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag in te leiden.

(2) Het over de gehele wereld werkzame Mars-concern vervaardigt centraal in Frankrijk ijsrepen voor de verkoop in geheel Europa. Met de Duitsland bestrijkende verkoop van deze, in afzonderlijke porties en in „multipacks" verpakte ijsrepen is in 1990 begonnen. Mars stelt dat de verkoop van haar consumptie-ijsprodukten in Duitsland verhinderd wordt door mededinging beperkende exclusiviteitsovereenkomsten die L—I en SLG met een groot aantal detaillisten zouden hebben gesloten.

(3) Op 25 maart 1992 heeft de Commissie bij beschikking, hierna „E/25.3.92" te noemen, vastgesteld dat de overeenkomsten die door SLG op grond van een als „Eislieferungs-Vereinbarung" („overeenkomst tot levering van ijs"), respectievelijk „Eislieferungs- und Sondervereinbarung" („overeenkomst tot levering van ijs/bijzondere overeenkomst") aangeduide standaardovereenkomst zijn gesloten, op het eerste gezicht een inbreuk vormen op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voor zover deze overeenkomsten betrekking hebben op in afzonderlijke porties verpakt consumptie-ijs dat zonder enige verdere verrichting van diensten wordt aangeboden.

(4) SLG heeft op 7 mei 1985 een standaardovereenkomst inzake levering bij de Commissie aangemeld. Bij schrijven van 20 september 1985 heeft het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie SLG medegedeeld dat de standaardovereenkomst op grond van de bekende feiten, die hoofdzakelijk op de in de aanmelding vervatte weergave ervan berusten, met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag verenigbaar is. Bij deze beoordeling, die gebaseerd was op de gehele Duitse markt van consumptie-ijs, werd ervan uitgegaan dat de toegang van derde ondernemingen tot de detailhandel gewaarborgd zou blijven. Bij schrijven van 29 november 1991 kondigde het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie aan, dat de procedure zou worden voortgezet.

(5) De onderhavige procedure is erop gericht om in aansluiting op E/25.3.92 met betrekking tot deze leveringsovereenkomsten een eindbeschikking overeenkomstig artikel 85 van het Verdrag te geven. De Commissie behoudt zich het recht voor om de overige eventuele inbreuken op de communautaire mededingingsregels, die in E/25.3.92 zijn aangevoerd, eveneens aan een definitieve toetsing te onderwerpen.

(6) De verenigbaarheid van de exclusiviteitsovereenkomsten, waarbij L—I partij is, met de communautaire mededingingsregels wordt in een parallel lopende procedure onderzocht. L—I produceert en verkoopt consumptie-ijs en diepvrieswaren. Deze onderneming is een dochter van de Duitse Unilever GmbH, die in de sector levensmiddelen het grootste deel van haar omzet behaalt.

2. De onderneming

(7) SLG vervaardigt en verkoopt consumptie-ijs en diepvrieswaren en bakkerijprodukten. Deze onderneming behaalde in 1991 een totale omzet van [1] [> 1] miljard DM (1990: [> 1] miljard DM), waarvan [> 900] miljoen DM (1990: [> 800] miljoen DM) met consumptie-ijs. Het concern had in 1991 een geconsolideerde omzet van [> 1,5] miljard DM.

(8) De meerderheidsaandeelhouder van SLG is de heer consul Schöller. Van het aandelenkapitaal is 49 % rechtstreeks of onrechtstreeks in handen van Südzucker AG, die tevens een 75 %-belang in Milchhof Eiskrem GmbH & Co. KG („Eismann") heeft (zie punt 36). Het Südzucker-concern behaalde in het boekjaar 1990/1991 een omzet van ongeveer 4,540 miljard DM.

(9) De positie van SLG op de Duitse markt is deels het gevolg van succesvolle overnemingen. In 1978 verwierf SLG Südmilch-Eiskrem- und Tiefkühlkost GmbH & Co., in 1987 het „traditionele" ijsbedrijf van Firma Dr. August Oetker Nahrungsmittel, in 1988 Muku Eiscreme Graf GmbH, in 1989 het merk „Motta", het „traditionele" ijsbedrijf van Firma Milli-Eiskrem en de Ellingstedter Eiskremfabrik.

(10) Binnen de Gemeenschap vervaardigt SLG consumptie-ijs in een aantal Duitse fabrieken en in één Belgische produktie-installatie. Deze laatste bedient de Benelux- en de Franse markt. De Britse markt wordt via groothandelaren bevoorraad.

(11) Op 24/30 september 1991 heeft SLG met Jacobs Suchard Manufacturing GmbH & Co. KG, hierna „Jacobs Suchard" genoemd, een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Jacobs Suchard maakt deel uit van het Philip-Morris-concern, dat over de gehele wereld voedings- en genotmiddelen verkoopt. Voorwerp van deze overeenkomst is de ontwikkeling, de vervaardiging en de verkoop van consumptie-ijs en van ijsrepen.

3. Het produkt

(12) Consumptie-ijs wordt uit verschillende grondstoffen in uiteenlopende samenstellingen industrieel of ambachtelijk bereid. Dit produkt is bestemd om — met of zonder verdere toevoegingen — door de consument te worden genuttigd in de materiële vorm die het bij de vervaardiging ervan krijgt.

[1] In deze bekendgemaakte versie van de beschikking zijn overeenkomstig artikel 17, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 4064/89 over het niet aan de openbaarheid prijsgeven van zakengeheimen enkele gegevens weggelaten. Voor een beter begrip van de tekst zijn, wanneer zulks zonder inbreuk op de geheimhoudingsplicht ten aanzien van zakengeheimen kon geschieden, tussen haakjes enkele als indicatie dienende, algemeen gehouden gegevens vermeld.

(13) Het in afzonderlijke porties verdelen voor verbruik geschiedt door de consument zelf, als dienst door de verkoper of, op voorhand, door de fabrikant. Onbelangrijke uitzonderingen daargelaten, valt ambachtelijk bereid ijs slechts in de tweede categorie, terwijl industrieel consumptie-ijs alle categorieën omvat. Derhalve wordt industrieel consumptie-ijs naar gebruik in de branche in de categorieën ijs in gezinsverpakkingen, voor grootverbruikers bestemd ijs en ijs in kleine verpakkingen ingedeeld.

(14) De in een individuele portie opgeslagen koelenergie is na korte tijd verbruikt. Het nuttigen ervan gebeurt daarom noodzakelijkerwijze in de onmiddellijke nabijheid van de laatste koelplek.

(15) In tegenstelling tot ambachtelijk bereid ijs, dat de consument gewoonlijk wordt aangeboden voor nuttiging op de plaats van bereiding, wordt industrieel consumptie-ijs verkocht op een wijze die de plaats van het nuttigen ervan onafhankelijk van de plaats van bereiding maakt. Dit consumptie-ijs bereikt de consument bij de meest uiteenlopende gelegenheden, waarop de afzonderlijke produktgroepen afgestemd zijn. De tot deze groepen behorende produkten onderscheiden zich deels door de verpakking ervan, deels doordat aan het oorspronkelijke produkt verschillende ingrediënten zijn toegevoegd, terwijl de substantie identiek is, en deels omdat zij volledig verschillend zijn.

(16) Met industrieel ijs voor grootverbruikers, ijs in kleine verpakkingen (door de fabrikant voorverpakte individuele porties) en ambachtelijk bereid ijs wordt ingespeeld op de behoefte van de consument buiten zijn woning, wanneer deze zich dus ruimtelijk van zijn eigen koelmogelijkheid heeft verwijderd. Anders dan ambachtelijk bereid ijs en voor grootverbruikers bestemd ijs geeft industrieel ijs in kleine verpakkingen echter in beginsel geen aanleiding tot verdere dienstverlening door de verkoper, omdat het in zijn uiteindelijke vorm wordt aangeboden voor onmiddellijke consumptie „uit het vuistje".

(17) Wanneer de door de fabrikant voorverpakte individuele porties tot „multipacks" worden samengevoegd, zijn deze niet meer bestemd voor verbruik buiten de woning, maar, evenals ijs in gezinsverpakkingen, voor consumptie thuis [1]. Hetzelfde geldt voor consumenten die zich voor voorraadvorming een of meer kartonnen dozen met individuele porties aanschaffen. Het komt slechts sporadisch voor dat „multipacks" of hele dozen individuele porties voor onmiddellijke consumptie „uit het vuistje" gekocht worden.

(18) De voortdurend wisselende behoefte van de consument is bepalend voor de verkoopwijze van industrieel consumptie-ijs. IJs in gezinsverpakkingen en in „multipacks" wordt voor het overgrote deel door de levensmiddelenhandel en de thuisbezorgdiensten aangeboden, voor de grootverbruiker bestemd ijs wordt aan de horeca (in de ruimste zin) geleverd, terwijl ijs in kleine verpakkingen over alle verkoopkanalen wordt afgezet [2]. De verkoopwijze van ijs in kleine verpakkingen buiten de levensmiddelenhandel en de thuisbezorgdiensten wordt, evenals die van ijs voor grootverbruikers, in de branche gewoonlijk als „traditionele handel" aangeduid. Van ijs in kleine verpakkingen wordt ongeveer 55 % aangeboden door de „traditionele handel", ongeveer 35 % door de levensmiddelenhandel en ongeveer 10 % door de thuisbezorgdiensten.

(19) De „prijslijst 1991" van SLG vermeldt onder andere ijs in kleine porties („impulsijs") en „multipacks". Uit een vergelijking van de negen „multipack"-artikelen met de overeenkomstige ijsartikelen in kleine verpakkingen blijkt dat de prijs per individuele portie in „multipacks" zonder uitzondering lager is dan die van ijs in kleine verpakkingen. Ook de levensmiddelenhandel biedt „multipacks" gewoonlijk aan tegen prijzen die per afzonderlijke portie lager zijn dan die van ijs in kleine verpakkingen.

(20) Industrieel consumptie-ijs, dat door de grootverbruiker uit potten en bakken in porties wordt verdeeld [3], is voor de wederverkoper per afzonderlijke portie voordeliger dan ijsartikelen in kleine verpakkingen. Door het in porties uitscheppen als dienstverrichting is de verkoopprijs echter in feite vergelijkbaar met die welke voor ijsartikelen in kleine verpakkingen wordt berekend.

4. De Duitse markt van consumptie-ijs

a) *De totale markt*

(21) In het begin van de jaren zestig begonnen verscheidene ondernemingen, waaronder SLG, met de verkoop van industrieel vervaardigd consumptie-ijs. Tot dan toe werd op de markt vrijwel uitsluitend ambachtelijk ijs aangeboden. Om de markt te ontsluiten werden door SLG en de overige hierin werkzame ondernemingen omvangrijke investeringen gedaan, met name in koelkisten voor de detailhandel.

