ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

9 september 2010 *

In zaak T-155/06,

Tomra Systems ASA, gevestigd te Asker (Noorwegen),

Tomra Europe AS, gevestigd te Asker,

Tomra Systems GmbH, gevestigd te Hilden (Duitsland),

Tomra Systems BV, gevestigd te Apeldoorn (Nederland),

Tomra Leergutsysteme GmbH, gevestigd te Wenen (Oostenrijk),

Tomra Systems AB, gevestigd te Sollentuna (Zweden),

* Procestaal: Engels.

Tomra Butikksystemer AS, gevestigd te Asker,

aanvankelijk vertegenwoordigd door A. Ryan, solicitor, en J. Midthjell, advocaat, en vervolgens door A. Ryan en N. Frey, solicitors,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door É. Gippini Fournier als gemachtigde,

verweerster,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C (2006) 734 def. van de Commissie van 29 maart 2006 inzake een procedure op grond van artikel 82 EG en artikel 54 EER-Overeenkomst (zaak COMP/E.-1/38-113/Prokent-Tomra),

wijst HET GERECHT (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, M. Prek en V. M. Ciucă (rapporteur), rechters,

griffier: N. Rosner, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 januari 2010,

het navolgende

Arrest

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

1 Tomra Systems ASA is de moedervennootschap van de Tomra-groep. Tomra Europe AS coördineert de activiteit van de Europese distributiedochtervennootschappen binnen de groep. De onderhavige zaak betreft de volgende distributiedochtervennootschappen: Tomra Systems GmbH in Duitsland, Tomra Systems BV in Nederland, Tomra Leergutsysteme GmbH in Oostenrijk, Tomra Systems AB in Zweden en Tomra Butikksystemer AS in Noorwegen (hierna samen met Tomra Systems ASA en Tomra Europe AS: „verzoeksters"). De Tomra-groep produceert emballage-inname-automaten (Reverse vending machines; hierna: „RVM"). Dit zijn apparaten voor het

inzamelen van gebruikte drankverpakkingen, die de ingevoerde verpakking herkennen aan de hand van een aantal parameters, zoals de vorm en/of de streepjescode, en het aan de klant te retourneren statiegeld berekenen. De Tomra-groep verleent ook met de RVM verband houdende diensten over de hele wereld. In 2005 had de Tomra-groep een omzet van ongeveer 300 miljoen EUR en 1 900 werknemers.

2 Op 26 maart 2001 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een klacht ontvangen van Prokent AG, een Duitse vennootschap die eveneens werkzaam was in de sector inzameling van drankverpakkingen en daarmee samenhangende producten en diensten. Prokent heeft de Commissie verzocht, te onderzoeken of verzoeksters misbruik van machtspositie hadden gemaakt door haar de toegang tot de markt te beletten.

3 Op 26 en 27 september 2001 heeft de Commissie inspecties verricht in de lokalen van Tomra Systems GmbH in Duitsland en van Tomra Systems BV in Nederland. Op verzoek van de Commissie heeft de Toezichthoudende autoriteit van de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: „EVA") inspecties verricht in de lokalen van Tomra Systems ASA en haar dochtervennootschappen in Noorwegen. Daarop heeft de Commissie krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB L 1962, 13, blz. 204), Tomra Systems ASA en verschillende concurrenten en klanten van deze vennootschap om inlichtingen verzocht.

4 Op 23 december 2002 hebben verzoeksters de Commissie een brief gezonden waarin zij hebben verklaard een einde te maken aan de exclusiviteitsovereenkomsten en geen getrouwheidskortingen meer te verlenen.

5 Op 30 maart 2004 hebben verzoeksters een compliance programma (document met interne procedures om overtredingen van de mededingingsregels te voorkomen) voor de Tomra-groep overgelegd, dat per 1 april 2004 van toepassing zou zijn.

6 Op 1 september 2004 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar gezonden aan Tomra Systems ASA, aan Tomra Europe AS en aan de dochterondernemingen van het Tomra-concern in zes staten die deel uitmaken van de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER"). Verzoeksters hebben hierop geantwoord op 22 november 2004. De hoorzitting heeft plaatsgevonden op 7 december 2004. Op 19 april 2005 heeft de Commissie om nadere inlichtingen verzocht. Verzoeksters hebben deze inlichtingen verstrekt op 25 april en 3 mei 2005.

Bestreden beschikking

7 Op 29 maart 2006 heeft de Commissie beschikking C (2006) 734 def. inzake een procedure op grond van artikel 82 [EG] en artikel 54 EER-Overeenkomst (hierna: „bestreden beschikking") gegeven, waarvan een samenvatting is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 28 augustus 2008 (PB C 219, blz. 11). In die beschikking stelt zij vast dat verzoeksters in de periode 1998-2002 inbreuk hebben gemaakt op artikel 82 EG en op artikel 54 EER-Overeenkomst door op de Duitse, de Nederlandse, de Oostenrijkse, de Zweedse en de Noorse markt voor RVM door middel van exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht een strategie op te zetten waardoor de markt wordt afgesloten voor mededinging.

I — *Relevante markt*

8 Met betrekking tot de relevante productmarkt wordt in de bestreden beschikking gezegd dat de Commissie voor haar beoordeling is uitgegaan van het beginsel dat er een specifieke markt voor geavanceerde emballage-innameautomaten of -systemen bestaat, die onder meer alle RVM omvat die in een muur kunnen worden geplaatst en verbonden zijn met een technische ruimte, en een overkoepelende markt die zowel

de geavanceerde als de eenvoudige installaties omvat. De Commissie heeft echter beslist, de ruimste definitie van de markt als werkbasis te nemen, omdat die tot voor verzoeksters gunstigere cijfers leidde.

9 Wat de relevante geografische markt betreft, heeft de Commissie in de bestreden beschikking geoordeeld dat de mededingingsvoorwaarden in de EER in de onderzochte periode niet overal gelijk waren en dat de relevante geografische markten de nationale markten waren.

II — *Machtspositie*

10 In de bestreden beschikking stelt de Commissie met name vast dat vóór 1997 het marktaandeel van verzoeksters in Europa steeds meer dan 70 % bedroeg, dat het sinds 1997 meer dan 95 % bedroeg en dat het op alle betrokken markten een veelvoud van het marktaandeel van de concurrenten was. Zij heeft hieruit geconcludeerd dat de Tomra-groep een onderneming met een machtspositie in de zin van artikel 82 EG en artikel 54 EER-Overeenkomst was.

III — *Misbruik*

11 In de bestreden beschikking wordt gezegd dat verzoeksters zowel in hun dagelijkse praktijk als in interne discussies binnen het concern een strategie met een de mededinging beperkend doel of gevolg hebben opgezet. De Commissie verklaart daarin dat het verzoeksters erom te doen was, hun machtspositie en hun marktaandelen te beschermen door, onder meer, nieuwe marktdeelnemers de toegang tot de markt te

beletten, de concurrenten klein te houden door hun groeimogelijkheden te beperken en ten slotte de concurrenten te verzwakken en uit te schakelen door overname of anderszins. Zij heeft gepreciseerd dat verzoeksters deze strategie ten uitvoer hebben gelegd door tussen 1998 en 2002 met een aantal grootwarenhuisketens 49 overeenkomsten te sluiten in de vorm van exclusiviteitsovereenkomsten, overeenkomsten waarbij een geïndividualiseerde kwantumdoelstelling werd opgelegd, en overeenkomsten waarbij geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht werden vastgesteld.

12 Uit de bestreden beschikking blijkt ook dat, ofschoon de in het onderhavige geval aan de orde zijnde overeenkomsten, clausules en voorwaarden verschillende elementen bevatten — zoals expliciete of feitelijke exclusiviteitsclausules, toezeggingen of beloften van de klanten om hoeveelheden af te nemen die overeenkomen met een belangrijk percentage van hun behoeften, kortingsregelingen met terugwerkende kracht die verbonden zijn aan de behoeften van die klanten, of een combinatie van deze elementen — zij volgens de Commissie alle moeten worden bekeken in de context van het algemene beleid van verzoeksters om de toegang tot de markt en tot de afzetgebieden alsmede de groeimogelijkheden van de bestaande en potentiële concurrenten te beletten en deze uiteindelijk uit de markt te dringen om aldus een quasi-monopolie te creëren.

13 Allereerst wordt in de bestreden beschikking verklaard dat de exclusiviteitsclausules, voor zover de klanten daarbij worden verplicht de door hen benodigde apparaten volledig of voor een groot deel van een leverancier met een machtspositie te betrekken, naar de aard ervan een uitdringend effect hebben. Uit de omstandigheid dat verzoeksters een machtspositie hebben op de markt en dat deze exclusiviteitsclausules zijn toegepast op een percentage van de totale vraag dat haars inziens als aanzienlijk kan worden aangemerkt, heeft de Commissie afgeleid dat in het onderhavige geval de door verzoeksters gesloten exclusiviteitsovereenkomsten een de markt vervalsend uitdringend effect konden hebben en hebben gehad. Verder is in de bestreden beschikking vastgesteld dat er in het onderhavige geval geen omstandigheden waren die de exclusiviteitsclausules of soortgelijke clausules bij uitzondering konden rechtvaardigen,

en dat verzoeksters er ook niet in zijn geslaagd hun praktijken te rechtvaardigen met kostenbesparingen.

14 In de bestreden beschikking wordt daaraan toegevoegd dat de kortingen die worden toegekend voor geïndividualiseerde hoeveelheden die overeenkomen met de (nagenoeg) gehele vraag, dezelfde werking hebben als uitdrukkelijke exclusiviteitsovereenkomsten, in die zin dat zij de klant ertoe brengen om zich volledig of nagenoeg volledig te bevoorraden bij een onderneming met een machtspositie. Hetzelfde geldt voor de getrouwheidskortingen, dit wil zeggen kortingen die afhankelijk zijn gesteld van de voorwaarde dat de klant zich volledig of nagenoeg volledig bevoorraadt bij een leverancier met een machtspositie. Of de kwantumtoezegging in absolute cijfers dan wel in een percentage is uitgedrukt, is volgens de Commissie niet doorslaggevend voor de afschermende werking van de betrokken overeenkomsten of voorwaarden. Met betrekking tot de door verzoeksters gesloten overeenkomsten wordt in de bestreden beschikking gepreciseerd dat de gestipuleerde kwantumdoelstellingen geïndividualiseerde toezeggingen vormden die voor elke afnemer verschillend waren en losstonden van diens omvang en aankoophoeveelheid, maar overeenkwamen met diens volledige behoeften dan wel met een groot deel daarvan, of deze behoeften zelfs overschreden. In de bestreden beschikking wordt daaraan toegevoegd dat het beleid van verzoeksters om hun klanten, inzonderheid hun belangrijke klanten, te binden door middel van overeenkomsten die de concurrenten uit de markt beoogden te dringen en/of hun iedere groeimogelijkheid beoogden te ontnemen, duidelijk blijkt uit de documenten inzake de door verzoeksters toegepaste strategie, hun onderhandelingen en hun offertes aan de klanten. Gelet op de aard van de markt voor emballageinnameautomaten en op de bijzondere kenmerken van het product zelf, met name de transparantie en de vrij grote voorspelbaarheid van de vraag naar RVM per klant en per jaar, heeft de Commissie vastgesteld dat verzoeksters de nodige marktkennis bezaten om een realistische raming te maken van de vraag van iedere klant.

15 Voorts heeft de Commissie met betrekking tot de kortingspraktijk in de bestreden beschikking opgemerkt dat de kortingsregelingen specifiek voor iedere klant werden vastgesteld en dat de drempels overeenstemden met de volledige behoeften van de

betrokken klant of met een groot deel daarvan. Zij werden vastgesteld op basis van de geraamde behoeften van de klant en/of op basis van het aantal apparaten dat deze in het verleden had gekocht. De prikkel om uitsluitend of vrijwel uitsluitend bij verzoeksters te kopen was volgens de bestreden beschikking bijzonder sterk wanneer drempels als die welke door verzoeksters werden toegepast, werden gecombineerd met een systeem waarbij de bonus, of een gunstiger bonusniveau, voor alle door de klant in de referentieperiode verrichte aankopen gold en niet alleen voor de aankopen die de desbetreffende drempel overschreden. Voor een klant die zijn eerste apparaat bij verzoeksters heeft gekocht, wat een zeer waarschijnlijk scenario is gezien de sterke marktpositie van verzoeksters, creëert een regeling met terugwerkende kracht een sterke stimulus om de drempel te halen teneinde de prijs van zijn totale aankopen bij verzoeksters te verlagen. In de bestreden beschikking wordt gezegd dat deze prikkel sterker wordt naarmate de klant dichter bij de betrokken drempel komt. Welnu, de Commissie heeft vastgesteld dat de combinatie van een kortingsregeling met terugwerkende kracht met een drempel of drempels die overeenkomt/overeenkomen met de volledige behoeften of met een groot deel daarvan, een sterke prikkel vormde om alle of vrijwel alle benodigde apparaten bij verzoeksters te kopen en tot een kunstmatige verhoging van de kosten voor overschakeling op een andere leverancier, zelfs voor een klein aantal apparaten, leidde. De Commissie heeft daaruit geconcludeerd dat, overeenkomstig de rechtspraak, de betrokken kortingsregelingen als getrouwheidbevorderend, en dus als getrouwheidskortingen, moesten worden beschouwd.

16 Ten slotte wordt in de bestreden beschikking verklaard dat, ofschoon het Hof in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten van het Gerecht van 30 september 2003 (T-203/01, Michelin/Commissie, Jurispr. blz. II-4071; hierna: „arrest Michelin II", punt 239) en 17 december 2003, British Airways/Commissie, (T-219/99, Jurispr. blz. II-5917, punt 293) heeft verklaard dat het, om misbruik in de zin van artikel 82 EG vast te stellen, volstaat aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben, de Commissie haar analyse heeft aangevuld met een onderzoek naar de vermoedelijke gevolgen van de praktijken van verzoeksters op de markt voor RVM. In dit verband wordt in de bestreden beschikking verklaard dat tijdens de onderzochte periode, dat wil zeggen van 1998 tot 2002, het marktaandeel van verzoeksters op elk van de vijf onderzochte nationale markten vrij stabiel is gebleven. Tegelijkertijd bleef de positie van hun concurrenten vrij zwak en instabiel. Een van hen, de klager, die

vooruitgang had geboekt, heeft de markt in 2003 verlaten nadat hij in 2001 18 % van de Duitse markt had verworven. Andere concurrenten, die het bewijs hadden geleverd over het potentieel en het vermogen te beschikken om grotere marktaandelen te verwerven, zoals Halton en Eleiko, werden door verzoeksters overgenomen. Bovendien heeft de afschermende strategie die verzoeksters tijdens de gehele periode 1998-2002 hebben gevoerd, volgens de Commissie geleid tot de veranderingen in de verdeling van de gebonden marktaandelen en in de verkoopcijfers van de marktdeelnemers. Voorts begonnen, volgens de bestreden beschikking, sommige klanten meer apparaten van de concurrenten te kopen nadat hun exclusiviteitsovereenkomsten met verzoeksters waren verstreken. Niet alleen waren er geen kostenefficiëntieverbeteringen die de praktijken van verzoeksters zouden kunnen rechtvaardigen, er was in het onderhavige geval evenmin sprake van een voordeel voor de consumenten. Uit de bestreden beschikking blijkt in dit verband dat de prijs van de RVM van verzoeksters niet daalde nadat de verkoophoeveelheid was gestegen, en dat integendeel de prijzen voor deze automaten tijdens de onderzochte periode stagneerden of stegen.

IV — *Geldboete*

17 In de bestreden beschikking wordt gepreciseerd dat bij de beoordeling van de zwaarte van het door verzoeksters gepleegde misbruik rekening moet worden gehouden met het feit dat verzoeksters de betrokken praktijken welbewust hebben toegepast in het kader van hun de markt afschermend beleid, alsmede met de geografische reikwijdte van dit misbruik, te weten de omstandigheid dat dit misbruik het grondgebied dekte van vijf staten die deel uitmaken van de EER, te weten Duitsland, Oostenrijk, Noorwegen, Nederland en Zweden. Anderzijds moet volgens de Commissie ook rekening worden gehouden met het feit dat de inbreuk tijdens de onderzochte periode niet onafgebroken op alle betrokken nationale markten is gepleegd, en dat de intensiteit van de inbreuk op de verschillende nationale markten in de loop van de tijd varieerde.

18 In de bestreden beschikking, inzonderheid in punt 394 ervan, wordt gepreciseerd dat de inbreuk betrekking heeft op de volgende territoria en perioden:

— Duitsland: 1998-2002

— Nederland: 1998-2002

— Oostenrijk: 1999-2001

— Zweden: 1999-2002

— Noorwegen: 1998-2001.

19 De Commissie heeft geoordeeld dat het om een zware inbreuk ging, en heeft het basisbedrag van de geldboete op 16 miljoen EUR bepaald, uitgaande van een periode van vijf jaar, namelijk van 1998 tot 2002. Het basisbedrag van de geldboete is verhoogd

met 10 % voor elk volledig jaar van inbreuk. Ten slotte wordt in de bestreden beschikking gezegd dat er geen verzwarende of verzachtende omstandigheden zijn.

20 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„*Artikel 1*

[Verzoeksters] hebben in de periode 1998-2002 inbreuk gemaakt op artikel 82 [EG] en artikel 54 van de EER-Overeenkomst door op de markten voor [RVM] in [Duitsland, Nederland, Oostenrijk, Zweden en Noorwegen] een afschermende strategie ten uitvoer te leggen die exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde volumeverbintenissen en geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht omvatte, en daardoor de mededinging op de markten te belemmeren.

Artikel 2

In verband met bovengenoemde inbreuk wordt een geldboete van 24 miljoen EUR opgelegd aan [verzoeksters], welke boete door genoemde ondernemingen hoofdelijk verschuldigd is.

[...]"

Procesverloop en conclusies van partijen

21 Bij een op 14 juni 2006 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

22 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Vijfde kamer, waaraan de onderhavige zaak bijgevolg is toegewezen.

23 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten, over te gaan tot de mondelinge behandeling. Ter terechtzitting van 14 januari 2010 zijn de partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht.

24 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de geldboete in te trekken of het bedrag ervan aanzienlijk te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen de kosten die verzoeksters zijn opgekomen voor het stellen van een bankgarantie voor hun verplichting tot betaling van de geldboete.

25 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

In rechte

26 Verzoeksters voeren zes middelen aan. De eerste vijf middelen strekken in wezen tot nietigverklaring van de bestreden beschikking; het zesde middel strekt tot intrekking van de geldboete of tot verlaging van het bedrag daarvan. Het eerste middel betreft het gebruik door de Commissie van kennelijk onjuiste en niet erg betrouwbare bewijzen voor haar vaststelling dat verzoeksters een afschermende strategie voerden. Het tweede middel betreft de kennelijk onjuiste beoordeling door de Commissie of de praktijken van verzoeksters de mededinging konden uitschakelen, en het ontbreken van motivering. Het derde middel betreft kennelijke fouten van de Commissie bij de beoordeling of die praktijken de mededinging daadwerkelijk uitschakelden. Het vierde middel betreft de kennelijk onjuiste rechtsopvatting dat de praktijken van verzoeksters per se onrechtmatig waren. Het vijfde middel betreft de kennelijke fout die de Commissie zou hebben gemaakt door ervan uit te gaan dat niet-bindende toezeggingen inbreuk konden maken op artikel 82 EG. Het zesde middel, ten slotte, betreft schending van het evenredigheidsbeginsel en van het discriminatieverbod bij de oplegging van de geldboete.

I — *De vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking*

A — *Het eerste middel: het gebruik van kennelijk onjuiste en niet erg betrouwbare bewijzen voor de vaststelling van de afschermende strategie en om het bestaan aan te tonen en de inhoud te bepalen van een aantal overeenkomsten tussen verzoeksters en hun klanten*

27 Dit middel bestaat uit twee onderdelen. Verzoeksters betogen ten eerste dat de bestreden beschikking geen betrouwbare elementen bevat op basis waarvan kan worden bewezen dat zij een strategie ter uitschakeling van de mededinging hebben opgezet. Ten tweede voeren zij aan dat de bestreden beschikking is gebaseerd op onjuiste en niet erg betrouwbare elementen ter zake van het bewijs van het bestaan en de inhoud van ten minste 26 van de 49 in de bestreden beschikking genoemde overeenkomsten.

1. Het eerste onderdeel: het ontbreken van betrouwbare elementen die het bestaan van een afschermende strategie kunnen bewijzen

a) Argumenten van partijen

28 Verzoeksters komen in de eerste plaats op tegen het feit dat de Commissie hun interne correspondentie als bewijs gebruikt. Zij betogen dienaangaande dat de door de Commissie verzamelde documenten geen onderlinge samenhang vertonen en volledig uit

hun verband zijn gerukt. Verder stellen zij dat de Commissie is voorbijgegaan aan bewijselementen die aantonen dat zij van plan waren normale mededinging aan te gaan met hun concurrenten. Verzoeksters voeren aan dat in de bestreden beschikking geen rekening is gehouden met de documenten waarin zij te kennen geven dat zij van plan zijn rechtmatige mededingingsmidddelen te gebruiken.

29 In de tweede plaats stellen verzoeksters vast dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft onderzocht of de Tomra-groep tussen 1998 en 2002 succes heeft gehad op de markt voor RVM, want van 1997 tot 2001 was zij de enige leverancier van RVM die met een „revolutionaire nieuwe technologie" waren uitgerust. Volgens verzoeksters is dit een vergissing die een grond kan vormen voor nietigverklaring van de bestreden beschikking: hun mededingingsvoordeel was namelijk hun technologie en zij hebben beslist met dat voordeel mededinging te voeren op de markt.

30 In de derde plaats wijzen verzoeksters erop dat de Commissie, door overeenkomsten die an sich de mededinging zouden beperken als bewijs van een afschermende strategie te gebruiken, een kringredenering toepast, omdat zij op andere plaatsen in de beschikking herhaaldelijk hun afschermende strategie aanvoert om aan te tonen dat diezelfde overeenkomsten de mededinging beperken. Bijgevolg kunnen deze overeenkomsten niet als bewijs van een afschermende strategie worden gebruikt. Zelfs al zou de Commissie voorbeelden hebben kunnen geven van overeenkomsten die inbreuk maken op artikel 82 EG, zou daarmee nog niet zijn uitgelegd hoe daaruit blijkt dat de gehele onderneming tussen 1998 en 2002 een strategie heeft gevoerd die erop gericht was de mededinging uit te schakelen.

31 In de vierde plaats verklaren verzoeksters dat de Commissie in de bestreden beschikking enerzijds hun procedures wegens inbreuk op een octrooi of hun overnamen niet

als onderdeel van de inbreuk beschouwt, maar anderzijds van oordeel is dat deze procedures en overnamen erop wijzen zij een afschermende strategie voerden. De Commissie draagt echter geen enkel bewijs aan voor haar stelling dat verzoeksters door bescherming van hun octrooien, door samenwerking met andere vennootschappen of door overname van die vennootschappen blijk hebben gegeven van het voeren van een afschermende strategie. Verzoeksters betogen met name dat volgens vaste rechtspraak het bestaan van industriële-eigendomsrechten geen inbreuk maakt op het mededingingsrecht, zodat een poging om een octrooi of een ander industriële-eigendomsrecht voor een nationale rechter geldend te maken, geen schending van het communautaire mededingingsrecht oplevert, tenzij deze poging vexatoir is.