(22) Het in november 1989 begonnen eenmakingsproces van de beide Duitslanden bracht voor de fabrikanten

[1] Het „Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e. V." — afdeling ijsprodukten — geeft van de produktgroep „multipacks" de volgende omschrijving: „De inhoud bestaat uit individueel verpakte porties, die samengevoegd zijn tot een gezinspak" (toelichting bij de produktgroepindeling, situatie op 21 mei 1990).

[2] Volgens de in voetnoot [1] genoemde toelichting leveren de thuisbezorgdiensten ijs in kleine verpakkingen niet als afzonderlijke artikelen, maar in kartonnen dozen met een aantal porties. Deze dozen kunnen als „multipacks" worden beschouwd.

[3] Tot voor grootverbruikers bestemd ijs worden ook de door de fabrikant in porties verdeelde ijsprodukten gerekend die voor de horeca bestemd zijn (taartjes, petit-fours, voorgesneden ijstaarten, enz.).

van consumptie-ijs nieuwe afzetmogelijkheden in de voormalige DDR met zich. Deze werden met name ook door SLG opgemerkt. De verwachting dat de omzet van consumptie-ijs in Duitsland op middellange termijn zal stijgen, is hiervan onafhankelijk. SLG verwacht dat het totale aantal aangesloten verkooppunten op middellange termijn met 10 tot 15 % zou kunnen worden uitgebreid.

(23) Statistische gegevens over de afzet van ambachtelijk bereid consumptie-ijs zijn niet bekend. Er bestaan echter schattingen van het overkoepelend orgaan van de Duitse zoetwarenindustrie („Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e. V.") — afdeling ijsprodukten. Volgens deze schattingen is de afzet tussen 1970 en 1990 van 85 miljoen liter tot 133 miljoen liter gestegen.

(24) Over de afzet van industrieel vervaardigd consumptie-ijs zijn door de afdeling ijsprodukten onder de leden gehouden enquêtes beschikbaar [1], die zijn ingedeeld naar hoeveelheid (liter/stuks) en waarde. De gegevens betreffende de waarde zijn gebaseerd op de door de fabrikanten aanbevolen eindverbruikersprijzen, BTW inbegrepen. Onderstaand zijn de resultaten met betrekking tot de hoeveelheid weergegeven [2]:

(in miljoen liter)

	1988	1989	1990	1991
IJs in kleine verpakkingen	89,8	98,5	131,8	155,0
„Multipacks"	17,9	20,8	26,0	34,6
Gezinsverpakkingen	183,4	194,1	212,0	244,6
Grootverbruikers	65,3	68,3	69,6	72,1
	356	382	439	506

b) *SLG*

(25)

(in miljoen liter)

	1988	1989	1990	1991
IJs in kleine verpakkingen	[...]	[...]	[...]	[...]
„Multipacks"	[...]	[...]	[...]	[...]
Gezinsverpakkingen	[...]	[...]	[...]	[...]
Grootverbruikers	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]

(26) SLG brengt haar consumptie-ijs op de markt onder de merknamen „Schöller", „Mövenpick" en „Motta". Een deel van de produktie wordt door SLG voorzien van een warenmerk afgezet:

(in miljoen liter)

	1988	1989	1990	1991
IJs in kleine verpakkingen	[...]	[...]	[...]	[...]
„Multipacks"	[...]	[...]	[...]	[...]
Gezinsverpakkingen	[...]	[...]	[...]	[...]
Grootverbruikers	[...]	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]	[...]

(27) SLG is in het gehele land met alle produktgroepen in alle afzetkanalen vertegenwoordigd. Een indeling van de afzet van ijsprodukten in kleine verpakkingen naar afzetkanaal geeft voor 1991 het volgende beeld te zien (in miljoen liter):

— Thuisbezorgdiensten [...]

— „Traditionele handel" [...]

— Levensmiddelenhandel [...]

[...]

63 % van de klanten koopt jaarlijks voor ten hoogste 5 000 DM bruto bij SLG. Deze groep klanten zorgt voor minder dan 10 % van de bruto-omzet van SLG. Daarentegen vertegenwoordigt 1 % van de klanten bijna 60 % van de omzet.

c) *Overige marktpartijen*

(28) Op de ledenlijst van de afdeling ijsprodukten, de belangenorganisatie van de Duitse fabrikanten van

[1] Onderstaande gegevens betreffende de totale markt zijn enigszins te laag, omdat een gering aantal aanbieders van consumptie-ijs, waaronder Mars, niet aan de enquêtes meedoet.

[2] Voor SLG, die overwegend merkartikelen vervaardigt, betekent dit beoordelingscriterium een zekere onderschatting van de marktpositie.

consumptie-ijs, zijn 14 ondernemingen vermeld. Andere ondernemingen van betekenis die in Duitsland industrieel ijs op de markt brengen, zijn niet bekend.

(29) Naast SLG heeft slechts L—I een duidelijk vooraanstaande marktpositie. Zelfs de grootste van de overige ondernemingen hebben zowel in de totale omzet als in de andere produktgroepen, zoals „multipacks", een aandeel van nog geen 10 %. Deze ondernemingen leveren bovendien grotendeels eigen merken ijs voor de handel en de thuisbezorgdiensten. Oetker, L—I en sinds korte tijd ook Mars zijn de grootste aanbieders van „multipacks".

d) *De afzetkanalen*

— De levensmiddelenhandel

(30) Bijna de helft van al het consumptie-ijs dat in Duitsland over de levensmiddelenhandel wordt afgezet, is afkomstig van L—I (ongeveer 20 % van SLG, ongeveer 9 % van Oetker, ongeveer 11 % van warenmerken en ongeveer 10 % van overige aanbieders).

(31) Zoals reeds opgemerkt (zie punt 18), wordt ongeveer 35 % van de totale afzet van ijs in kleine verpakkingen met inschakeling van de levensmiddelenhandel behaald (1991: ongeveer 54 miljoen liter), en wel op ongeveer 92 000 verkooppunten. SLG heeft derhalve een aandeel van ongeveer [. . .] % in de totale afzet over dit kanaal. Ten aanzien van deze produktgroep is de positie van L—I met een marktaandeel van ongeveer [. . .] % bijzonder sterk.

— De „traditionele handel"

(32) De „traditionele handel" kan worden onderverdeeld in speciaalzaken en horeca. De speciaalzaken omvatten verschillende soorten verkooppunten: tankstations, kiosken, bakkerijen, theaters, bioscopen, sportgelegenheden, enz. Binnen de horeca kan een onderscheid worden gemaakt tussen de traditionele horeca en „catering" (cantines, ziekenhuizen, tehuizen, enz).

(33) Via de „traditionele handel" worden voornamelijk ijs voor grootverbruikers, ijs in kleine verpakkingen en, in mindere mate, „multipacks" afgezet. Gezinsverpakkingen worden hier nauwelijks aangeboden. IJs in kleine verpakkingen wordt over de speciaalzaken en de horeca, ijs voor grootverbruikers uitsluitend over de horeca verkocht. De in deze sector verkochte hoeveelheid ijs in kleine verpakkingen bedroeg in 1990 ongeveer 72 miljoen liter en in 1991 ongeveer 85 miljoen liter (ongeveer 55 % van de totale afzet van ijs in kleine verpakkingen).

(34) Op grond van de informatie waarover zij beschikt, gaat de Commissie ervan uit dat ongeveer 225 000 van het totale aantal verkooppunten ijs in kleine verpakkingen verkopen.

(35) SLG beschikte in 1991 in de „traditionele handel" in totaal over ongeveer [> 50 000] afnemers van ijs in kleine verpakkingen. Het afzetvolume van SLG in deze sector bedroeg [. . .] miljoen liter, waarvan [. . .] miljoen liter op contractbasis via de groothandel werd verkocht. Het aandeel van de ijsprodukten in kleine verpakkingen van SLG bedroeg in 1991 derhalve ongeveer [> 25] % ([. . .] miljoen liter op een totaal van 85 miljoen liter). Het merendeel van de verkooppunten in de „traditionele handel", waaraan SLG levert, is voor de verkoop van consumptie-ijs door deze onderneming zelf aangeworven.

(36) Zoals uit het voorgaande blijkt, is de positie van SLG ten opzichte van L—I in de „traditionele handel" sterker dan in de levensmiddelenhandel. Voor het overige zijn op de schaal van het gehele land nog de firma's Warncke en Milchhof/Eismann en regionaal een groter aantal ondernemingen werkzaam. Zelfs Warncke en Milchhof/Eismann hebben in deze sector slechts aandelen van aanzienlijk minder dan 10 %.

5. De verkooporganisatie voor consumptie-ijs van SLG

(37) De afzet aan de levensmiddelenhandel loopt over de centrale depots van de levensmiddelengroothandel en over zogeheten „brokers". De werkwijze van de „brokers" bestaat in het leveren van het gehele marktassortiment aan hun afnemers. Dit assortiment wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van verschillende merken. Er bestaan geen exclusieve banden met „brokers".

(38) De functie van „broker" is ontstaan uit de behoefte van de markt om het gehele assortiment van één marktpartij af te kunnen nemen. De concentratie van de levering bij één „broker" en op één tijdstip is goedkoper dan de bevoorrading door een aantal leveranciers.

(39) In de „traditionele handel" zijn voor SLG groothandelaren op contractbasis, tussenpersonen en gespecialiseerde groothandelaren werkzaam. De groothandelaren op contractbasis mogen zich rechtstreeks noch middellijk met de afzet van de voor de horeca en de „traditionele handel" bestemde consumptie-ijsprodukten van andere fabrikanten bemoeien. Voor het overige loopt de levering aan de verkooppunten in de „traditionele handel" rechtstreeks over de verkooporganisatie van SLG.

6. De „leveringsovereenkomsten"

a) *Voor de onderhavige procedure relevante inhoud*

(40) In de standaardovereenkomst is de plicht van SLG opgenomen om de afnemers van „consumptie-ijsprodukten" te voorzien. De afnemer is op zijn beurt

verplicht „op zijn verkooppunt ... uitsluitend rechtstreeks van Schöller afgenomen consumptie-ijs of daarmee vergelijkbare produkten te verkopen". SLG geeft de afnemer een of meer diepvrieskisten in bruikleen. Hierin mogen uitsluitend door SLG vervaardigde of verkochte produkten opgeslagen worden.

(41) De afnemer ontvangt de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst geldende prijslijst. De samenstelling hiervan verandert echter jaarlijks. Zo kwamen op de met ingang van 1 februari 1991 geldende prijslijst negen nieuwe „impulsijs"- en „premie-impulsijs"-artikelen voor.

(42) In de standaardovereenkomst is bepaald dat de overeenkomst voor een „vaste looptijd" wordt aangegaan. Deze looptijd wordt echter telkens met één jaar verlengd indien de overeenkomst niet met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden vóór het verstrijken van de duur van de overeenkomst schriftelijk wordt opgezegd. De overeenkomst kan ten vroegste met inachtneming van dezelfde opzegtermijn twee jaar na de inwerkingtreding ervan worden opgezegd, indien als einde van de looptijd een later tijdstip overeengekomen is.