32 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

b) Beoordeling door het Gerecht

33 In de punten 97 en volgende van de bestreden beschikking wordt een samenvatting gegeven van wat de Commissie als een de mededinging beperkende strategie van verzoeksters beschouwt. Daarin staat te lezen:

„De strategie van [het concern] Tomra was erop gericht haar machtspositie en marktaandeel te behouden, onder meer door [...] markttoegang te verhinderen, [...] concurrenten klein te houden door hun groeimogelijkheden te beperken en [...] uiteindelijk deze concurrenten te verzwakken en uit te schakelen door overname of anderszins, [inzonderheid] concurrenten die werden geacht zich tot serieuzere concurrenten te kunnen ontwikkelen. Om dit doel te bereiken legde [het concern] Tomra verschillende de concurrentie verstorende gedragingen aan de dag zoals de sluiting van

exclusiviteitsovereenkomsten en overeenkomsten waarbij [het concern] Tomra als voorkeurleverancier werd aangewezen, evenals overeenkomsten waarin geïndividualiseerde kwantitatieve doelstellingen of kortingsregelingen met terugwerkende kracht waren vastgelegd."

34 Verder wordt in de bestreden beschikking gepreciseerd dat „[d]eze algehele strategie van [het concern] Tomra [...] niet alleen [wordt] bevestigd door de verschillende gedragingen van de groep, maar [...] bovendien bij verschillende gelegenheden uitgebreid [werd] besproken, zoals in vergaderingen en conferenties evenals in correspondentie, zoals e-mail."

35 Bijgevolg heeft de Commissie, na melding te hebben gemaakt van de verschillende de mededinging beperkende praktijken van verzoeksters, terecht de interne documenten van verzoeksters onderzocht. Uit deze documenten kan blijken of de onderzochte praktijken op uitsluiting van de mededinging waren gericht dan wel of daar een andere verklaring voor bestond. In het onderhavige geval heeft de interne correspondentie van verzoeksters de Commissie in staat gesteld, die praktijken in hun context te plaatsen en haar oordeel over die praktijken te funderen. Daarbij komt dat de conclusies die de Commissie in de bestreden beschikking heeft geformuleerd, nooit uitsluitend op een of ander afzonderlijk beschouwd document berusten, maar op een groot aantal verschillende elementen zijn gebaseerd.

36 Met betrekking tot, ten eerste, de stelling dat uit de bestreden beschikking kan worden opgemaakt dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met documenten die aantonen dat verzoeksters van plan waren rechtmatige mededinging te voeren, dient erop te worden gewezen dat het volledig normaal is dat in de bestreden beschikking in de eerste plaats melding wordt gemaakt van het de mededinging beperkende

gedrag van verzoeksters en niet van hun rechtmatige handelingen, aangezien de Commissie juist eerstgenoemd gedrag moest aantonen. Overigens dient te worden beklemtoond dat de bestreden beschikking niet verhult dat in bepaalde interne documenten van verzoeksters ook melding wordt gemaakt van andere, volledig rechtmatige middelen om de mededinging aan te gaan (zie bijvoorbeeld punt 100 van de bestreden beschikking).

37 Met betrekking tot, ten tweede, het gestelde technologische voordeel van verzoeksters, dient erop te worden gewezen dat de vermelding van dat voordeel in de bestreden beschikking geen enkel gevolg heeft gehad voor de conclusie van de Commissie. Verzoeksters tonen immers niet aan, hoe de door hen ontwikkelde technologie hun praktijken zou hebben kunnen rechtvaardigen. Indien deze technologie inderdaad zo superieur was aan die van hun concurrenten dat de klanten hoe dan ook nooit de producten van deze laatste zouden hebben gekocht, valt het gebruik van exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde kwantumdoelstellingen en andere geïndividualiseerde kortingsregelingen nog minder te rechtvaardigen.

38 Met betrekking tot, ten derde, de kringredenering die de Commissie in de bestreden beschikking zou hebben toegepast met betrekking tot het verband tussen de de mededinging beperkende overeenkomsten en de afschermende strategie, dient erop te worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak het begrip misbruik een objectief begrip is dat ziet op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere middelen dan bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — gebruikelijk zijn (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91, en arrest Gerecht van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, Jurispr. blz. II-5575, punt 549).

39 Overeenkomstig deze rechtspraak heeft de Commissie in de punten 97 en volgende van de bestreden beschikking aangetoond dat de in hun context onderzochte praktijken van verzoeksters samen met een aantal andere elementen, waaronder de interne documenten van verzoeksters, de mededinging konden uitsluiten. Anders dan verzoeksters stellen, heeft de Commissie zich dus geenszins uitsluitend op de intentie of de strategie van verzoeksters gebaseerd voor haar conclusie inzake het bestaan van een schending van het mededingingsrecht.

40 Met betrekking tot, ten slotte, de procedures wegens schending van een octrooi en de door verzoeksters verrichte overnamen behoeft er slechts op te worden gewezen dat in de punten 106 en 107 van de bestreden beschikking duidelijk wordt gezegd dat deze praktijken geen deel uitmaken van het misbruik van machtspositie. Het gaat dus slechts om feiten die relevant zijn om de praktijken van verzoeksters in hun context te plaatsen, maar die geen enkele invloed hebben gehad op de vaststelling van de inbreuk.

41 Bijgevolg dient het eerste onderdeel van het eerste middel te worden afgewezen.

2. Het tweede onderdeel: het gebruik van onjuiste en niet erg betrouwbare elementen ten bewijze van het bestaan en ter bepaling van de inhoud van een aantal overeenkomsten tussen verzoeksters en hun klanten

42 Dit onderdeel kan in vier subonderdelen worden gesplitst. Het eerste subonderdeel betreft de exclusiviteitsovereenkomsten van vóór 1998, het tweede de overeenkomsten waarbij verzoeksters als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier" worden aangewezen, het derde de geïndividualiseerde kwantumdoelstellingen en de geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht, en het

vierde, ten slotte, een deel van de overeenkomsten betreffende vier van de vijf in de bestreden beschikking onderzochte landen, welke overeenkomsten volgens verzoeksters door de Commissie op onsamenhangende wijze zijn onderzocht.

a) De exclusiviteitsovereenkomsten van vóór 1998

Argumenten van partijen

43 Verzoeksters beklemtonen dat 9 van de 21 exclusiviteitsovereenkomsten dateren van vóór de periode waarop de bestreden beschikking betrekking heeft (1998-2002) en dus niet kunnen hebben bijgedragen aan de uitsluiting van de concurrenten tijdens die periode. Zij concluderen daaruit dat deze 9 overeenkomsten in de bestreden beschikking niet mochten worden vermeld en ook buiten beschouwing moesten worden gelaten bij de berekening van de geldboete.

44 In haar verweerschrift verklaart de Commissie weliswaar dat zij een aantal van die overeenkomsten bij haar beoordeling buiten beschouwing heeft gelaten, doch verzoeksters vragen zich af waarom deze dan in punt 296 van de bestreden beschikking worden vermeld alsof zij relevant zouden zijn.

45 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

Beoordeling door het Gerecht

46 Inderdaad hebben 9 exclusiviteitsovereenkomsten (te weten de overeenkomsten gesloten met AS Butikkdrift voor 1995 en 1996, met Kiwi Minipris Norge voor 1996, met Køff Hedmark voor 1996, met Rema 1000 voor 1996, met AKA/Spar Norge voor 1997, met Rewe Wiesloch en Rewe Hungen voor 1997, met De Boer Unigro voor 1997 en met Samenwerkende van den Broek Bedrijven voor 1997) die in punt 296 van de bestreden beschikking als in strijd met artikel 82 EG en artikel 54 EER-Overeenkomst gesloten overeenkomsten worden vermeld, betrekking op een periode die voorafgaat aan die waarop de bestreden beschikking betrekking heeft (1998-2002). Het is dus overduidelijk dat de Commissie een vergissing heeft begaan door die overeenkomsten in dat punt te vermelden, wat de Commissie overigens zelf heeft toegegeven in haar schrifturen.

47 Opgemerkt zij echter dat, enerzijds, bij de berekening van de geldboete geen rekening is gehouden met feiten die van vóór 1998 dateren, en dat anderzijds de Commissie heeft verklaard, zonder door verzoeksters te zijn weersproken, dat zij de vóór 1998 geldende overeenkomsten niet in aanmerking heeft genomen bij haar beoordeling van het gedeelte van de vraag dat niet vatbaar was voor mededinging door de concurrenten van verzoeksters, zodat de vaststellingen betreffende de door verzoeksters gevoerde afschermende strategie volledig losstaan van die negen overeenkomsten

48 Bij lezing van de hele bestreden beschikking valt elke onduidelijkheid dienaangaande weg (zie bijvoorbeeld de punten 134, 159, 166, 242, 264, 269, 394, 417 en 418 van de bestreden beschikking) en blijkt dat de Commissie op geen enkel moment rekening heeft gehouden met een van vóór 1998 daterende inbreuk. Deze grief kan dus niet worden aanvaard.

b) De overeenkomsten waarbij verzoeksters als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier" worden aangewezen

Argumenten van partijen

49 Verzoeksters verklaren dat de Commissie de overeenkomsten waarbij een klant zich ertoe verbond om hen als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier" te kiezen, „automatisch" als exclusiviteitsovereenkomsten heeft aangemerkt, ofschoon deze bewoordingen te vaag zijn om de overeenkomsten volgens het overeenkomstenrecht als exclusiviteitsovereenkomsten te kunnen aanmerken. Bovendien zou de Commissie deze overeenkomsten als exclusiviteitsovereenkomsten hebben aangemerkt in weerwil van het feit dat de betrokken klanten RVM hadden gekocht bij de concurrenten van verzoeksters en hadden verklaard dat de overeenkomsten in feite geen exclusiviteitsovereenkomsten waren.

50 Volgens verzoeksters heeft de Commissie verzuimd, in de bestreden beschikking te onderzoeken of er een naar nationaal overeenkomstenrecht afdwingbaar exclusiviteitsrecht was gecreëerd. In de bestreden beschikking zouden de overeenkomsten immers niet aan de nationale wettelijke regeling zijn getoetst. In de bestreden beschikking en in de verzoeken om inlichtingen die de Commissie vóór de vaststelling van die beschikking had gedaan, zouden onduidelijke afspraken, die geen afdwingbare verbintenissen creëren, op een lijn worden gesteld met afdwingbare formele overeenkomsten. Verzoeksters betogen dat dit weliswaar denkbaar is in het kader van een mededingingsregeling in de zin van artikel 81 EG, maar niet in het kader van een exclusiviteitsovereenkomst als bedoeld in artikel 82 EG. Tenzij de inachtneming ervan naar nationaal overeenkomstenrecht kan worden afgedwongen, zou een exclusiviteitsverbintenis de concurrent niet beletten om te verkopen aan de klant en de klant niet beletten om het aanbod te aanvaarden. Verder zou een dergelijke overeenkomst de klanten niet ex ante kunnen afschrikken.

51 Bovendien wordt in de bestreden beschikking ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie betreffende de contractueelrechtelijke status van de documenten melding gemaakt van niet ter zake dienende bewijzen, zoals interne memoranda van verzoeksters, persberichten of het jaarverslag van de Tomra-groep. Dit zijn allemaal eenzijdige verklaringen van laatstgenoemde waarmee de klant niet heeft ingestemd. De Commissie zou de bewijswaarde van dergelijke verklaringen niet aan het nationale overeenkomstenrecht hebben getoetst.

52 Ten slotte betogen verzoeksters dat de overeenkomsten met de twee inkoopcombinaties Superunie (in 2001 in Nederland gesloten overeenkomst) en ICA/Hakon (voor de periode 2000-2001 in Zweden en Noorwegen gesloten overeenkomst) de leden van deze inkoopcombinaties geen juridische verplichting oplegden om slechts bij hen RVM te kopen, en dat er geen enkel bewijs voorligt dat deze overeenkomsten de zelfstandige detailhandelaren hebben „geprest" of „sterk hebben aangespoord" om al hun RVM bij verzoeksters te kopen.

53 Verzoeksters betogen dat inzonderheid met betrekking tot de overeenkomst met Superunie in de bestreden beschikking geen enkel bewijs wordt aangedragen op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat deze overeenkomst de zelfstandige winkeliers die lid zijn van Superunie, kon verplichten om 130 RVM te kopen bij verzoeksters. In dit verband zou de Commissie veeleer de bewijslast hebben omgekeerd door te verklaren dat „er geen bewijs [was] dat de individuele leden zich niet gebonden voelden [...]" door de overeenkomst. Indien de leden bij een concurrent van verzoeksters een gunstigere aankoop hadden kunnen doen, zou de Commissie volgens verzoeksters niet hebben proberen uit te leggen waarom de leden niettemin beslisten om bij hen te kopen op grond van een op het centrale niveau van hun organisatie gesloten niet-bindende overeenkomst.

54 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

Beoordeling door het Gerecht

55 Anders dan verzoeksters stellen, heeft de Commissie de overeenkomsten waarbij een klant zich ertoe verbond om verzoeksters als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier" te kiezen, niet „automatisch" als exclusiviteitsovereenkomsten aangemerkt. Dit blijkt namelijk uit de punten 114 tot en met 122 en 286 en volgende van de bestreden beschikking, waarin de aanpak en de vaststellingen van de Commissie dienaangaande omstandig zijn uitgezet.

56 Bovendien biedt de omstandigheid dat sommige klanten in de „voorkeurleverancierovereenkomsten" een clausule wilden doen opnemen volgens welke zij apparaten van concurrenten mochten kopen om deze uit te proberen, steun voor de conclusie dat die overeenkomsten als exclusiviteitsovereenkomsten waren opgezet en dat de mogelijkheid om apparaten van concurrenten te kopen alleen werd geboden om die apparaten uit te proberen.

57 Het is overigens op basis van de beschikbare bewijselementen met betrekking tot de bedoeling van de partijen dat de Commissie in de bestreden beschikking de „voorkeurleverancierovereenkomsten" als exclusiviteitsovereenkomsten heeft aangemerkt. Uit deze bewijselementen blijkt dat die overeenkomsten wel degelijk op exclusiviteit waren gericht en aldus werden begrepen, ongeacht of zij naar nationaal overeenkomstenrecht afdwingbaar waren.

58 In de overeenkomst met Royal Ahold bijvoorbeeld wordt het Tomra-concern als „hoofdleverancier" aangemerkt. Tijdens de onderhandelingen met deze klant had de voorzitter van Tomra Systems ASA echter verklaard (zie punt 139 en voetnoot 237 van de bestreden beschikking):

„Wij geven er dus de voorkeur aan dat [het concern] Tomra de wereldwijd ‚exclusieve' leverancier van de met de emballage-innameautomaten samenhangende diensten

aan Ahold wordt genoemd. Om de fundamentele bedoeling van de partijen uit te drukken zouden andere woorden dan ‚exclusief' kunnen worden bedacht, doch los van de keuze van de termen bestaat de overeenkomst waarover wij de hele tijd hebben onderhandeld, hierin dat [het concern] Tomra het recht heeft apparaten te installeren [...] in elke nieuwe winkel die emballage-innameautomaten nodig heeft en [...], bij het verstrijken van bestaande overeenkomsten, in elke winkel waarin thans emballage-innameautomaten van een concurrent staan."

59 Met betrekking tot de stelling van verzoeksters dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft onderzocht of de overeenkomsten volgens de toepasselijke wettelijke regeling exclusiviteitsovereenkomsten zijn, dient eraan te worden herinnerd dat het, om van misbruik van machtpositie in de zin van artikel 82 EG te kunnen spreken, niet nodig is dat een onderneming met een machtspositie de kopers een formele verplichting oplegt. Het volstaat dat de klanten worden aangespoord om niet bij concurrerende leveranciers aan te kopen en zich voor het geheel of een aanzienlijk deel van hun behoeften uitsluitend bij de betrokken onderneming te bevoorraden (zie in die zin arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punten 89 en 90).

60 Dienaangaande zij erop gewezen dat het Tomra-concern in de betrokken overeenkomsten vaak als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier" van de betrokken klant werd aangemerkt en dat die overeenkomsten daarnaast ook kwantumtoezeggingen of geleidelijk toenemende kortingen met terugwerkende kracht naargelang van de aankoop van een bepaalde hoeveelheid bevatten. De voor 2000 tot en met 2002 met de Nederlandse groep Royal Ahold en met ICA/Hakon/Ahold voor Zweden en Noorwegen gesloten overeenkomsten zijn voorbeelden van dergelijke overeenkomsten.

61 Met betrekking tot, ten slotte, de door verzoeksters met inkoopcombinaties zoals Superunie en ICA/Hakon gesloten overeenkomsten dient er enerzijds op te worden

gewezen dat verzoeksters niet betwisten dat deze overeenkomsten bindend waren voor de inkoopcombinaties die ze hadden ondertekend, en anderzijds dat voor het antwoord op de vraag of die overeenkomsten ook het aankoopgedrag van de leden van de inkoopcombinatie beïnvloedden, geen formeel onderzoek behoeft te worden verricht.

62 Met de Commissie dient immers te worden opgemerkt dat wanneer de onderhandelde voorwaarden afhankelijk zijn van de aankoop van doelhoeveelheden door de inkoopcombinatie in haar geheel, het sluiten van een dergelijke overeenkomst impliceert dat de leden van de combinatie ertoe worden aangezet aankopen te verrichten om de overeengekomen doelhoeveelheid te bereiken.

63 De omstandigheid dat de in de overeenkomst met ICA/Ahold/Hakon vastgestelde aankoophoeveelheid werd bereikt (zie punt 171 van de bestreden beschikking) toont overigens aan hoezeer de inkoopcombinatie invloed kon uitoefenen op het aankoopgedrag van de zelfstandige detailhandelaren.

64 In de overeenkomst met Superunie werden de verschillende leden bovendien uitdrukkelijk genoemd met vermelding van het aantal apparaten dat ieder van hen werd geacht te kopen.

65 Ten slotte zij beklemtoond dat, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, het dossier inderdaad verschillende elementen bevat die erop wijzen dat nauwgezet werd toegezien op de inachtneming van de overeenkomst en dat pressie werd uitgeoefend op de zelfstandige distributeurs.

66 In dit verband dient bijvoorbeeld melding te worden gemaakt van de brief die Tomra Europe op 16 februari 2001 aan ICA Ahold heeft gezonden over de overeenkomst van 13 oktober 2000. Daarin wordt uiting gegeven aan de bezorgdheid van verzoeksters over het ritme van de aankopen die ICA op grond van de overeenkomst doet, en wordt eraan herinnerd dat ICA „heeft toegezegd, op centraal niveau haar best te

doen om het Tomra-concern te ondersteunen in haar netwerk van winkels en om haar franchisenemers ertoe aan te zetten hun oude apparaten sneller te vervangen en 100 % trouw te blijven aan de overeenkomst." In die brief wordt gepreciseerd dat de centrale steun van ICA „tot nog toe kennelijk niet doeltreffend is geweest", en dat de mededeling door ICA van de stimuli die op grond van de overeenkomst aan haar franchisenemers worden geboden, niet voldoende was. Tomra Europe verzocht ICA dus, spoedmaatregelen te treffen om het plan volgens de overeenkomst ten uitvoer te leggen.

67 Gelet op het voorgaande dient deze grief van verzoeksters dus te worden afgewezen.

c) De geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en de geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht

Argumenten van partijen

68 Verzoeksters stellen dat niet is aangetoond dat zij de behoeften van de klant nauwkeurig konden ramen.

69 In de eerste plaats voeren zij aan dat de Commissie in de bestreden beschikking toegeeft dat de klanten verzoeksters niet in kennis stelden van het (nagenoeg) totale aantal RVM die zij nodig zouden hebben in de periode waarop de overeenkomst betrekking had.

70 In de tweede plaats zijn verzoeksters van mening dat, indien de vraag naar RVM niet-terugkerend en onregelmatig was zoals in de bestreden beschikking wordt gezegd, het aantal RVM dat een klant in een bepaald jaar kocht, hen niet in staat stelde de (nagenoeg) totale vraag van diezelfde klant in het daaraanvolgende jaar te ramen.

71 Bovendien komen verzoeksters op tegen de stelling van de Commissie dat de vraag van iedere klant gemakkelijk kon worden voorzien „aangezien zij werd gecreëerd of verhoogd door de invoering van stelsels van verplicht statiegeld." Verzoeksters verklaren dienaangaande dat geen enkele van de vijf staten waarin de gestelde inbreuken zouden hebben plaatsgevonden, tussen 1998 en 2002 een stelsel van verplicht statiegeld heeft ingevoerd.

72 In de derde plaats zou de Commissie indirect hebben toegegeven dat verzoeksters niet in staat waren de (nagenoeg) totale behoeften aan RVM van hun klanten te ramen, aangezien zij in de gehele bestreden beschikking alle cijfers die rechtstreeks of indirect betrekking hadden op de traditionele jaarlijkse aankopen van RVM, als zakengeheim heeft gewist.

73 Ten slotte verklaren verzoeksters dat het zelden voorkwam dat de kwantumtoezeggingen en -doelstellingen samenvielen met de daadwerkelijke aankopen van de klanten. De daadwerkelijke aankopen waren ofwel veel lager ofwel veel hoger dan de gestelde kwantumtoezeggingen, terwijl de klant ook RVM kocht bij concurrenten van verzoeksters. Ter ondersteuning van die stelling leggen verzoeksters een door economisten opgesteld rapport voor, waarin de daadwerkelijke aankopen van iedere relevante klant worden vergeleken met de gestelde kwantumtoezeggingen.

74 Verzoeksters wijzen erop dat uit de empirische vaststellingen van dit rapport blijkt dat de daadwerkelijke aankopen van RVM de overeengekomen hoeveelheden

stelselmatig overtroffen. Dit zou te wijten zijn aan het feit dat verzoeksters een „revolutionaire technologie" konden aanbieden, die de klanten per se in hun verkooppunten wilden installeren. Dit spoort echter niet met de bestreden beschikking (zie punt 123 daarvan), waarin wordt verklaard dat de in de overeenkomsten voorziene aankopen „volledig of nagenoeg volledig" overeenkwamen met het aantal RVM dat de klant uiteindelijk kocht in de periode waarop de overeenkomst betrekking had.

75 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

Beoordeling door het Gerecht

76 Met betrekking tot de geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en de geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht betogen verzoeksters dat nergens uit blijkt dat zij tijdens de onderzochte periode in staat waren, de RVM-behoeften van hun klanten correct te ramen. Volgens verzoeksters hangt de onrechtmatigheid van dit soort praktijken echter juist af van het vermogen van de leverancier om de behoeften van de klanten te ramen.