(43) SLG behoudt zich „om rentabiliteitsredenen" het recht voor de overeenkomst met een opzegtermijn van één maand op te zeggen, indien de omzet van de afnemer gedurende de laatste twaalf maanden onder 950 DM blijft. Tot deze categorie behoort ongeveer 14 % van alle afnemers. In de praktijk ontbindt SLG de overeenkomst met de afnemer in het algemeen eerst indien deze jaarlijks voor minder dan 150 DM inkoopt.

b) *Betrokken afzetkanalen en produktgroepen*

(44) SLG gebruikt de standaardovereenkomst op detailhandelsniveau in de sector „traditionele handel" voor alle over dit afzetkanaal verkochte produktgroepen (zie punt 33). Overeenkomsten van deze strekking worden door SLG uitsluitend op basis van deze standaardovereenkomst gesloten.

(45) In 1991 was in deze sector met [...] van de [...] afnemers van ijsprodukten van SLG in kleine verpakkingen een „leveringsovereenkomst" aangegaan. Deze afnemers kochten van SLG [...] miljoen liter ijs in kleine verpakkingen.

c) *Duur*

(46) De door SLG per geval overeengekomen looptijd is het resultaat van een aan de buitendienst als dienstvoorschrift verstrekte formule: looptijd = jaar van afsluiting + maximaal twee jaar. Op 10 januari 1992 deelde SLG de Commissie mede dat van 78 % van de lopende overeenkomsten de resterende looptijd minder dan een jaar bedroeg, respectievelijk reeds verstreken was. In een te verwaarlozen aantal gevallen sluit SLG een variant van de „leveringsovereenkomsten" die een looptijd van vijf jaar heeft, doch zonder verlenging.

d) *De gebruikelijkheid in de branche van „leveringsovereenkomsten"*

(47) De in de „traditionele handel" opererende fabrikanten en groothandelaren maken gebruik van in de branche gebruikelijke exclusiviteitsovereenkomsten, die grotendeels identiek zijn aan de „leveringsovereenkomsten" van SLG. Van L—I is bekend dat [...] % van haar afnemers in deze sector gehouden zijn uitsluitend rechtstreeks van L—I afgenomen consumptie-ijs te verkopen.

e) *Financieringsovereenkomsten*

(48) In samenhang met de „leveringsovereenkomsten" sluit SLG met bepaalde afnemers aanvullende overeenkomsten. Hierbij kent SLG de betreffende afnemer een lening, respectievelijk vooruitbetaling, van kortingen toe. Dit geschiedt onder de voorwaarde dat de „leveringsovereenkomst" tot een bepaald tijdstip geldig is. Bij voortijdige beëindiging van de handelsbetrekking is de afnemer verplicht een evenredig gedeelte van het bedrag terug te betalen. Op 31 december 1991 was SLG partij bij [...] overeenkomsten van dien aard.

f) *Groothandelsovereenkomsten*

(49) De voor SLG in de „traditionele handel" opererende groothandelaren (zie punt 39) sluiten ten gunste van het assortiment van SLG exclusiviteitsovereenkomsten, waarvan de inhoud gebaseerd is op de „leveringsovereenkomsten". SLG ontvangt slechts informatie van groothandelaren over het aantal afnemers waarmee zij een overeenkomst tot levering van ijs hebben gesloten en over hun omzet in individuele gevallen, waarin groothandelaren op contractbasis hun activiteiten beëindigen en hun klantenkring aan SLG wensen over te dragen. Uit deze gegevens maakt SLG op, dat de groothandelaren op contractbasis gemiddeld ongeveer de helft van hun afnemers aan zich binden en een kwart van hun omzet op basis van exclusiviteitsovereenkomsten behalen.

7. Centrale afspraken

(50) Binnen de „traditionele handel" bestaan voor tankstations centrale afspraken.

(51) [...]

(52) [...]

(53) [...]

(54) [...]

8. Het plaatsen van vrieskisten in de detailhandel

(55) De grootschalige distributie van consumptie-ijs, voorwaarde voor de industriële vervaardiging van dit produkt, vergt ononderbroken koeling tot aan de consumptie. Ten aanzien van de „traditionele handel" is SLG van mening dat door het overnemen van de met vrieskisten verbonden investeringsrisico's door de fabrikant van consumptie-ijs een groot aantal verkooppunten bereikt worden die zonder deze risico-overname in het geheel geen ijs zouden verkopen. De levensmiddelenhandel beschikt daarentegen over de noodzakelijke financiële en technische middelen om toereikende koelfaciliteiten voor diepvriesprodukten te bieden [1].

(56) De leenvoorwaarden maken deel uit van de „leveringsovereenkomsten" of worden door wederverkopers die geen „leveringsovereenkomsten" hebben gesloten, bij de ontvangst van de installaties aanvaard. Deze uitstaloppervlakte wordt uitsluitend voor produkten van SLG ter beschikking gesteld. SLG accepteert met name in de levensmiddelenhandel geen afwijkingen van de doelbinding van deze installaties, die het voorwerp van jaarlijkse besprekingen vormen.

(57) Op 31 december 1991 had SLG [...] vrieskisten geplaatst, waarvan [...] in de „traditionele handel", [...] in de levensmiddelenhandel, [...] in de groothandel en [...] bij „brokers". De grote ondernemingen in de levensmiddelenhandel zijn ertoe overgegaan nog slechts voor ijs in kleine verpakkingen overeenkomsten betreffende vrieskisten te sluiten.

(58) De grootte van de ter beschikking gestelde vrieskisten is afgestemd op de door SLG verwachte afzet van de verkooppunten en de leveringsfrequentie. De vrieskisten worden in het algemeen wekelijks en voor een deel zelfs dagelijks of meermaals per dag bijgevuld.

9. Standpunt van SLG

(59) SLG heeft aangevoerd dat de „leveringsovereenkomsten" voor de distributie objectief noodzakelijk zijn. Hierdoor is SLG in staat om de voortdurende levering aan een groot aantal verkooppunten nauwkeurig te plannen en de distributiekosten zo laag mogelijk te houden. Indien elk verkooppunt naar eigen goeddunken af en toe voor een kleiner of groter gedeelte produkten van derden mocht afnemen, zou deze leveringsfrequentie in ernstige mate verstoord worden. De doelmatigheid van het vervoerssysteem zou niet kunnen worden gewaarborgd en de rentabiliteit ervan zou noch voorspeld noch gehandhaafd kunnen worden. Bij het wegvallen van de exclusiviteit zouden, naar SLG vreest, de betrekkingen met de verkooppunten, waaraan levering gezien de omzet van SLG-produkten in economisch opzicht niet langer zinvol is, moeten worden verbroken. Het aanbod van consumptie-ijs aan de eindverbruiker zou ten opzichte van de huidige situatie duidelijk verslechteren.

10. Consumptie-ijs in de Gemeenschap

(60)

	Verenigd Koninkrijk	Duitsland	Italië	Frankrijk	Spanje	België/ Luxemburg	Overige [1]
Produktie van industrieel consumptie-ijs in 1989 (in miljoen liter)	473,5	381,8	317,3	270,6	160,6	160,0	194,5
Aantal fabrikanten	14	13	11	25	14	9	29
Consumptie per hoofd in 1990 (in liter)	7,4	7,3 [2]	12,6	6,2	5,0	8,0	[3]

[1] Over Portugal zijn geen gegevens beschikbaar.
[2] In de oude deelstaten ongeveer 8,0 liter.
[3] Tussen 10,3 (Denemarken) en 3,4 (Portugal).

(61) Over ambachtelijk bereid ijs zijn geen betrouwbare gegevens beschikbaar. Duitsland en Italië lijken op dit gebied de lijst echter aan te voeren.

(62) Slechts de concerns Mars en Unilever opereren in de gehele Gemeenschap, waarbij tot het Unilever-concern behorende ondernemingen in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Italië, Spanje, Nederland, België/Luxemburg, Denemarken, Ierland en Portugal de grootste aanbieders zijn. In Frankrijk neemt Unilever een gedeelde tweede plaats in met een onderneming van Nestlé, achter het leidende Miko/

[1] De contractuele binding van wederverkopers betreffende het verbruik van vriesinstallaties voor opslag en verkoop is door SLG op 8 juli 1992 bij de Commissie aangemeld.

Ortiz-concern. De concerns Miko/Ortiz, Artic/Beatrice, Nestlé en SLG bieden in verscheidene Lid-Staten consumptie-ijs aan.

(63) Met de „leveringsovereenkomsten" van SLG vergelijkbare overeenkomsten zijn buiten Duitsland ook in Frankrijk, Italië en Denemarken in de branche gebruikelijk. Doelgebonden vrieskisten van fabrikanten voor de detailhandel zijn in de gehele Gemeenschap in de branche gebruikelijk.

(64) In de Gemeenschap zijn de vervaardigingsvoorschriften van consumptie-ijs niet geharmoniseerd. De bestaande verschillen, met name met betrekking tot de toelaatbare vetsoorten (melk-/plantaardig vet) kunnen verschillen in de produkten en in de kostprijs tot gevolg hebben.

(65) De in de afzonderlijke Lid-Staten aangeboden assortimenten van SLG verschillen onderling ten aanzien van de samenstelling en de gevoerde merken. De gemiddelde detailhandelsprijzen van bepaalde artikelen van Mars en Unilever die in een aantal Lid-Staten worden aangeboden, zijn sterk uiteenlopend.

(66) Volgens de gegevens van de Commissie komt een groot deel van de handel in consumptie-ijs tussen de Lid-Staten voor rekening van ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. ARTIKEL 85, LID 1

1. Beperking van de mededinging

(67) In de „leveringsovereenkomsten" wordt bepaald dat SLG de enige leverancier is van de wederverkopers. Deze bepaling is enerzijds gericht op de afname van de contractprodukten (exclusieve afnameverplichting) en verbiedt anderzijds de afname van concurrerende produkten (mededingingsverbod).

a) *Exclusieve afnameverplichting*

(68) De wederverkoper verbindt zich ertoe de contractprodukten uitsluitend bij SLG te kopen. Als gevolg van dit contractueel verbod kunnen de wederverkopers niet ingaan op aanbiedingen van contractprodukten die van andere leveranciers stammen. Tussen SLG en andere leveranciers van contractprodukten wordt de mededinging met betrekking tot de wederverkopers uitgesloten (beperking van de concurrentie binnen één merk („intra-brand")).

(69) Onrechtstreeks hebben exclusieve afnameverplichtingen echter ook invloed op de mededinging tussen leveranciers van produkten uit de totale relevante markt (concurrentie tussen de verschillende merken („inter-brand")). Zij bemoeilijken of verhinderen de opbouw van onafhankelijke afzetstructuren, die voor de intrede van nieuwe concurrenten op de betrokken markt of de versteviging van een reeds bestaande marktpositie noodzakelijk zijn.

b) *Concurrentieverbod*

(70) Het contractueel gebod om uitsluitend contractprodukten te betrekken, houdt terzelfder tijd het verbod in om produkten te verkopen die met de contractprodukten concurreren (beperking van de concurrentie tussen de verschillende merken).

c) *Belang*

(71) Exclusieve afnameverplichting en concurrentieverbod vullen elkaar aan. De combinatie van de beide afspraken, zoals die zich in onderhavige zaak voordoet, versterkt nog de concurrentie beperkende gevolgen.