77 Om te beginnen dient erop te worden gewezen dat de Commissie in de bestreden beschikking daadwerkelijk heeft geoordeeld dat de kwantumtoezeggingen en de kortingsregelingen voor iedere klant waren geïndividualiseerd, en dat de drempels betrekking hadden op de totale behoeften of een groot deel van de behoeften van de klant (zie bijvoorbeeld punt 319 van de bestreden beschikking).

78 Bijgevolg kan met verzoeksters worden aangenomen dat de bestreden beschikking ter zake van de daarin geponeerde stelling betreffende de kwantumtoezeggingen en de kortingsregelingen berust op de omstandigheid dat verzoeksters in staat waren, dit soort overeenkomsten te individualiseren op basis van hun kennis van de behoeften van iedere klant. Het argument van verzoeksters is echter gebaseerd op het feit dat zij in feite niet in staat waren, de behoeften van de klanten nauwkeurig te ramen, en dat de Commissie dus niet kon spreken van geïndividualiseerde overeenkomsten. Bijgevolg dient te worden nagegaan of de Commissie in dit verband een fout heeft gemaakt.

79 In de eerste plaats dient erop te worden gewezen dat de klant soms een prognose gaf over zijn vraag, zoals is gebeurd in het kader van de overeenkomst met Rimi Svenska. Bovendien hebben verzoeksters in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar aangevoerd dat „het normaal en noodzakelijk [was], dat de twee partijen" tijdens de onderhandelingen „een approximatieve voorstelling" hadden „van de hoeveelheid, dat wil zeggen het aantal eenheden waarop de overeenkomst betrekking zou hebben".

80 In de tweede plaats stellen verzoeksters verkeerdelijk dat de Commissie heeft geconstateerd dat de doelstellingen uitsluitend op basis van de verrichte aankopen waren vastgesteld. Integendeel, de Commissie heeft in de bestreden beschikking terecht geoordeeld dat, gelet op de kenmerken van de RVM-markt, de vraag van iedere klant gemakkelijk kon worden geraamd. Om de toekomstige behoeften van hun klanten te ramen beschikten verzoeksters over verschillende elementen: de door de klanten zelf verstrekte gegevens, de door de klanten in het jaar daarvoor of in eerdere jaren gedane aankopen, de transparante gegevens over de meest relevante factoren (aantal en omvang van de verkooppunten, bestaan of voorzienbare installatie van een emballage-innameautomaat) alsmede de door verzoeksters zelf op basis van hun grondige kennis van de markt verrichte marktstudies (zie punt 298 van de bestreden beschikking).

81 Inzonderheid aangaande het argument van verzoeksters dat geen enkel van de vijf landen waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, tussen 1998 en 2002 een

stelsel van verplicht statiegeld heeft ingevoerd, dient erop te worden gewezen dat de vraag naar RVM is gestegen in het vooruitzicht van de invoering van een stelstel van statiegeld. Dit is in Duitsland gebleken in de periode 2000-2001, ofschoon het stelsel pas eind 2002 daadwerkelijk is ingevoerd (zie punten 188, 219 en 221 van de bestreden beschikking). Ook stelsels van „vrijwillige" inzameling van drankverpakkingen, zoals het in Noorwegen bestaande stelsel, hebben een kennelijke en voorzienbare invloed gehad op de vraag naar RVM (zie punt 242 van de bestreden beschikking).

82 Hieruit volgt dat, anders dan verzoeksters stellen, een „niet-terugkerende" en „onregelmatige" vraag niettemin gemakkelijk kan worden voorzien, zoals in casu het geval was.

83 Uit de omstandigheid dat de gegevens van de klanten over hun aankopen bij concurrenten in de bestreden beschikking vertrouwelijk zijn behandeld, kan niet worden afgeleid dat verzoeksters niet in staat waren de vraag van hun klanten te ramen. Het verzoek van de klanten om vertrouwelijke behandeling wijst er gewoon op dat zij verzoeksters geen kennis wilden geven van hun aankopen bij de concurrenten.

84 Met betrekking tot, ten slotte, het ontbreken van een stelselmatige samenhang tussen de gestelde kwantumtoezeggingen en de daadwerkelijke aankopen van de klanten, dient te worden opgemerkt dat de door verzoeksters voorgelegde studie op een onjuiste lezing van de bestreden beschikking berust. In de bestreden beschikking wordt immers gezegd dat de betrokken overeenkomsten doorgaans betrekking hadden op de volledige daadwerkelijke behoeften van de klanten of op een groot deel daarvan tijdens de periode waarvoor de overeenkomst gold, en niet dat de kwantumtoezeggingen precies moesten overeenkomen met de totale daadwerkelijke vraag zoals die ex post wordt vastgesteld (zie punten 102, 108, 123, 124 en 127 van de bestreden beschikking).

85 Verder wordt in de bestreden beschikking gepreciseerd dat wanneer de in de overeenkomsten vastgestelde doelstellingen niet overeenkwamen met de totale behoeften van de klant, zij ten minste overeenkwamen met 75 % à 80 % van diens totale vraag (zie bijvoorbeeld punt 159 van de bestreden beschikking).

86 In elk geval dient erop te worden gewezen dat de door verzoeksters voorgelegde statistische studie steun lijkt te bieden voor de stelling waarop de bestreden beschikking is gebaseerd. Zakelijk weergegeven toont de door verzoeksters a posteriori verrichte analyse immers aan dat de daadwerkelijke aankoophoeveelheden in de meeste gevallen net boven de in de kwantumtoezeggingen genoemde hoeveelheden lagen. Deze vaststelling wordt bevestigd door de door de Commissie verstrekte tabel waarin de kwantumtoezeggingen en de toegepaste doelkortingen worden vergeleken met de daadwerkelijke aankopen van de klanten.

87 Gelet op een en ander dient ook deze grief te worden afgewezen.

d) De beoordeling van een aantal op het grondgebied van Duitsland, Nederland, Zweden en Noorwegen gesloten overeenkomsten

88 Verzoeksters betogen dat voor vier van de vijf landen op het grondgebied waarvan de inbreuk zou zijn gepleegd, de meeste in de bestreden beschikking vermelde overeenkomsten onsamenhangend zijn beoordeeld. De Commissie had deze overeenkomsten dus niet in aanmerking mogen nemen en dit zou een voldoende grond voor nietigverklaring van de bestreden beschikking vormen. Verzoeksters komen niet op tegen de analyse van de in Oostenrijk gesloten overeenkomsten. Het eerste middel van het beroep ziet dus niet op die markt.

89 Hierna dienen dus de grieven inzake de overeenkomsten betreffende Duitsland, Nederland, Zweden en Noorwegen te worden onderzocht.

Duitsland

90 Verzoeksters betogen dat meer dan de helft van de door de Commissie aangevoerde overeenkomsten betreffende Duitsland niet bestonden of geen exclusiviteitsclausule, kwantumtoezeggingen of kortingen met terugwerkende kracht bevatten.

91 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

— Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen (1998-1999)

92 Volgens verzoeksters was deze overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst en stond daarin alleen dat de klant bij hen op geconcentreerde wijze RVM moest kopen. Het was de klant echter toegestaan, apparaten van concurrenten uit te proberen en aan te kopen indien deze aanzienlijke voordelen bieden.

93 Verzoeksters voegen daaraan toe dat de Commissie niet aantoont dat de overeenkomst als exclusiviteitsovereenkomst kan worden aangemerkt.

94 Opgemerkt zij dat, anders dan verzoeksters stellen, de overeenkomst van meet af aan als een exclusiviteitsovereenkomst was opgezet. Dit argument vindt steun in een gesprek tussen de twee vennootschappen, dat per e-mail binnen de Duitse dochtervennootschap van de Tomra-groep is verspreid.

95 Verder dient erop te worden gewezen dat wanneer een overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst is, de klant kan kiezen en bij om het even welke concurrent kan kopen. De klant behoeft normaliter niet aan te tonen dat de concurrent een „aanzienlijk voordeel" biedt, zoals in casu het geval is.

96 Met betrekking tot het argument dat in de betrokken overeenkomst wordt bepaald dat Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen de producten van concurrenten van verzoeksters daadwerkelijk mag uitproberen, dient erop te worden gewezen dat een klant de apparaten van een nieuwe leverancier een tijd lang moet hebben uitgeprobeerd alvorens ze te bestellen; een periode van exclusiviteit is dus niet onverenigbaar met het feit zich het recht voor te behouden om de apparaten van concurrenten uit te proberen. Een overeenkomst die geen exclusiviteitsovereenkomst is, bevat overigens in beginsel geen dergelijke clausule.

97 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat, zoals de Commissie terecht heeft beklemtoond, een overeenkomst in de regel geen clausules bevat die de aankoopkeuzen van de klant in bepaalde banen leiden of oriënteren. Clausules als die waarbij de klant de mogelijkheid wordt geboden om apparaten van concurrenten gedurende een beperkte tijd uit te proberen, of een clausule volgens welke de klant zich slechts bij een concurrent mag bevoorraden ingeval van een aanzienlijk voordeel, wijzen er namelijk niet op dat het niet gaat om een exclusiviteitsovereenkomst.

98 Mitsdien moet deze grief worden afgewezen.

— Edeka Handelsgesellschaft Hessenring (1999)

99 Verzoeksters komen op tegen de wijze waarop de Commissie de overeenkomst van 1999 heeft onderzocht. Zij stellen dat de Commissie geen enkel bewijs aandraagt voor haar stelling dat de drempel van 2 miljoen DEM (Duitse marken) voor het verkrijgen van een individuele korting van 0,5 % een op de (nagenoeg) volledige behoeften van de klant gebaseerde geïndividualiseerde kortingsregeling vormde. Zij voegen eraan toe dat Edeka Handelsgesellschaft Hessenring die drempel in 1999 niet heeft gehaald. Ook al zou er dus een van het bedrag van de aankopen afhankelijke kortingclausule hebben bestaan, dan nog had deze niet kunnen worden toegepast.

100 In dit verband dient er met verzoeksters op te worden gewezen dat de Commissie in de bestreden beschikking inderdaad niet aantoont dat de overeenkomst met Edeka Handelsgesellschaft Hessenring een op de (nagenoeg) volledige behoeften van de klant gebaseerde geïndividualiseerde kortingsregeling vormde. Bij gebreke van andere elementen lijkt het feit dat Edeka Handelsgesellschaft Hessenring niet voldoende producten heeft gekocht om de specifieke drempel voor het verkrijgen de korting te bereiken, deze omstandigheid te bevestigen.

101 Opgemerkt zij echter dat, ook al heeft de Commissie niet aangetoond dat het om een geïndividualiseerde overeenkomst ging, niet kan worden ontkend dat het in elk geval om een overeenkomst over een geleidelijk oplopende korting met terugwerkende kracht gaat. Verder dient erop te worden gewezen dat de Commissie heeft verklaard, zonder door verzoeksters te zijn weersproken, dat zij in de gevallen waarin de klant de drempel niet heeft gehaald, alleen de daadwerkelijke aankopen bij de onderneming met een machtspositie tijdens de looptijd van de overeenkomst tot het „gebonden markaandeel" heeft gerekend.

102 Bijgevolg kan deze grief van verzoeksters niet worden aanvaard.

— Edeka Baden-Württemberg (2000)

103 Verzoeksters stellen dat de betrokken overeenkomst niet als exclusiviteitsovereenkomst kan worden aangemerkt. Volgens hen gaat het om de bevestiging van een bestelling voor 1,7 % van de verkooppunten van Edeka. De overeenkomst zou geen andere elementen bevatten die erop wijzen dat het om een exclusiviteitsovereenkomst zou kunnen gaan.

104 Het door verzoeksters aangevoerde argument overtuigt niet, daar de Commissie tweemaal het bewijs levert dat het wel degelijk om een exclusiviteitsovereenkomst ging. Ter staving van haar argument legt de Commissie immers een interne nota van 24 september 2000 over, waarin sprake is van een lopende exclusiviteitsovereenkomst („bestehenden Exclusivvertrag").

105 Met betrekking tot het argument dat de Commissie op Edeka in haar geheel doelt, dient te worden gepreciseerd dat dit niet het geval is. De Commissie specificeert immers dat de overeenkomst alleen betrekking heeft op de nieuwe verkooppunten van Edeka.

106 Bijgevolg dient deze grief te worden afgewezen.

— COOP Schleswig-Holstein (2000)

107 Verzoeksters stellen dat de betrokken overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst is. Zij verklaren dat de Commissie slechts beschikte over een briefwisseling tussen COOP en hen waarin de aankoop van 25 RVM door COOP wordt bevestigd. Dit zou geen exclusiviteitsovereenkomst zijn, temeer daar COOP volgens verzoeksters slechts 7 RVM heeft gekocht. Verzoeksters concluderen daaruit dat de partijen zich niet gebonden voelden door deze brief.

108 Verzoeksters voegen daaraan toe dat de brief van 10 maart 2000 geen clausule bevatte die COOP belette zich bij hun concurrenten te bevoorraden.

109 Het door de Commissie verstrekte bewijs dat de brief van Tomra Systems GmbH aan COOP van 10 maart 2000 op een „raamovereenkomst met een exclusiviteitsclausule" doelde, toont echter afdoende aan dat de betrokken overeenkomst wel degelijk een exclusiviteitsovereenkomst was.

110 Om deze reden dient deze grief van verzoeksters te worden afgewezen.

— Netto

111 Verzoeksters betogen dat de geleidelijk oplopende bonus waarin deze overeenkomst voorziet, niet kon worden toegekend omdat de klant niet het aantal RVM had besteld dat nodig was om daarvoor in aanmerking te komen. Om recht te hebben op twee gratis RVM had Netto 150 RVM moeten bestellen. Volgens verzoeksters heeft Netto in 2001 echter slechts 109 RVM en in 2002 slechts 126 RVM besteld.

112 Verzoeksters voegen daaraan toe dat het streefdoel niet is bereikt omdat de daadwerkelijke aankopen veel lager zijn uitgevallen, en dat het feit dat zij de overeenkomst na het verstrijken van de aanvankelijke termijn eenzijdig hebben verlengd, niet ter zake dienend is, omdat de klant er niet op kon rekenen dat zij de overeenkomst zouden verlengen, wat in het onderhavige geval elke afschrikkende werking uitsluit.

113 Met betrekking tot de overeenkomst met Netto dient erop te worden gewezen dat de drempels weliswaar niet zijn bereikt, doch dat in punt 202 van de bestreden beschikking wordt gezegd dat die overeenkomst waarschijnlijk is verlengd om de klant de mogelijkheid te bieden de drempels later te halen. Verzoeksters hebben niet aangetoond dat dit laatste niet het geval is geweest. Bijgevolg dient deze grief te worden afgewezen.

— Rewe Wiesloch en Rewe-Hungen (1997)

114 Verzoeksters betwisten dat zij de exclusieve leverancier van RVM aan deze twee organisaties zijn geweest en verklaren dat Halton in 1997 de opdracht voor de levering van RVM in de wacht had gesleept.

115 Op deze grief dient echter niet te worden beslist, omdat de overeenkomst niet binnen de in de bestreden beschikking onderzochte periode valt.

— Rewe Hungen (2000)

116 Verzoeksters betogen dat de overeenkomst niet in strijd is met artikel 82 EG omdat de door Rewe bij hen gedane bestelling ver beneden de behoeften van de klant (minder dan 50 %) bleef. Bovendien zou, als men hen mag geloven, de daadwerkelijk gekochte hoeveelheid veel hoger zijn geweest dan het tussen de partijen overeengekomen streefdoel.

117 Opgemerkt zij dat de omstandigheid dat een klant de in de overeenkomst bepaalde drempel niet haalt, niets afdoet aan het feit dat de korting een extra stimulus is om het streefdoel te bereiken. Verder dient erop te worden gewezen dat de Commissie bij de berekening van de omvang van de aan de mededinging onttrokken hoeveelheid alleen rekening heeft gehouden met de hoeveelheid tot aan de drempel (in het onderhavige geval 20 apparaten) en de overige aankopen van de klant als voor mededinging vatbare aankopen heeft beschouwd.

118 Bijgevolg dient deze grief van verzoeksters te worden afgewezen.

119 Gelet op een en ander dient te worden geconcludeerd dat de bestreden beschikking geen kennelijke beoordelingsfout ter zake van de in Duitsland gesloten overeenkomsten bevat.

Nederland

120 Verzoeksters komen op tegen het oordeel van de Commissie over vier overeenkomsten die in de aan Nederland gewijde afdeling van de bestreden beschikking zijn onderzocht. Volgens verzoeksters zijn deze overeenkomsten, waaruit geen schending van artikel 82 EG kon worden afgeleid, in de bestreden beschikking onjuist gekwalificeerd.

121 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

— Albert Heijn (1998-2000)

122 Verzoeksters betogen dat hun niet-ondertekende bevestiging van bestelling van 30 oktober 1998, waarin staat dat Albert Heijn telefonisch 200 RVM had besteld, geen informatie bevat die steun kan bieden voor de stelling dat Albert Heijn gehouden was 200 RVM te kopen of dat de prijs zou veranderen indien de klant minder RVM zou kopen, of dat dit aantal de volledige of nagenoeg volledige behoeften van de klant dekte. In feite zou de Commissie erkennen dat Albert Heijn in april 2000 bij verzoeksters slechts 121 RVM had gekocht.

123 Opgemerkt zij echter dat in het betrokken document uitdrukkelijk wordt gezegd dat Albert Heijn gehouden was 200 RVM te kopen: „Albert Heijn verbindt zich ertoe 200 emballage-innameautomaten van het model Tomra T600 te kopen vóór 31 december 2000, met verlenging tot en met 31 maart 2001."

124 Verder zij erop gewezen dat, zoals de Commissie heeft gesteld, verzoeksters haar deze overeenkomst hebben overgelegd in het kader van hun antwoord van 14 maart 2002 op het verzoek om inlichtingen dat de Commissie op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 had gedaan, en in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar niet hebben aangevoerd dat de in die mededeling besloten liggende overeenkomst niet was ondertekend of nooit had bestaan.

125 Met betrekking tot de vaststelling dat Albert Heijn in april 2000 bij verzoeksters slechts 121 RVM had gekocht, dient te worden opgemerkt dat op dat tijdstip de overeenkomst volgens de daarin bepaalde einddatum nog een looptijd van een vol jaar had. Gelet op deze elementen kan dus niet worden aangenomen dat de overeenkomst niet in acht is genomen.

126 Hieraan dient te worden toegevoegd dat het bestaan van deze overeenkomst wordt bevestigd door de hierna onderzochte overeenkomst Royal Ahold Global Master, een ruimere exclusiviteitsovereenkomst gesloten met de groep Royal Ahold, waartoe Albert Heijn behoorde. In artikel 4.2 van deze overeenkomst wordt melding gemaakt van de eerdere overeenkomst met Albert Heijn en wordt eraan herinnerd dat „op grond van de overeenkomst van 30 oktober 1998" Albert Heijn nog steeds „gehouden is 79 apparaten bij [Tomra Systems BV] te kopen", wat overeenkomt met het verschil tussen de aanvankelijke toezegging om 200 apparaten te kopen en de 121 apparaten die reeds waren gekocht.

127 Gelet op een en ander dient te worden geconcludeerd dat het betrokken document getuigt van het bestaan van een overeenkomst op grond waarvan Albert Heijn gehouden was bij verzoekster 200 RVM te kopen.

— Royal Ahold (2000-2002)

128 Verzoeksters betwisten dat de overeenkomst Royal Ahold Global Master een exclusiviteitsovereenkomst was, en betogen dat deze overeenkomst Royal Ahold geenszins belette apparaten bij concurrenten te kopen. Zij voeren aan dat in artikel 1.2 van de overeenkomst uitdrukkelijk wordt gezegd dat het Royal Ahold vrijstaat, bij andere leveranciers te kopen, en dat Royal Ahold niet verplicht is de bestaande overeenkomsten met andere leveranciers van RVM te beëindigen. In feite betogen verzoeksters dat zij slechts de „hoofdleverancier" en niet de uitsluitende leverancier wilden zijn.

129 Verzoeksters voegen daaraan toe dat de Commissie in de bestreden beschikking zelf erkent dat Royal Ahold tijdens de looptijd van de overeenkomst bij andere leveranciers RVM heeft gekocht. Verder stellen zij dat de in het verweerschrift aangehaalde verklaringen en de door hen verstrekte toelichtingen bij de overeenkomsten naar het in de onderhavige zaak toepasselijke overeenkomstenrecht [te weten het recht van New York (Verenigde Staten)] geen elementen vormen die een rechterlijke instantie ervan kunnen overtuigen, Royal Ahold te verplichten de exclusiviteit in acht te nemen. Dat Royal Ahold apparaten heeft gekocht bij de concurrenten, doet de vraag rijzen in hoeverre deze overeenkomst afschrikkende werking heeft gehad.

130 De argumenten van verzoeksters betreffende de overeenkomst met Royal Ahold kunnen niet worden aanvaard.

131 De in de bestreden beschikking aangehaalde documenten bevestigen immers dat het om een exclusiviteitsovereenkomst ging. Zo wordt in het persbericht van verzoeksters van 13 april 2000 gezegd dat „[het Tomra-concern] en [...] Royal Ahold een wereldwijde overeenkomst hebben gesloten op grond waarvan [het Tomra-concern] voor een periode van drie jaar de uitsluitende leverancier van Royal Ahold voor emballage-innameautomaten en daarmee samenhangende diensten is" (zie punt 139 van de bestreden beschikking).Verder dient erop te worden gewezen dat verzoeksters dat in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk hebben erkend.

132 Het is juist, en de Commissie geeft dat overigens toe, dat de overeenkomst Royal Ahold niet verplicht bestaande overeenkomsten met andere leveranciers van RVM vóór de einddatum op te zeggen. Opgemerkt zij echter dat in artikel 1.2. van de overeenkomst wordt bepaald dat de aankopen van bijkomende RVM bij concurrenten niet „verboden" zijn „op voorwaarde dat de looptijd van de overeenkomsten met betrekking tot die bijkomende apparaten niet langer is dan de langste restlooptijd in het verkooppunt waar die apparaten worden geïnstalleerd."

133 In artikel 1.2. van de betrokken overeenkomst wordt dus bepaald dat de overeenkomsten met andere leveranciers geleidelijk moeten worden beëindigd en dat met concurrenten gesloten overeenkomsten waarvan de looptijd de langste restlooptijd van een overeenkomst in het betrokken verkooppunt overschrijdt, niet zullen worden aanvaard.

134 Bijgevolg moet deze grief van verzoeksters worden afgewezen.

— Lidl (1999-2000)

135 Verzoeksters betogen dat de Commissie met betrekking tot de overeenkomst van april 1999 heeft verzuimd aan de bewijselementen toe te voegen dat op de bestelling van Lidl uitdrukkelijk is vermeld dat Lidl Nederland GmbH geen exclusiviteitsovereenkomst aangaat.

136 Bovendien zou de Commissie de bewijselementen onjuist opvatten waar zij verklaart dat Lidl van plan was „ten minste" 40 RVM te kopen, omdat in de brief gewoon wordt gezegd dat Lidl van plan was 40 RVM te kopen. De Commissie zou ook hebben erkend dat Lidl in 1999 bij verzoeksters slechts 21 RVM heeft gekocht.