2. Mogelijke beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

(72) Zowel de exclusieve afnameverplichting als het concurrentieverbod heeft tot doel en ten gevolge dat de betrokken wederverkopers beperkt zijn tot het aanbod van SLG. Marktdeelnemers die contractprodukten en daarmee concurrerende produkten in de handel brengen, zijn, ongeacht de plaats waar zij zijn gevestigd en de oorsprong van de produkten, uitgesloten van de mededinging met betrekking tot de betrokken wederverkopers. De „leveringsovereenkomsten" leiden dus ook ertoe dat de Duitse markt wordt afgeschermd van produkten uit andere Lid-Staten, zoals bij voorbeeld de consumptie-ijsprodukten van Mars die in Frankrijk worden vervaardigd.

3. Merkbaarheid

(73) De „leveringsovereenkomsten" vallen echter slechts onder de toepassing van artikel 85, lid 1, indien zij de mededinging en de handel tussen Lid-Staten merkbaar beïnvloeden. Met het oog op de toetsing van de merkbaarheid moet eerst de relevante markt worden omschreven waarbinnen de „leveringsovereenkomsten" uitwerking hebben.

(74) De contractprodukten waarvoor de exclusieve afnameverplichting geldt, zijn de „consumptie-ijsprodukten" uit het desbetreffende SLG-assortiment. Aangezien SLG de „leveringsovereenkomsten" alleen met de „traditionele" detailhandelszaken sluit, worden in het bijzonder de produktgroepen ijs in kleine verpakkingen en voor grootverbruikers bestemd ijs getroffen.

(75) Voorwerp van het concurrentieverbod zijn „consumptie-ijs of consumptie-ijsachtige produkten". Het concurrentieverbod is echter slechts relevant voor zover de genoemde produkten met de contractprodukten concurreren.

(76) Derhalve moet worden vastgesteld welke produkten in welk geografisch gebied met het ijs in kleine verpakkingen en het voor grootverbruikers bestemde ijs uit het SLG-assortiment concurreren, en zodoende voorwerp van vraag en aanbod zijn.

a) *Produktmarkt*

(77) Tot de produktmarkt behoren in beginsel alle produkten die door de consument als gelijksoortig worden beschouwd op grond van de kenmerken, de prijsklasse of de gebruiksdoeleinden ervan. Vanuit het oogpunt van de consument kunnen aan de hand van deze criteria de volgende drie produktgroepen worden onderscheiden:

(78) Consumptie-ijs dat als onderdeel van dienstverleningen in de horeca wordt aangeboden, vormt wegens dit bijzondere kenmerk een eigen produktmarkt (1). Hiertoe behoort hoofdzakelijk (2) een gedeelte van het industriële ijs voor grootverbruikers en van het ambachtelijk bereide consumptie-ijs.

(79) Als gevolg van de voor het produkt specifieke samenhang tussen de koelmogelijkheid en het nuttigen, is de plaats van nuttiging voor consumptie-ijs van doorslaggevend belang met het oog op de vaststelling of er mededingingsrechtelijk gezien sprake is van gelijksoortigheid. Het door de consument gekochte consumptie-ijs moet of wel meteen op de plaats van aankoop worden genuttigd of wel zo snel mogelijk thuis in de eigen vriesruimte worden opgeslagen. Deze voorraad is echter uitsluitend beschikbaar voor de behoefte binnenshuis. Aangezien deze produktgroep niet beschikbaar is voor de behoefte buitenshuis, en in het bijzonder voor de behoefte die buitenshuis „impulsief" ontstaat en van korte duur is, vormen „multipacks" en ijs in gezinsverpakkingen een eigen produktmarkt. Ook het ijs in kleine verpakkingen, dat thuis wordt bezorgd om als gezinsvoorraad in particuliere vriesruimten te worden opgeslagen, behoort hiertoe. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat zelfs identieke produkten tot onderscheiden produktmarkten kunnen behoren wanneer zij aan een specifieke behoefte voldoen (3).

(80) Vanuit het oogpunt van de consument zijn derhalve het deel van het industriële ijs voor grootverbruikers en het ambachtelijk bereide consumptie-ijs dat niet in het kader van horeca-dienstverlening voor verbruik „uit het vuistje" in afzonderlijke porties wordt verdeeld, evenals het industriële ijs in kleine verpakkingen dat niet via thuisbezorging wordt verdeeld, gelijksoortig.

(81) Het standpunt van de consument is evenwel niet alleen beslissend. Op volgende gronden is in het onderhavige geval een differentiërende benadering vereist, wegens de uiteenlopende mededingingsverhoudingen in de verschillende afzetniveaus en in verband met de naast elkaar bestaande afzetkanalen waarlangs de betrokken produkten de consument bereiken.

(82) De „leveringsovereenkomsten" worden op het niveau van de detailhandel tussen SLG en wederverkopers gesloten en zijn gericht op de mededinging tussen producenten en/of groothandelaars in verband met de toegang tot de detailhandel. Derhalve hebben zij betrekking op het aanbod van en de vraag naar consumptie-ijs op dit afzetniveau, dat de levensmiddelenhandel en de „traditionele handel" omvat.

(83) De levensmiddelenhandel en de „traditionele handel" zijn afzetkanalen voor alle soorten industrieel consumptie-ijs. Ambachtelijk bereid consumptie-ijs wordt in deze detailhandelszaken echter noch aangeboden noch gevraagd. Op de markt, waar de aanbodzijde producenten van en groothandelaars in industrieel consumptie-ijs omvat en de vraagzijde uit detailhandelaars bestaat, is ambachtelijk bereid consumptie-ijs geen handelsobject. Bijgevolg moeten bij de navolgende bespreking van de vraag, of de „leveringsovereenkomsten" in aanmerking komen voor de toepassing van Verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie (4) krachtens artikel 14, onder b), van die verordening, enkel de mededingingsverhoudingen in aanmerking worden genomen tussen de afzetniveaus waarop de „leveringsovereenkomsten" van toepassing zijn. Ambachtelijk bereid consumptie-ijs dat met het oog op verbruik „uit het vuistje" in afzonderlijke porties wordt verdeeld, behoort dus niet tot de produktmarkt die in het onderhavige geval in aanmerking moet worden genomen.

(84) In verband met het industrieel bereide ijs in kleine verpakkingen en de individuele porties voor verbruik „uit het vuistje" van in porties verdeeld ijs voor grootverbruikers in „potten" (schepijs) vervult de detailhandel uiteenlopende distributiefuncties (5), die bepaald zijn door de onderscheiden produktkenmerken en die ertoe leiden dat de afzetkanalen van beide artikelgroepen elkaar slechts marginaal raken.

(1) Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 februari 1991 in zaak C-234/89 „Henninger", Jurisprudentie 1991, rechtsoverweging 17, blz. I-935.

(2) SLG voert aan dat ook produkten uit het assortiment van ijs in kleine verpakkingen in de horeca worden gebruikt. Aangezien het bij dit gebruik klaarblijkelijk om geringe hoeveelheden gaat, worden ten behoeve van SLG de desbetreffende hoeveelheden voor de produktmarkt niet buiten beschouwing gelaten.

(3) Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 6 maart 1973 in de gevoegde zaken 6/73 en 7/73 „Commercial Solvents", Jurisprudentie 1974, blz. 223: aminobutanol als grondstof voor de vervaardiging van tuberculosegeneesmiddelen en als emulgator voor de verfindustrie; arrest van 13 februari 1979 in zaak 85/76 „Vitamine", Jurisprudentie 1979, blz. 461: bio-nutritieve en technologische toepassing van de vitaminen C en E; arrest van 9 november 1983 in zaak 322/81 „Michelin", Jurisprudentie 1983, blz. 3461: nieuwe banden voor de eerste uitrusting van vrachtwagens en voor de vervangingsmarkt.

(4) PB nr. L 173 van 30. 6. 1983, blz. 5.

(5) Het Hof heeft uitdrukkelijk erkend dat bij de bepaling van de produktmarkt de structuur van de vraag in aanmerking moet worden genomen (arrest van 9 november 1983 in zaak 322/81 „Michelin", t. a. p., blz. 3504 e. v.).

(85) IJs in kleine verpakkingen wordt door de detailhandel afgenomen in de vorm waarin het aan de consument wordt doorgegeven. Het is in het bijzonder geschikt voor zelfbedieningszaken. Voor grootverbruikers bestemd ijs in „potten of bakken" behoeft echter een bijkomende bewerking, namelijk het verdelen in porties. De hierdoor gecreëerde meerwaarde wordt verrekend in de winstmarge die in het algemeen groter is dan die voor ijs in kleine verpakkingen. Deze verschillen zorgen ervoor dat ijs in kleine verpakkingen en voor grootverbruikers bestemd ijs in „potten of bakken" alleen in de horeca in enige omvang van betekenis samen worden aangeboden, en daar gedeeltelijk nog voor uiteenlopend verbruik (ijs voor grootverbruikers in „potten of bakken" in het kader van horeca-dienstverlening, ijs in kleine verpakkingen in het kader van verkoop op straat voor verbruik „uit het vuistje"). De levensmiddelenhandel en de „traditionele speciaalzaken" die (te zamen met de thuisbezorging) veruit het grootste deel van het industrieel bereide ijs in kleine verpakkingen afzetten, zijn in het algemeen niet op de verkoop van ijs voor grootverbruikers ingesteld.

(86) IJs in kleine verpakkingen en ijs voor grootverbruikers in „potten of bakken" zijn ook vanuit produkttechnisch oogpunt verschillende produkten. IJs in kleine verpakkingen is een eindprodukt dat in de regel hoge eisen stelt op het gebied van technologie en „know-how", wegens de verbinding van de ijsmassa met andere bestanddelen. IJs in „potten of bakken" is een voorprodukt dat zijn bijzondere kenmerken eerst verwerft door de dienst van het in afzonderlijke porties verdelen.

(87) De betrokken produktgroepen behoren bijgevolg tot verschillende produktmarkten. De voor de onderhavige procedure relevante produktmarkt omvat daarom het industrieel bereide ijs in kleine verpakkingen in alle afzetkanalen met uitzondering van de thuisbezorging [1].

(88) De onderhavige beoordeling van de „leveringsovereenkomsten" vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt zou echter niet verschillend zijn indien de afbakening van de produktmarkt uitsluitend vanuit het standpunt van de consument zou geschieden (zie punt 80). De producenten van ambachtelijk bereid consumptie-ijs komen niet in aanmerking als koper van industrieel bereid ijs in kleine verpakkingen. De „leveringsovereenkomsten" hebben geen uitwerking in verband met dit afzetkanaal. Deze overeenkomsten betreffen daarentegen in het bijzonder ijs voor grootverbruikers, dat alleen over de „traditionele handel" wordt afgezet. De voor de mededinging relevante effecten van de „leveringsovereenkomsten" op deze laatste produktgroep zijn daarom in deze sector vergelijkbaar met die op het industrieel bereide ijs in kleine verpakkingen.

(89) SLG is het met deze afbakening van de produktenmarkt niet eens. Volgens haar dient deze afbakening uitsluitend vanuit het standpunt van de consument te geschieden. Een dergelijke afbakening zou ertoe leiden dat alle soorten consumptie-ijs tot de produktenmarkt moeten worden gerekend, aangezien het consumeren van een portie consumptie-ijs in elk geval een en dezelfde behoefte bevredigt naar een „zoete, koele verfrissing" tegen vergelijkbare prijzen.

(90) Deze wijze van marktafbakening houdt onvoldoende rekening met het feit dat de beschikbaarheid van consumptie-ijs plaatsgebonden is en dat de behoefte plots optreedt, doch niet blijft duren. Consumptie-ijs dat door de consument thuis in zijn vrieskist wordt opgeslagen, is zelfs niet met een identiek artikel buitenshuis substitueerbaar, aangezien het buitenshuis niet beschikbaar is.

(91) Daarenboven steunt SLG haar zienswijze op de omstandigheid dat ijs in kleine verpakkingen in alle afzetkanalen vertegenwoordigd is en in het algemeen te zamen met andere produktgroepen.

(92) Deze omstandigheid wordt niet aangevochten. Het staat evenwel vast, dat ijs in kleine verpakkingen in de onderscheiden afzetkanalen steeds met andere produktgroepen wordt aangeboden: in de horeca te zamen met ijs voor grootverbruikers, in de levensmiddelenhandel en bij de thuisbezorgingsdiensten te zamen met consumptie-ijs in gezinsverpakkingen en in „multipacks", net zoals in de „traditionele speciaalzaken" waar de overige produktgroepen echter in kleinere omvang voorkomen. Voor het overige is bij verbruiksgoederen het aanbod van produkten die tot verschillende produktenmarkten behoren, eer regel dan uitzondering.

(93) Ten slotte kant SLG zich ertegen dat de „multipacks" uit de produktenmarkt worden geweerd. Zij wijst erop dat deze produktgroep ook in de „traditionele handel" wordt afgezet en derhalve beschikbaar is voor de vraag buitenshuis.

(94) Het staat echter vast dat het overgrote deel van de „multipacks" via de levensmiddelenhandel en de thuisbezorgingsdiensten in de vrieskisten van de consumenten terechtkomt. Voor alle produktgroepen samen bestaan in de randzones bepaalde overlappingen die in de onderhavige samenhang deels ten gunste [2], deels ten nadele van de betrokken ondernemingen werken. Bijgevolg zijn deze vaststellingen voor de juridische beoordeling irrelevant.

b) *Geografische markt*

(95) Ofschoon er bij de produktie van industrieel consumptie-ijs een duidelijke trend tot internationalisering merkbaar is, is de afzet zonder uitzondering nationaal georganiseerd. De nationale kenmerken

[1] Voorshands ziet de Commissie geen reden voor een ambtshalve onderzoek van de effecten van de „leveringsovereenkomsten" op de markt voor industrieel consumptie-ijs voor grootverbruikers.

[2] Zie voetnoot [2] op bladzijde 9.

worden weerspiegeld in de verschillende marktstructuren, assortimenten en prijzen. De respectieve preferenties van de consumenten zijn gebonden aan de verschillende markten. De „leveringsovereenkomsten" en vergelijkbare overeenkomsten inzake vaste afname worden op nationaal vlak gesloten. De reglementeringen in verband met de bereiding van consumptie-ijs zijn niet geharmoniseerd. In het onderhavige geval dient derhalve bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels enkel de Duitse markt in aanmerking te worden genomen [1].

c) *Plaats van SLG op de relevante markt*

(96) In 1991 bedroeg het volume van de relevante markt rond 140 miljoen liter (totale afzet van ijs in kleine verpakkingen, waarvan 10 % via thuisbezorging). In de relevante markt verkocht SLG [. . .] miljoen liter ([. . .] miljoen liter in totaal, waarvan [. . .] miljoen liter via thuisbezorging). Haar marktaandeel bedroeg in 1991 dus ongeveer [> 20] %.

(97) Van de ondernemingen die op de relevante markt bedrijvig zijn, behoren alleen L—I en Mars tot concerns met een grotere economische betekenis dan SLG. Er moet echter rekening mee worden gehouden dat SLG eind 1990 met een onderneming van het Philip-Morris-concern (Jacobs Suchard), één van de topconcerns op wereldvlak op het gebied van voedings- en snoepwaren, een samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten die op de relevante markt betrekking heeft. Alle overige ondernemingen die in deze markt bedrijvig zijn, zijn economisch van duidelijk geringere betekenis.

(98) In de levensmiddelenhandel en in de „traditionele handel" neemt SLG samen met L—I een vooraanstaande plaats in. In de eerste plaats niet enkel in de relevante produktenmarkt, doch ook voor andere consumptie-ijsprodukten. SLG is ook bedrijvig op de nevenmarkten van de diepvrieswaren en de bakkerijprodukten.

(99) De SLG-produkten op de relevante markt zijn overwegend merkartikelen die een grote faam genieten. Daardoor wordt de positie van SLG versterkt, met name voor de handel, en vormt deze een tegengewicht voor eventuele machtsposities langs de vraagzijde.

(100) De marktpositie van SLG is op alle afzetniveaus op tal van manieren door overeenkomsten afgeschermd: in de „traditionele handel" door overeenkomsten met groothandelaars (zie punt 39) alsmede door centrale afspraken (zie punt 50) en in de totale relevante markt door de doelbinding van de SLG-vrieskisten die vrijwel de hele markt bestrijken (zie punt 55).

d) *De kwantitatieve betekenis van de door SLG voor de relevante markt gesloten exclusiviteitsovereenkomsten*

(101) Op de relevante markt verkocht SLG in 1991 [. . .] miljoen liter via „leveringsovereenkomsten" (zie punt 45) en [. . .] miljoen liter via exclusief gebonden groothandelaars (punten 35 en 39). Dit vertegenwoordigt ongeveer [> 10] % van het totale, op de relevante markt verkochte volume.

(102) Van de rond 225 000 verkooppunten in de „traditionele handel" en de 92 000 verkooppunten in de levensmiddelenbranche, die tot de relevante markt behoren, heeft SLG [. . .] verkooppunten (zie punt 45) door „leveringsovereenkomsten" aan haar produkten gebonden (eveneens ongeveer [> 10] %).

e) *Beoordeling van de effecten van de „leveringsovereenkomsten"*

(103) Uitgangspunt van de beoordeling is het net van gelijksoortige overeenkomsten van de onderneming waarvan de overeenkomsten vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt worden onderzocht. In zoverre dit net op zich geen merkbare effecten heeft, moet bij de beoordeling ook rekening worden gehouden met de effecten van gelijksoortige netten van overeenkomsten van andere, in de relevante markt bedrijvige ondernemingen.

(104) In haar bekendmaking betreffende overeenkomsten van geringe betekenis [2] heeft de Commissie kwantitatieve criteria vastgesteld om het begrip „merkbaar" te concretiseren. Dienovereenkomstig vallen overeenkomsten, op grond van het ontbreken van merkbaarheid, niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, indien de contractprodukten in de relevante markt een aandeel van niet meer dan 5 % bezitten, of indien de totale omzet van de betrokken ondernemingen niet meer dan 200 miljoen ecu bedraagt.

(105) Met betrekking tot deze criteria moet worden vastgesteld dat de „leveringsovereenkomsten" rond [> 10] % van de verkooppunten en van het afzetvolume in de relevante markt bestrijken. Ook de omzet van SLG overschrijdt ruimschoots de drempel die in verband met overeenkomsten van geringe betekenis wordt genoemd. Reeds op grond van die vaststellingen kan worden besloten dat de „leveringsovereenkomsten" de binnenlandse concurrenten en de concurrenten uit andere Lid-Staten merkbaar in hun mogelijkheden beperken om hun intrede te doen op de relevante markt of om hun marktaandeel te vergroten. In het onderhavige geval is bijgevolg geen onderzoek nodig naar het effect van de netten van gelijksoortige overeenkomsten die andere ondernemingen in de relevante markt hebben gesloten.

[1] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak „Henninger", t. a. p., rechtsoverweging 18.

[2] PB nr. C 231 van 19. 9. 1986, blz. 2.

(106) In dit verband verwijst SLG naar de beginselen die het Hof van Justitie in zijn arrest van 12 december 1967 in zaak 23/67 „Haecht-I" [1] heeft vastgesteld en in zijn arrest van 28 februari 1991 in zaak C-234/89 „Henninger" [2] heeft gepreciseerd. Deze rechtspraak betreft echter niet het onderhavige kader. Slechts in het geval dat het net van gelijksoortige overeenkomsten van de onderneming, waarvan de overeenkomsten vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt worden onderzocht, niet aan de voorwaarde van merkbaarheid voldoet, moet krachtens de aangehaalde rechtspraak het cumulatief effect van naast elkaar bestaande netten worden onderzocht. In een dergelijk geval gelden enerzijds lagere drempels (op grond van het arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991 in zaak C-234/89 „Henninger" [3] heeft de Commissie deze lagere drempels voor bierleveringsovereenkomsten vastgesteld [4]), doch anderzijds hogere eisen voor de merkbaarheid. Het cumulatief effect van naast elkaar bestaande netten van overeenkomsten wordt echter op grond van de aangevoerde rechtspraak slechts dan voor de beoordeling mee in aanmerking genomen, wanneer het gaat om de beoordeling van de verhoudingen op de totale relevante markt.

(107) Mitsdien wordt de mededinging binnen één merk op de relevante markt merkbaar beperkt door de „leveringsovereenkomsten", die tevens de handel tussen Lid-Staten merkbaar kunnen beïnvloeden. Deze beoordeling geldt voor alle bestaande „leveringsovereenkomsten" samen. Het is op grond van artikel 85, lid 1, niet mogelijk om afzonderlijke overeenkomsten of netten van overeenkomsten zodanig te splitsen dat een „niet-merkbaar" gedeelte aan de werking van het kartelverbod wordt onttrokken. Met name vloeit dit voort uit artikel 85, lid 2, waarvan de rechtsgevolgen — de nietigheid van de concurrentie beperkende overeenkomsten — omwille van de rechtszekerheid in het bijzonder bij netten van overeenkomsten aan een dergelijke opsplitsing in de weg staan.