137 Verzoeksters wijzen erop dat de Commissie in punt 142 van de bestreden beschikking verwijst naar een in 2000 gesloten overeenkomst om „tegen het einde van dat jaar 44 oude Halton-apparaten en 33 oude Tomra-apparaten te vervangen door 77 nieuwe RVM van Tomra." Aangezien geen minimumhoeveelheid wordt genoemd, zou die brief slechts bevestigen dat Lidl 77 RVM had besteld ter vervanging van een zelfde

aantal oude RVM in haar winkels. De Commissie zou hebben erkend dat Lidl in 2000 bij verzoeksters 82 RVM heeft gekocht. Volgens verzoeksters toont die brief duidelijk aan dat Lidl hen verzocht haar apparaten te vervangen omdat de geavanceerde technologie van de apparaten van verzoeksters beter voorzag in de specifieke behoeften van Lidl.

138 Met betrekking tot de overeenkomst van april 1999 staat vast dat die overeenkomst met Lidl in de bestreden beschikking niet als exclusiviteitsovereenkomst wordt aangemerkt. Deze overeenkomst is beschreven onder het kopje „Exclusiviteit en kwantumtoezeggingen" in punt 142 van de bestreden beschikking en onder het kopje „Kwantumtoezeggingen en eenzijdige voorwaarden voor bepaalde hoeveelheden" in punt 302 van de bestreden beschikking. Aangaande de vaststelling door verzoeksters dat Lidl in 1999 slechts 21 apparaten heeft gekocht, dient erop te worden gewezen dat deze omstandigheid geen afbreuk doet aan het feit dat de klant zich ertoe verbond 40 apparaten te kopen over een periode van twee jaar en dat de in de overeenkomst bepaalde periode van twee jaar nog niet was verstreken.

139 Bijgevolg dienen de opmerkingen van verzoeksters over deze overeenkomst van de hand te worden gewezen.

140 Met betrekking tot de op 29 september 2000 ondertekende overeenkomst behoeft slechts te worden opgemerkt dat verzoeksters niet betwisten dat de klant zich ertoe had verbonden tegen het einde van het jaar 77 apparaten te kopen, en dat deze overeenkomst in de bestreden beschikking niet in aanmerking is genomen voor de berekening van het deel van de markt dat niet vatbaar was voor verovering door concurrenten van verzoeksters (zie punt 163 en voetnoot 335 van de bestreden beschikking).

141 Bijgevolg kan deze grief evenmin worden aanvaard.

— Superunie (2001)

142 Verzoeksters betogen, zakelijk weergegeven, dat Superunie een inkoopcombinatie naar Nederlands recht is, dat de leden ervan hun aankoopbeslissingen autonoom nemen, en dat de met een dergelijke organisatie gesloten overeenkomst, die een toezegging bevatte om over een periode van anderhalf jaar ten minste 130 apparaten te kopen, niet bindend is voor de leden ervan.

143 De argumenten van verzoeksters kunnen niet worden aanvaard. Dienaangaande zij verwezen naar de overwegingen in de punten 61 tot en met 66 hierboven, betreffende de overeenkomsten met inkoopcombinaties.

144 Gelet op een en ander dient te worden geoordeeld dat de bestreden beschikking met betrekking tot de vier door verzoeksters betwiste overeenkomsten in Nederland niet op een kennelijke beoordelingsfout berust

Zweden

145 Verzoeksters betogen dat het merendeel van de in Zweden gesloten overeenkomsten in de bestreden beschikking onjuist wordt gekwalificeerd, en dat de beschikking daardoor op een kennelijke fout berust.

146 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

— ICA Handlares (Zweden) en Hakon Gruppen (Noorwegen) (2000-2002)

147 Verzoeksters stellen dat aangezien deze overeenkomst een bijlage bij de overeenkomst tussen de Tomra-groep en Royal Ahold is, zij niet als exclusiviteitsovereenkomst kan worden aangemerkt voor zover de overeenkomst met Royal Ahold zelf niet als exclusiviteitsovereenkomst is aangemerkt.

148 Verzoeksters voegen daaraan toe dat ICA en Hakon „centrale bestuurskantoren" voor volledig autonome verkooppunten zijn. Zij stellen dan ook dat zelfs al was de betrokken overeenkomst een exclusiviteitsovereenkomst, niets de verkooppunten belette RVM te kopen bij concurrenten van verzoeksters.

149 Met betrekking tot het argument inzake de kwalificatie van de overeenkomst als exclusiviteitsovereenkomst zij erop gewezen dat de overeenkomst Royal Ahold Global Master hierboven is onderzocht en dat is geconcludeerd dat deze overeenkomst een exclusiviteitsovereenkomst is (zie punten 128 tot en met 133 hierboven). De Commissie heeft dus terecht geconcludeerd dat, aangezien de overeenkomst met ICA een bijlage bij die overeenkomst is, zij per definitie ook een exclusiviteitsovereenkomst is. Bovendien blijkt uit het dossier, en met name uit het „voorstel voor extra globale korting in Noorwegen en Zweden", dat de Commissie terecht heeft verklaard dat de overeenkomst ook een clausule bevatte volgens welke bij de aankoop van RVM een extra korting kon worden gekregen. De Commissie heeft de overeenkomst immers als misbruik aangemerkt omdat deze niet alleen een exclusiviteitsclausule bevatte. ICA kreeg een korting van 10 % bovenop de specifieke kortingsregeling in Zweden indien zij zich ertoe verbond in de periode van 2000 tot 2002 voor het grondgebied van Zweden en Noorwegen ten minste 1 100 nieuwe RVM te kopen. De overeenkomst had dus niet alleen tot doel exclusiviteit overeen te komen, maar ook de klanten ICA en Hakon aan zich te binden door middel van een korting die werd betaald indien meer RVM werden gekocht dan de vastgestelde hoeveelheid.

150 Met betrekking tot het argument dat verzoeksters aan de autonomie van de verkooppunten ontlenen, behoeft slechts te worden verwezen naar de overwegingen in de punten 61 tot en met 66 hierboven, betreffende de inkoopcombinaties.

151 Om deze redenen dient deze grief volledig te worden afgewezen.

— Rimi Svenska (2000)

152 Verzoeksters stellen dat er geen kwantumtoezegging bestond met betrekking tot de totale bestelling van april 2000. In de periode waarop de overeenkomst betrekking had, zou Rimi Svenska immers slechts 23 RVM voor 2,6 miljoen SEK (Zweedse kronen) hebben gekocht, terwijl de korting met terugwerkende kracht slechts moest worden betaald indien de aankopen 7,5 miljoen SEK overschreden.

153 In repliek verklaren verzoeksters dat het vastgestelde streefdoel evenmin is bereikt in het kader van de ruimere overeenkomst met ICA.

154 Deze argumenten kunnen niet in aanmerking worden genomen. In oktober 2000 is de overeenkomst met Rimi Svenksa immers vervangen door een ruimere overeenkomst met ICA Ahold, waarvan Rimi Svenska een dochtervennootschap is. Deze overeenkomst voorzag in dezelfde korting van 10 %, maar onder flexibelere voorwaarden voor de verkrijging ervan. Rimi Svenska heeft de korting waarop zij op grond van de eerdere overeenkomst recht had, dus niet verloren. Die overeenkomst voorzag overigens ook in een korting voor het geval dat Rimi Svenska de Tomra-groep als hoofdleverancier aanwees.

155 In dit verband mag niet worden voorbijgegaan aan de als bijlage bij het verzoekschrift gevoegde brief van 2 november 2000. Deze brief bevestigt immers dat Rimi Svenska een deel van de korting met terugwerkende kracht heeft ontvangen, en dat de rest haar in november 2000 is betaald. In die brief wordt bovendien gepreciseerd dat de totale bestelling is geannuleerd en vervangen door de overeenkomst met ICA, die algemener was, zoals in punt 154 hierboven is gezegd. Bovendien is de stelling van verzoeksters dat het vastgestelde streefdoel ook niet is bereikt in het kader van de ruimere overeenkomst met ICA, niet onderbouwd.

156 Bijgevolg moet ook deze grief worden afgewezen.

— Spar, Willys en KB Exonen (groep Axfood) (2000)

157 Verzoeksters betogen dat de Commissie geen enkel bewijs heeft aangedragen voor het bestaan van een overeenkomst waarbij aan Spar het „recht" op kortingen met terugwerkende kracht is gegeven. Zij voeren aan dat zij in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk hebben verwezen naar de verklaring van Axfood dat Spar en Willys hun aankopen verrichtten op grond van een overeenkomst tussen D-Gruppen en de Tomra-groep die niet voorzag in kwantumkortingen.

158 In dit verband dient erop te worden gewezen dat de Commissie in de bestreden beschikking verklaart dat de betrokken overeenkomst voorziet in de toekenning van kortingen met terugwerkende kracht bij de aankoop van een bepaalde hoeveelheid producten van verzoeksters. Laatstgenoemden betogen dat de Commissie deze stelling niet heeft onderbouwd.

159 Verzoeksters lijken echter tegenstrijdige argumenten aan te voeren. In het kader van hun aan de Commissie verstrekte inlichtingen hebben zij immers erkend dat zij met Spar en Willys overeenkomsten hadden gesloten die voorzagen in kortingen met terugwerkende kracht. Later hebben zij verklaard dat deze overeenkomsten waren opgenomen in een ruimere overeenkomst die niet voorzag in kortingen, of nooit hadden bestaan. Ten slotte hebben zij gesteld dat bepaalde bewijsstukken zijn verdwenen.

160 Gelet op de gegevens waarover het Gerecht beschikt, moet deze grief zonder meer worden afgewezen.

— Axfood (2001)

161 Verzoeksters betogen dat deze overeenkomst niet bindend was en dat Axfood niet verplicht was de betrokken hoeveelheden te kopen. Zij voeren aan dat Axfood slechts de helft van de overeengekomen hoeveelheid heeft gekocht.

162 Vaststaat dat deze overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst is en evenmin kwantumtoezeggingen bevat.

163 Deze overeenkomst wordt in punt 314 van de bestreden beschikking genoemd onder het kopje „Kortingsregelingen". Uit punt 178 en voetnoot 389 van de bestreden beschikking blijkt dat het gaat om een overeenkomst die voorziet in drempels vanaf welke de klant recht heeft op kortingen naargelang van het aantal gekochte apparaten. Aangezien verzoeksters deze vaststelling niet betwisten, behoeft dus geen uitspraak te worden gedaan op deze grief.

— Axfood (2003-2004)

164 Volgens verzoeksters was deze overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst omdat het Axfood uitdrukkelijk was toegestaan, apparaten van concurrenten uit te proberen, en de overeenkomst haar niet belette, dergelijke apparaten te kopen.

165 Dienaangaande behoeft slechts te worden vastgesteld dat deze overeenkomst niet binnen de temporele werkingssfeer van de in de bestreden beschikking vastgestelde inbreuk valt. Bijgevolg behoeft geen uitspraak te worden gedaan op deze grief van verzoeksters.

166 Gelet op een en ander dient te worden geconcludeerd dat de bestreden beschikking geen kennelijke beoordelingsfout ter zake van de in Zweden gesloten overeenkomsten bevat.

Noorwegen

167 Verzoeksters betogen dat alle door de Commissie aangevoerde overeenkomsten betreffende Noorwegen (100 % van de verkopen van verzoeksters in Noorwegen) ofwel niet bestonden ofwel geen exclusiviteitsclausule, geen kwantumtoezeggingen of geen kortingen met terugwerkende kracht bevatten.

168 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

— Køff Hedmark en Rema 1000 (1996), AKA/Spar Norge (1997)

169 Verzoeksters betogen dat de gestelde overeenkomsten met bovengenoemde klanten geen exclusiviteitsovereenkomsten zijn, maar gewoon brieven waarin een aanbod met vermelding van de prijzen wordt gedaan.