B. ARTIKEL 85, LID 3

1. Groepsvrijstelling

(108) Artikel 85, lid 1, zou op grond van artikel 1 van Verordening (EEG) nr. 1984/83 niet op de „leveringsovereenkomsten" van toepassing kunnen zijn. Hiertoe zou met name vereist zijn dat de in de „leveringsovereenkomsten" genoemde produkten „bepaald" in de zin van dit artikel zijn en dat de overeenkomsten niet voor onbepaalde duur worden gesloten (artikel 3, onder d), van de verordening).

a) *Bepaaldheid van de contractprodukten*

(109) De contractprodukten waarop de exclusieve afnameverplichting betrekking heeft, zijn de „consumptie-ijsprodukten" van het SLG-assortiment van het ogenblik (zie punt 40).

(110) Warenassortimenten kunnen „produkten" in de zin van artikel 1 van de verordening zijn (punt 38 van de bekendmaking van de Commissie inzake de Verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 [5]). Dergelijke warenassortimenten voldoen aan het bepaaldheidsvereiste, wanneer zij „met opgave van het merk of de benaming" gespecificeerd zijn (punt 36 van de bekendmaking). Doel van het bepaaldheidsvereiste is een duidelijke mededingingsrechtelijke beoordeling mogelijk te maken en de wederverkopers ertegen te beschermen dat de leverancier eenzijdig de omvang van de contractprodukten uitbreidt.

(111) Het assortiment wordt geconcretiseerd door middel van de prijslijst die bij het sluiten van de „leveringsovereenkomst" wordt afgegeven. De artikelen uit het assortiment ijs in kleine verpakkingen van de merken „Schöller" en „Mövenpick" worden dus contractprodukten. De afnameverplichting geldt echter voor het assortiment „van het ogenblik", waarvan de samenstelling jaarlijks verandert. De jaarlijkse veranderingen in de samenstelling van de betrokken prijslijst hebben evenwel slechts op bepaalde artikelen uit het assortiment betrekking, zonder dat daardoor aan de duidelijkheid inzake het assortiment wordt afgedaan [6]. De „leveringsovereenkomsten" voldoen in zoverre aan de voorwaarden van artikel 1 van Verordening (EEG) nr. 1984/83.

b) *Looptijd van de overeenkomsten*

(112) De „leveringsovereenkomsten" hebben een vaste looptijd van ten hoogste twee jaar en worden daarna automatisch verlengd (zie punt 46). Zij zijn in de zin van artikel 3, onder d), van Verordening (EEG) nr. 1984/83 „voor onbepaalde duur" gesloten (zie punt 39 van de bekendmaking) omdat de beëindiging ervan van een onzekere, toekomstige gebeurtenis afhangt. Artikel 1 van de verordening is derhalve niet van toepassing.

(113) Dit kan niet worden weerlegd met het argument dat de „leveringsovereenkomsten" eerst voor een bepaalde periode worden gesloten en na afloop daarvan gedurende verdere perioden, bepaald door de opzeggingstermijn, van kracht blijven, zodat de totale looptijd bepaald is. Dit zou betekenen dat overeenkomsten in de zin van genoemde bepaling slechts

(1) Jurisprudentie 1967, blz. 543 e. v.
(2) T.a.p.
(3) T.a.p.
(4) PB nr. C 121 van 13. 5. 1992, blz. 2.
(5) PB nr. C 101 van 13. 4. 1984, blz. 2.
(6) Met betrekking tot het onderzoek van het bepaaldheidsvereiste bij een bierleveringscontract, zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 februari 1991 in zaak C-234/89 „Henninger", t.a.p., rechtsoverweging 36.

dan van „onbepaalde" duur zijn, wanneer noch het ogenblik waarop zij aflopen, is vastgelegd, noch in een mogelijkheid tot opzegging is voorzien. Beslissend is dat bij een mededingingsrechtelijke beoordeling van de overeenkomsten de looptijd niet vaststaat, omdat hij van het initiatief van een der partijen afhangt.

2. Individuele ontheffing

(114) De „leveringsovereenkomsten" zijn bij de Commissie aangemeld. Onderzocht moet nog worden of deze overeenkomsten aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoen.

a) *Verbetering van de verdeling der produkten*

(115) Volgens de vijfde overweging van Verordening (EEG) nr. 1984/83 hebben exclusieve afnameovereenkomsten in het algemeen een verbetering van de distributie tot gevolg. Daarmee wordt de leverancier in staat gesteld de afzet van zijn waren nauwkeuriger en voor een langere tijd van tevoren te organiseren en wordt de wederverkoper gedurende de looptijd van de overeenkomst van een geregelde aanvoer naar behoefte verzekerd. Daardoor krijgen de betrokken ondernemingen de mogelijkheid het risico van marktschommelingen te beperken en de distributiekosten te verlagen. Volgens de achtste overweging van de verordening is een concurrentieverbod over het algemeen noodzakelijk om de met de exclusieve afname nagestreefde verbetering van de distributie te bereiken, omdat de wederverkoper aldus ertoe wordt genoopt zijn verkoopinspanningen op de contractprodukten te concentreren.

(116) SLG voert aan dat de „leveringsovereenkomsten" voor haar zelf en voor haar contractpartners de hierboven beschreven voordelige uitwerkingen heeft (zie punt 59). Niets wijst erop dat dit, wat SLG betreft, in twijfel moet worden getrokken. Of dit in alle gevallen ook voor de individuele contractpartner die aan zijn vrijheid op commercieel gebied verzaakt, geldt, kan in het midden worden gelaten.

(117) Wil er sprake zijn van een „verbetering" in de zin van artikel 85, lid 3, dan is het echter niet voldoende dat de afspraken voor de betrokken ondernemingen voordelig zijn. Zij moeten veeleer merkbare, objectieve voordelen voor het publiek met zich brengen, die de ingevolge de afspraken op het vlak van de concurrentie optredende nadelen compenseren [1].

(118) Een denkbaar voordeel voor het publiek zou de versterking van de mededinging tussen de verschillende merken (inter-brand-concurrentie) zijn (zesde overweging van Verordening (EEG) nr. 1984/83). Inderdaad moet ervan worden uitgegaan dat de „leveringsovereenkomsten" een aanzienlijke versterking van de positie van SLG ten opzichte van haar actuele en potentiële concurrenten tot gevolg hebben. Bij een onderneming met een zo sterke marktpositie als SLG leidt een dergelijke versterking echter niet tot meer, maar tot minder concurrentie, omdat het netwerk van deze overeenkomsten een ernstige belemmering voor de toetreding tot de markt vormt (zie punt 127).

(119) De regelmatige bevoorrading van de consument binnen het gehele afzetgebied zou een ander element zijn dat bij de economische afweging ten gunste van de „distributieovereenkomsten" in aanmerking moet worden genomen. SLG wijst hier eveneens op. SLG vreest dat zij vanwege de kosten haar leveranties aan bepaalde verkooppunten met een geringe omzet zou moeten stopzetten, wanneer die omzet over verschillende leveranciers zou worden verdeeld.

(120) Deze vrees betreft slechts een klein aantal verkooppunten (zie punt 43). Bovendien vormen ook de aan het distributiesysteem verbonden kosten een factor in de concurrentie tussen leveranciers. Zou SLG vanwege de kosten beslissen om niet langer aan een verkooppunt te leveren, dan zou dit als een gevolg van het spel van vraag en aanbod moeten worden beschouwd en zou de concurrent die het in die strijd haalt, als beloning het aandeel van SLG in de omzet verwerven. Het is aannemelijk dat kleinere, lokale producenten van consumptie-ijs verkooppunten in hun onmiddellijke omgeving met minder kosten kunnen bevoorraden dan producenten welker distributiesysteem het gehele land bestrijkt. Maar zelfs in de weinig plausibele veronderstelling dat geen enkele concurrent bereid zou worden gevonden het aandeel van SLG in de bevoorrading over te nemen, zou de distributiefunctie kunnen overgaan op onafhankelijke tussenhandelaren die verschillende aanbiedingen combineren en in de volledige behoefte van het verkooppunt voorzien. Dat er thans geen zodanige, onafhankelijke tussenhandel bestaat, is ook een gevolg van de in de branche gebruikelijke exclusieve afnameverplichtingen, die op grond van de onderhavige procedure grotendeels worden verboden. Deze openstelling van de markt komt ook ten goede aan SLG, die, door in de toekomst (mede) aan de thans op basis van exclusiviteit aan L—I gebonden verkooppunten te leveren, hetgeen tot een fijnmaziger distributie zal leiden, de nadelen op het stuk van de kosten, waartoe de vermindering van de individuele omzet per verkooppunt leidt, zal kunnen compenseren.

(121) Andere belangrijke elementen die in dit verband bij de economische afweging ten gunste van de „leveringsovereenkomsten" in aanmerking zouden moeten worden genomen, zijn niet voorhanden. Deze overeenkomsten leiden bijgevolg niet tot een verbetering van de verdeling der produkten in de zin van artikel 85, lid 3.

[1] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 13 juli 1966 in de gevoegde zaken 56/64 en 58/64 „Grundig/Consten", Jurisprudentie 1966, blz. 449; vaste rechtspraak en administratieve praktijk van de Commissie.

b) *Billijk aandeel voor de gebruikers*

(122) Evenmin kan worden aangenomen dat een billijk aandeel in de voordelen die uit de concurrentie beperkende overeenkomsten voortvloeien, aan de consument ten goede komt. Van een dergelijk aandeel van de consument in de voordelen kan slechts sprake zijn, wanneer de partijen onder druk van werkzame mededinging gedwongen zijn de winst die de concurrentie beperkende overeenkomsten opleveren, door te geven. Omdat exclusiviteitsovereenkomsten de gewone praktijk in de branche zijn, waardoor de distributie telkens dezelfde kenmerken vertoont en doorzichtig is, is dit echter niet het geval.

(123) Bovendien beperken de exclusiviteitsovereenkomsten de keuzemogelijkheden van de consument. De consument vindt in de gebonden verkooppunten uitsluitend het assortiment consumptie-ijs van een bepaalde producent. Zelfs wanneer in de nabijheid van het gebonden verkooppunt een ander (gebonden) verkooppunt het assortiment van een andere producent aanbiedt, vormt dit geen evenwaardige andere mogelijkheid voor een gediversifieerd aanbod op een en dezelfde plaats. Om te beginnen is dit geval geenszins de regel. Bovendien is het lastig voor de consument om zich, wanneer hij artikelen uit verschillende assortimenten zou willen kopen, van de ene naar de andere zaak te moeten begeven. Hij zal zich om zijn impulsieve, kortstondige behoefte te bevredigen, niet die moeite getroosten.

c) *Uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten*

(124) In overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie moet ervan worden uitgegaan dat aan de in artikel 85, lid 3, neergelegde negatieve voorwaarde betreffende de „uitschakeling" van de mededinging is voldaan, wanneer er op de relevante markt geen werkzame concurrentie bestaat [1]. In dit verband moet worden onderzocht of de relevante markt voor externe concurrentie is afgeschermd (belemmeringen voor toetreding tot de markt) en welke concurrentievoorwaarden op die markt heersen.

— Belemmeringen voor toetreding tot de markt

(125) De relevante markt bestaat uit de „traditionele handel" en de levensmiddelenhandel. De eerste maakt ongeveer 61 %, de tweede ongeveer 39 % van de totale omvang van die markt uit. De concurrentievoorwaarden in deze twee sectoren verschillen aanzienlijk.

(126) In de levensmiddelenhandel maken de bijzonder sterke positie van L—I en SLG, die te zamen ruim twee derde van de omzet over dit kanaal voor hun rekening nemen, en de concentratie aan de vraagzijde het moeilijk voor concurrenten om hier vaste voet te krijgen of hun aandeel te vergroten. Dit geldt in het bijzonder voor producenten die geen rekening houden met de vraag van de handel naar ijs in kleine verpakkingen van het eigen (handels)merk. Uit het betoog van SLG blijkt bovendien dat de kosten die de distributie via de levensmiddelenhandel met zich brengt, slechts bij afzet van grote hoeveelheden te verantwoorden zijn. SLG wijst erop dat het nieuw opzetten van een dergelijk distributiesysteem zelfs voor ondernemingen die wat betekenis betreft met haar vergelijkbaar zijn, moeilijk haalbaar zou zijn (schriftelijke opmerkingen van 20 augustus 1992, blz. 34). Voorts vormt een sterke concentratie aan de aanbodzijde op zich een belemmering voor de toetreding tot de markt, omdat daardoor de waarschijnlijkheid en de doeltreffendheid van een reactie van de gevestigde ondernemingen tegen nieuwkomers ter verdediging van hun marktpositie worden verhoogd [2].

(127) In de sector van de „traditionele handel" zijn L—I en SLG te zamen goed voor ruim drie vierde van de omzet. De bestaande exclusiviteitsovereenkomsten belemmeren de toetreding tot deze sector in ernstige mate. Het belang van deze overeenkomsten als belemmering voor de toetreding tot de markt hangt af van het aantal op deze wijze aan de binnenlandse producenten gebonden verkooppunten in verhouding tot het aantal niet-gebonden verkooppunten, van de onder deze overeenkomsten vallende omzet in verhouding tot de met inschakeling van niet-gebonden verkooppunten behaalde omzet en van de duur van de overeenkomsten [3]. Het komt in dit verband op de cumulatieve werking van het geheel der exclusiviteitsovereenkomsten aan.

(128) Wat SLG betreft, is in de sector van de „traditionele handel" het overgrote deel ([...] %) van de verkooppunten gebonden (zie punt 45). Van L—I is bekend dat zij in deze sector met ongeveer [...] % van haar verkooppunten exclusieve leveringscontracten sluit. Gezien het hoge aandeel van de twee ondernemingen in de omzet en de algemene verbreiding van deze contractpraktijk binnen de branche, kan ervan worden uitgegaan dat de bindingsgraad hier in het algemeen in deze orde van grootte ligt.

(129) In de sector van de „traditionele handel" verschilt de bindingsgraad naar omzet niet noemenswaardig van die volgens het aantal verkooppunten. Van de [...] miljoen liter ijs in kleine verpakkingen, die SLG in 1991 in deze sector heeft verkocht (zie punt 35), viel [...] miljoen liter (zie punt 45) onder „leveringsovereenkomsten" ([...] %). Telt men de [...] miljoen liter die SLG via op basis van exclusiviteit

[1] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 21 februari 1973 in zaak 6/72 „Continental Can", Jurisprudentie 1973, blz. 215, rechtsoverweging 25.

[2] Beschikking 92/553/EEG „Nestlé/Perrier" van de Commissie (PB nr. L 356 van 5. 12. 1992, blz. 1, overweging 98).

[3] Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 februari 1991 in zaak C-234/89 „Henninger", t.a.p., rechtsoverweging 19.

gebonden groothandelaren aan de „traditionele handel" levert, hierbij op, dan geeft dit als resultaat een nog hogere bindingsgraad dan wanneer van het aantal verkooppunten wordt uitgegaan. Er zijn echter aanwijzingen dat voor de sector van de „traditionele handel" in zijn geheel de situatie anders is dan in het geval van SLG (1).

(130) Korte looptijden zouden evenwel het afschermende effect van de exclusiviteitsovereenkomsten kunnen verminderen. In dit verband zij eerst en vooral opgemerkt dat op elk willekeurig tijdstip de hierboven beschreven marktsituatie heerst. Wat wel mogelijk is, is meedingen naar nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten. Deze vorm van concurrentie kan echter geenszins als een substituut voor vrije toegang tot de detailhandel worden beschouwd. Exclusiviteitsovereenkomsten bieden de wederverkoper in ruil voor de beperking van zijn vrijheid op commercieel gebied bijzondere economische voordelen (2) en in de praktijk blijken dan ook de meeste wederverkopers op de relevante markt meer belang aan deze voordelen dan aan het behoud van die vrijheid te hechten, wanneer aan het te verkopen assortiment geen economische risico's zijn verbonden.

(131) Bij het dingen naar nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten zijn die ondernemingen welke het sluiten van dergelijke overeenkomsten niet als onderdeel van hun marketingbeleid zien, benadeeld. Die ondernemingen worden tegen hun commerciële visie in tot die stap gedwongen. Hetzelfde geldt voor nieuwkomers op de markt. De wederverkopers hebben in de regel hogere verwachtingen wat de omzet van gevestigde produkten betreft dan van produkten die nog een plaats op de markt moeten veroveren. Zeker wanneer de exclusiviteit op volledige assortimenten betrekking heeft, zullen de wederverkopers niet veel ervoor voelen om hier te gaan experimenteren. Ten slotte kunnen ondernemingen die maar een gedeeltelijk assortiment aanbieden, niet meedingen naar nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten.

(132) Op een markt waar het sluiten van exclusiviteitsovereenkomsten de gewone praktijk is, neemt het afschermende effect van die overeenkomsten bij kortere looptijden bijgevolg slechts af ten opzichte van die ondernemingen welke uit een oogpunt van marktpositie, organisatie en aanbod op het voeren van concurrentie met dit soort overeenkomsten als inzet zijn ingesteld. Bovendien zijn looptijden die tot twee jaar kunnen bedragen en door een onbepaalde looptijd worden gevolgd, niet als korte looptijden te beschouwen. Zij naderen de bovengrens van hetgeen bij een in alle overige opzichten werkzame concurrentie aanvaardbaar is (artikel 3, onder d), van Verordening (EEG) nr. 1984/83).

(133) De fragmentatie van de vraag in de sector van de „traditionele handel" vormt eveneens een belemmering voor de toetreding tot de markt. Om haar distributie tegen een redelijke kostprijs te kunnen organiseren, moet een onderneming over een groot aantal afnemers beschikken die geografisch zodanig geconcentreerd zijn dat zij vanuit regionale of centrale opslagplaatsen kunnen worden bevoorraad. Omdat er geen onafhankelijke tussenhandel bestaat en die vanwege de praktijk van de exclusieve afnameverplichtingen in de branche ook niet kan ontstaan, blijft een aanbieder die in dit segment van de relevante markt binnen een redelijke tijdsspanne vaste voet wil krijgen of zijn positie ruimtelijk wil uitbreiden, niets anders over dan met een gevestigde producent te gaan samenwerken of zo'n bedrijf over te nemen. Een concurrent die binnen afzienbare tijd een aandeel van enige omvang op de markt in haar geheel wil verwerven, is daartoe op L—I en SLG aangewezen. De sterke positie van deze twee marktleiders maakt het onmogelijk deze door middel van samenwerking met andere ondernemingen daadwerkelijk te beconcurreren. Dit geldt zelfs voor economisch zo sterke ondernemingen als Jacobs Suchard en Mars. Dergelijke samenwerking consolideert overigens de bestaande marktstructuur.

(134) Ook al kunnen niet alle factoren die de toegang tot de relevante markt bemoeilijken (en waarbij bij voorbeeld ook aan de noodzakelijke techniek en „know-how" voor het produceren van ijs in kleine verpakkingen en aan de voorkeur van de consument, vrucht van jarenlange ervaring en dure reclame, zou kunnen worden gedacht) uitputtend worden behandeld, moet nog worden gewezen op het afschermende effect dat zich ten aanzien van de relevante markt in haar totaliteit voordoet ten gevolge van het feit dat de gevestigde producenten aan detailhandelaren over het gehele afzetgebied vrieskisten ter beschikking stellen die uitsluitend voor het door de producent bepaalde doel mogen worden gebruikt (zie punt 55).

(135) Het zonder openlijke aanrekening van kosten of van de volledige kosten ter beschikking stellen van deze toestellen, die voor de verkoop van consumptie-ijs noodzakelijk zijn, leidt ertoe dat detailhandelaren daarin niet zelf gaan investeren, ook al verspelen zij op die manier hun vrijheid op commercieel gebied. Zelfs ondernemingen die bereid en in staat zijn om aan deze gewone handelspraktijk in de branche mee te doen, zien hun concurrentiemogelijkheden beperkt worden. Zij moeten of wel van de wederverkopers gedaan zien te krijgen dat zij de vrieskisten omwisselen, of wel hen ertoe kunnen overhalen vrieskisten bij te plaatsen.

(136) Een handelaar bij wie een bepaalde producent vrieskisten heeft geplaatst, zou bij omwisseling de omzet verliezen die hij tot dan toe met de artikelen van die producent behaalt. Betreft het een producent met een

(1) L—I raamt de verkoop op grond van exclusiviteitsovereenkomsten in 1990 op ongeveer [...] miljoen liter. Bij een totale omzet van 131,8 miljoen liter ijs in kleine verpakkingen en 69,9 miljoen liter ijs voor grootverbruikers bedraagt bijgevolg in de „traditionele handel" de bindingsgraad naar totale omzet ongeveer [> 55] %.

(2) Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 28 februari 1991 in zaak C-234/89 „Henninger", t. a. p., rechtsoverweging 12.

sterke positie op de markt, zoals SLG, en is de concurrent minder bekend of biedt hij geen volwaardige andere mogelijkheid voor het oorspronkelijk verkochte assortiment (gedeeltelijke assortiment), dan zal de handelaar niet voor omwisseling te vinden zijn.

(137) Het plaatsen van extra vrieskisten vindt zijn beperking of wel in het ontbreken van plaatsruimte of wel in het feit dat beschikbare ruimte voor andere commerciële doeleinden dan de verkoop van ijs is bestemd. In de „traditionele handel" zal er in heel wat verkooppunten geen plaats voor extra vrieskisten zijn. De bewering als zou in de overige handelszaken over het algemeen „wel ergens plaats voor een (kleine) vrieskist te vinden zijn", gaat klaarblijkelijk voorbij aan de omstandigheden waaronder met name de detailhandel in levensmiddelen geschiedt. Om te beginnen kan ijs in kleine verpakkingen, dat immers voor onmiddellijk verbruik is bestemd, niet zo maar „ergens" worden aangeboden, maar moet het in de onmiddellijke nabijheid van de kassa worden gepresenteerd [1]. Bovendien vervult in de regel elk deel van de volledige ruimte in een kleinhandelszaak een bepaalde functie. De geplaatste vrieskisten zijn aan de totale behoefte van het verkooppunt aangepast. Over het algemeen valt ook niet te verwachten dat het plaatsen van extra vrieskisten de omzet van consumptie-ijs in belangrijke mate zal doen toenemen. Het geld en de ruimte die aan het plaatsen van extra vrieskisten worden besteed, gaan voor andere commerciële doeleinden verloren, zonder dat daar een toename van de omzet tegenover staat.

(138) Het enige wat op een zekere openheid van de relevante markt zou kunnen wijzen, is haar voortdurende expansie. In zoverre deze groei van de markt tot een stijging van de omzet van de gebonden verkooppunten leidt, betreft het hier geen factor die de toetreding tot de markt vergemakkelijkt. Het is anders, wanneer er nieuwe verkooppunten bijkomen. De omstandigheid dat exclusiviteitsovereenkomsten de gewone praktijk in de branche zijn, heeft echter tot gevolg dat de concurrentie om de nieuwe verkooppunten net zoals bij vrijkomende verkooppunten enkel en alleen op het sluiten van dit soort overeenkomsten betrekking heeft. De ontsluiting van de nieuwe deelstaten vormt een concreet voorbeeld van een dergelijke ontwikkeling. De expansie van de relevante markt biedt derhalve onvoldoende mogelijkheden voor toetreding tot of uitbreiding op de markt, vooral voor nieuwkomers en aanbieders van gedeeltelijke assortimenten.

(139) Uit het onderzoek van het geheel der exclusiviteitsovereenkomsten en van de overige, bijkomende economische en juridische omstandigheden, zoals hierboven uiteengezet, blijkt dat, wat de relevante markt betreft, de toegang tot de kleinhandelsfase en daarmee de toegang tot de markt aanzienlijk is bemoeilijkt. De „leveringsovereenkomsten" dragen in belangrijke mate tot deze marktafscherming bij. Deze beoordeling vindt bevestiging in de vaststelling dat blijkbaar allang geen enkele aanbieder erin is geslaagd de structuur van de relevante markt wezenlijk in zijn voordeel te wijzigen.

(140) Zelfs indien op ambachtelijke en op industriële wijze bereid ijs voor grootverbruikers mede tot de produktmarkt werd gerekend, zou de conclusie dezelfde zijn (zie punt 77):

— ambachtelijke bereiders van consumptie-ijs ondervinden zo te zien geen echte moeilijkheden om tot de markt toe te treden, maar voor de structuur van de markt heeft dit volstrekt geen belang. Dat industriële producenten van ijs in kleine verpakkingen met inschakeling van ambachtelijke bereiders van consumptie-ijs toegang tot de markt zouden verkrijgen, is daarentegen uitgesloten;

— wat op industriële wijze bereid ijs voor grootverbruikers betreft, is, net zoals dit bij ijs in kleine verpakkingen het geval is, het sluiten van exclusiviteitsovereenkomsten de gewone distributiemethode (zie punt 44). Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat voor deze produktgroep de „traditionele handel" het enige afzetkanaal is. De gevolgen die de „leveringsovereenkomsten" voor de concurrentie hebben, zijn bijgevolg in deze sector voor alle produktgroepen vergelijkbaar;

— ten slotte gaat het niet aan aan een industriële producent van ijs in kleine verpakkingen tegen te werpen dat weliswaar wat deze produktgroep betreft de markt voor hem is afgesloten, maar dat hij zonder veel problemen andere produktgroepen kan verkopen.

— Mededinging op de relevante markt

(141) De factoren die hierboven als belemmeringen voor de toetreding tot de relevante markt zijn genoemd, verhinderen ook wezenlijke verschuivingen van de aandelen op die markt.

(142) SLG voert evenwel aan dat er ten minste in haar verhouding tot L—I van werkzame mededinging sprake is.

(143) Gezien de buitengewoon sterke positie van L—I in de sector van de levensmiddelenhandel (zie punt 31), gaat dit althans voor die sector niet op. Niet alleen is er het hoge aandeel van L—I in het afzetvolume over dit distributiekanaal, maar er moet met name ook rekening mee worden gehouden dat L—I economisch sterk staat, een vooraanstaande plaats op de aangrenzende markt van de diepvriesprodukten inneemt en tot de Unilever-groep, een van de belangrijkste leveranciers van de levensmiddelenhandel binnen de geografische markt, behoort.

[1] De Commissie heeft reeds in haar Beschikking 78/172/EEG (IV/29.418 — Specerijen) (PB nr. L 53 van 24. 2. 1978, blz. 20) erop gewezen welk belang de presentatieruimte in kleinhandelszaken voor de concurrentiepositie van de aangeboden produkten heeft.

(144) In de sector van de „traditionele handel" gaat het bij de concurrentie tussen SLG en L—I grotendeels om het dingen naar exclusiviteitsovereenkomsten, waardoor andere concurrentiefactoren voor de duur van die overeenkomsten niet meer meespelen.

(145) In het algemeen moet worden aangenomen dat zich in een duopolistische marktstructuur zoals die op de relevante markt valt vast te stellen, een tendens naar beperking van de concurrentie tussen de duopolisten voordoet. Zodra een van de twee ondernemingen zich agressief gaat opstellen, lokt dit hoogstwaarschijnlijk een prompte reactie van de andere onderneming uit, die over een vergelijkbaar marktpotentieel beschikt. Hierdoor groeit aan weerskanten het besef dat zij met het oog op optimalisering van hun winst actieve onderlinge concurrentie beter achterwege kunnen laten.

(146) Omdat er op de relevante markt geen werkzame concurrentie bestaat, is aan de in artikel 85, lid 3, neergelegde negatieve voorwaarde betreffende de „uitschakeling" van de mededinging voldaan. De „leveringsovereenkomsten" hebben gevolgen die met de voorwaarden van artikel 85, lid 3, onverenigbaar zijn. In het bijzonder is voor andere leveranciers de toegang tot de detailhandel in aanzienlijke mate belemmerd.

(147) Blijft nog over na te gaan of bij de „leveringsovereenkomsten" een zodanig onderscheid zou kunnen worden gemaakt dat de hierboven uiteengezette negatieve gevolgen slechts aan een deel daarvan zijn toe te schrijven, terwijl op het resterende deel artikel 85, lid 3, van toepassing is. Of zulks in een andere economische en juridische context geboden is, kan in het midden worden gelaten. Gezien de sterke marktpositie van SLG en in aanmerking genomen dat belemmeringen voor de toetreding tot de markt en overeenkomsten (centrale afspraken — zie punt 50 — en met name de doelbinding met betrekking tot de vrieskisten — zie punt 55) die positie op velerlei wijze veilig stellen, voldoet het geheel dezer overeenkomsten niet aan de voorwaarden van de genoemde bepaling. Bovendien hebben de onderhavige maatregelen, die slechts op de exclusiviteitsovereenkomsten van SLG met wederverkopers op het niveau van de detailhandel slaan, geen betrekking op de exclusiviteitsovereenkomsten met groothandelaren, waarbij het om [...] miljoen liter van het in de „traditionele handel" omgezette ijs in kleine verpakkingen van SLG gaat (zie punt 49).

C. BESCHERMING VAN HET GEWETTIGD VERTROUWEN

(148) SLG is de opvatting toegedaan dat de Commissie niet op de beoordeling in de administratieve brief van haar bevoegde diensten van 20 september 1985 kan terugkomen. Het in die brief gestelde gold weliswaar onder voorbehoud van wezenlijke veranderingen in de juridische of feitelijke omstandigheden, maar aan die voorwaarde zou niet zijn voldaan: de belangrijkste marktgegevens zouden sinds de aanmelding in 1985 ongewijzigd zijn gebleven.

(149) Om te beginnen zij opgemerkt dat in bedoelde brief duidelijk erop werd gewezen dat de beoordeling in wezen op de voorstelling van de feiten (in de aanmelding) berustte. De beschrijving van de toedracht van de zaak was echter in zoverre onvolledig, dat niet van het „agreement" betreffende de wederzijdse erkenning van de exclusiviteitsovereenkomsten binnen de afdeling ijsprodukten (brief van de Commissie van 29 november 1991 in zaak IV/31.533) werd gerept, noch van de betekenis en omvang van de doelbinding met betrekking tot de door SLG en andere producenten in levensmiddelenzaken geplaatste vrieskisten, noch van andere omstandigheden die voor de bevoegde diensten van de Commissie een aanwijzing voor bijkomende belemmeringen voor de toetreding tot de markt hadden kunnen vormen. Hetzelfde geldt voor de uiteenzetting van SLG betreffende de afbakening van de relevante markt.

(150) In tegenstelling tot hetgeen SLG meent, zijn echter ook de feitelijke omstandigheden veranderd. Alleen al het feit dat Mars en Jacobs Suchard tot de markt zijn toegetreden, is een reden om de zaak opnieuw te bezien, te meer omdat eerst in deze gewijzigde context de geslotenheid van de markt duidelijk tot uiting komt.

(151) Niets belet de Commissie dus een ander standpunt ten aanzien van de „leveringsovereenkomsten" in te nemen dan dat in haar administratieve brief van 20 september 1985.

D. ARTIKEL 3 VAN VERORDENING Nr. 17

(152) Op grond van het bovenstaande stelt de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 op verzoek van Mars vast dat de „leveringsovereenkomsten" in strijd zijn met artikel 85.

(153) De „leveringsovereenkomsten" die hier aan de orde zijn, zijn nog van kracht. Daarom moet SLG ertoe worden verplicht aan haar contractuele rechten waarop de exclusiviteit met betrekking tot de verkooppunten berust, te verzaken en haar contractpartners daarvan in kennis te stellen. Gezien de bijzonderheden van het onderhavige geval, moet SLG echter gelegenheid tot voorziening tegen de onderhavige beschikking bij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen worden geboden. De tenuitvoerlegging van voornoemde maatregel wordt bijgevolg gedurende drie maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking opgeschort.

(154) Het bevel tot beëindiging van de inbreuk zou evenwel van zijn inhoud worden beroofd, wanneer het SLG was toegestaan de huidige „leveringsovereenkomsten" onmiddellijk door nieuwe te vervangen.

Het is derhalve noodzakelijk om SLG gedurende een zodanige periode dat een wezenlijke verandering van de marktomstandigheden mogelijk is, te verbieden opnieuw dergelijke overeenkomsten te sluiten. De Commissie meent dat wegens de huidige verstarde marktstructuur en de hierboven vastgestelde overige belemmeringen voor toetreding tot de markt een periode van vijf jaar passend is. Bovendien staat het SLG vrij voortijdig om opheffing van het verbod te verzoeken, mocht reeds in de loop van die periode een wezenlijke verandering in de marktomstandigheden optreden,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

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

Artikel 2

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

Artikel 3

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

Artikel 4

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

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot:

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG,
Bucher Straße 137,
D-W-8500 Nürnberg.

Gedaan te Brussel, 23 december 1992.

Voor de Commissie

Leon BRITTAN

Vice-Voorzitter

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