170 Bovendien beklemtonen verzoeksters dat de overeenkomsten uit 1996 en 1997 dateren, zodat zij niet binnen de temporele werkingssfeer van de bestreden beschikking vallen.

171 Gelet op het feit dat deze drie overeenkomsten inderdaad buiten de temporele werkingssfeer van de beschikking vallen, behoeft geen uitspraak te worden gedaan op deze grief.

— NorgesGruppen, Hakon Gruppen, NKL (COOP) en Rema 1000 (1999-2000)

172 Verzoeksters verwijten de Commissie om te beginnen dat zij de verschillende betrokken overeenkomsten niet afzonderlijk heeft behandeld, en dat de betrokken punten van de beschikking „moeilijk te lezen" te zijn.

173 Zij stellen dat de overeenkomst met NorgesGruppen geen exclusiviteitsovereenkomst is. De totale vraag van de klant bedroeg immers 1 300 RVM en daarvan zijn er slechts 635 bij verzoeksters gekocht. Uit de omstandigheid dat de behoeften groter waren dan de vraag, concluderen verzoeksters dat de overige apparaten bij de concurrenten

zijn gekocht. Zo zou de Commissie geen rekening hebben gehouden met een brief van 13 oktober 1998 waaruit de daadwerkelijke behoeften van klant van bleken.

174 Verder betogen verzoeksters dat de Commissie zelf heeft erkend dat NorgesGruppen niet verplicht was een minimumaantal RVM bij hen te kopen. In de bestelling en in de bevestiging daarvan wordt uitdrukkelijk vermeld dat de overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst is.

175 Ten slotte wijzen verzoeksters erop dat de Commissie terecht heeft aangevoerd dat NorgesGruppen de korting had moeten terugbetalen indien zij minder dan 500 RVM zou hebben gekocht. In werkelijkheid is dit niet nodig geweest omdat 635 apparaten zijn besteld. De Commissie zou niet hebben weten aan te tonen waarin de overeenkomst verschilt van een gewone korting naargelang van de hoeveelheid.

176 Verzoeksters stellen dat voor Hakon Gruppen geen minimumaantal aankopen was vastgesteld. In de bevestiging van de bestelling van de klant wordt immers gezegd dat hij een geringer aantal RVM mag aankopen, maar dan slechts recht heeft op korting voor de daadwerkelijk aangekochte apparaten. Dit wordt door de Commissie overigens niet betwist.

177 Verder verwijten verzoeksters de Commissie dat zij geen rekening heeft gehouden met de elementen die erop wijzen dat de overeenkomst geen exclusiviteitsovereenkomst was, met name met de notulen van een vergadering van het „Butikkutvalget" (winkelcomité) van 2 februari 1999.

178 Met betrekking tot NKL (COOP) betogen verzoeksters dat deze klant niet verplicht was de overeengekomen hoeveelheid te kopen en dat in de bestreden beschikking niet wordt aangetoond dat verzoeksters de bestelling aan de individuele vraag van de klant hebben aangepast. Verder verklaren verzoeksters dat NKL in de betrokken periode ook RVM heeft gekocht bij de concurrent Lindco.

179 Ten slotte betogen verzoeksters dat de gestelde overeenkomst met Rema 1000, waarin kortingen zouden zijn aangeboden voor een bestelling van 200 apparaten, door de klant niet is ondertekend en dat die overeenkomst Rema 1000 niet verplichtte een minimumaantal RVM te kopen. Zij wijzen op verklaringen van Rema 1000 volgens welke andere leveranciers niet dezelfde kwaliteit konden leveren en geen diensten van het zelfde niveau konden verstrekken als verzoeksters. Zij voegen daaraan toe dat Rema 1000 hoofdzakelijk bij de concurrenten heeft gekocht.

180 De overeenkomsten met NorgesGruppen, Hakon Gruppen, NKL (COOP) en Rema 1000 dienen samen te worden behandeld. Verzoeksters verwijten de Commissie, zakelijk weergegeven, dat zij deze overeenkomsten als exclusiviteitsovereenkomsten heeft aangemerkt en heeft geoordeeld dat verzoeksters een geleidelijk oplopende korting naargelang van de bestelde hoeveelheid verleenden.

181 Op het argument inzake het bestaan van exclusiviteitsovereenkomsten behoeft geen uitspraak te worden gedaan, aangezien deze overeenkomsten in de bestreden beschikking niet als exclusiviteitsovereenkomsten zijn aangemerkt.

182 Aangaande het argument inzake de kwalificatie van de overeenkomsten die voorzagen in kortingen in ruil voor kwantumtoezeggingen, heeft de Commissie terecht verklaard dat het, om van overeenkomsten met kwantumtoezeggingen te kunnen spreken, van doorslaggevend belang is, uit te maken of de praktijken ertoe aanzetten niet bij concurrenten te kopen.

183 Bij de overeenkomst met Rema 1000 lijkt er sprake te zijn van een korting in verhouding tot het aantal te kopen apparaten (14 % voor 200 apparaten). Bij de andere overeenkomsten was er sprake van een overeenkomstige korting, maar voor een veel grotere aankoop (500 apparaten). Bij alle andere overeenkomsten stelden verzoeksters voor, de kortingen vóór de aankoop van de RVM te betalen, waarbij werd gepreciseerd dat indien de vastgestelde hoeveelheid niet werd afgenomen, de klant de korting over de hoeveelheid niet afgenomen apparaten diende terug te betalen. Zoals de Commissie zeer juist heeft opgemerkt, vormt dit voor de klant een veel grotere stimulus dan wanneer de korting na elke bestelling werd betaald.

184 Bijgevolg moet deze grief worden afgewezen.

— NorgesGruppen (2000-2001)

185 Met betrekking tot de overeenkomst met NorgesGruppen voor de jaren 2000 en 2001 stellen verzoeksters dat, anders dan de Commissie verklaart, met deze klant geen overeenkomst is gesloten. Het ging immers om een niet-ondertekende brief waarin een aanbod werd gedaan.

186 Dienaangaande zij erop gewezen dat verzoeksters de als bijlage bij het verzoekschrift gevoegde niet-ondertekende aanbodbrief aan de Commissie hebben overgelegd in het kader van hun antwoord op een verzoek om inlichtingen waarin hun was gevraagd alle overeenkomsten, daaronder begrepen de op informele wijze gesloten overeenkomsten, kenbaar te maken.

187 Daarbij komt dat op grond van de stukken kan worden aangenomen dat verzoeksters een op voorhand te betalen korting voor 150 af te nemen apparaten hebben aangeboden en de klant tegen een verminderde prijs hebben bevoorraad (zie punt 247 en voetnoot 547 van de bestreden beschikking).

188 Het als bijlage bij het verzoekschrift gevoegde document is inderdaad een niet-ondertekende aanbodbrief, doch dat neemt niet weg dat de korting is toegekend en dat de verkopen tegen de in dat document aangeboden voorwaarden hebben plaatsgevonden. Bovendien blijkt dat de klant in die periode geen enkel apparaat bij een concurrent heeft gekocht.

189 Ten slotte dient erop te worden gewezen dat in de bestreden beschikking zelf wordt gezegd dat het om een niet-ondertekend aanbod ging, en dat het aankoopdoel niet werd bereikt. Gelet op een en ander dient deze grief te worden afgewezen.

— NKL (COOP) en Rema 1000 (2000-2001)

190 Verzoeksters erkennen dat aan NKL (COOP) een korting van 10 % is aangeboden voor het geval dat meer dan 150 RVM worden afgenomen. Zij verklaren dat NKL dit aanbod echter niet heeft ondertekend en de overeenkomst uiteindelijk niet tot stand is gekomen. Het feit dat de klant minder dan het in het aanbod genoemde aantal apparaten heeft afgenomen, zou aantonen dat er geen sprake was van een bindende toezegging.

191 Met betrekking tot Rema 1000 voeren verzoeksters hetzelfde betoog als met betrekking tot de overeenkomst met NKL (COOP). Er zou een korting zijn aangeboden voor het geval 70 apparaten worden afgenomen, doch de klant zou dit aanbod hebben afgewezen. Volgens verzoeksters zou er dus geen overeenkomst tussen de partijen tot stand zijn gekomen.

192 Het argument van verzoeksters dat de omstandigheid dat de daadwerkelijke aankopen van deze twee klanten beneden het in het aanbod genoemde streefdoel bleven, bewijst dat er geen sprake was van een bindende toezegging, moet worden afgewezen.

193 In de eerste plaats wordt in de bestreden beschikking niet gezegd dat deze twee klanten [NKL (COOP) en Rema 1000] contractueel verplicht waren een bepaalde hoeveelheid apparaten te kopen. Deze twee vennootschappen worden immers in punt 302 van de bestreden beschikking genoemd onder het kopje „Kwantumtoezeggingen en eenzijdige voorwaarden voor bepaalde hoeveelheden". In beide gevallen ging het om kortingen die afhankelijk waren van de aankoop door de klant van een grote hoeveelheid apparaten over een periode van ongeveer één jaar. De kortingsregeling voor Rema 1000 voorzag in een onmiddellijke voorwaardelijke korting (10 % voor 70 apparaten) en in een extra korting met terugwerkende kracht van 3 % voor 85 apparaten. De klant heeft 73 apparaten gekocht (zie punt 261 van de bestreden beschikking).

194 In de tweede plaats wordt in de bestreden beschikking rekening gehouden met de vrij soepele voorwaarden die bijvoorbeeld aan NKL (COOP) waren aangeboden in vergelijking met de voor de andere Noorse klanten geldende voorwaarden (zie punt 256 van de bestreden beschikking en, met betrekking tot de weerslag van de praktijken van verzoeksters, voetnoot 604). De Commissie verklaart hier terecht dat het in feite niet doorslaggevend was of een bepaald streefdoel al dan niet werd bereikt, voor zover helemaal geen of slechts een gering aantal apparaten bij de concurrenten werd gekocht (zie punt 312 van de bestreden beschikking).

195 Om deze redenen dient deze grief te worden afgewezen.

196 Gelet op een en ander moet afwijzend worden beslist op het argument van verzoeksters dat alle overeenkomsten betreffende Noorwegen in de bestreden beschikking onjuist zijn gekwalificeerd.

197 Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het eerste middel, en dus het eerste middel in zijn geheel, worden afgewezen.

B — *Het tweede en het vierde middel: kennelijke fouten bij de beoordeling of de overeenkomsten de mededinging konden uitschakelen, en ontbreken van motivering*

198 Het tweede en het vierde middel van het verzoekschrift zijn samengebracht in het onderhavige middel, dat uit drie onderdelen bestaat. Ten eerste zou de Commissie blijk hebben gegeven van een kennelijk onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en geïndividualiseerde kortingen met terugwerkende kracht volgens artikel 82 EG per se onrechtmatig zijn, en door niet uit te leggen welke toets zij heeft verricht of welke criteria zij heeft gehanteerd om uit te maken of deze overeenkomsten de mededinging konden beperken of uitschakelen. Ten tweede zou de Commissie niet hebben onderzocht of het voor mededinging vatbare gedeelte van de RVM-markt groot genoeg was om efficiënte concurrenten in staat te stellen op de markt te blijven. Ten derde zou het oordeel van de Commissie dat de gestelde kortingen met terugwerkende kracht de mededinging konden uitschakelen, op onjuiste en misleidende bewijzen en hypotheses berusten.

1. De stelling dat de overeenkomsten van verzoeksters per se onrechtmatig zijn en het niet uitleggen van de toets die de Commissie heeft verricht en van de criteria die zij heeft gehanteerd om uit te maken of de overeenkomsten de mededinging konden beperken of uitschakelen

a) Argumenten van partijen

199 Verzoeksters verwijten de Commissie allereerst dat zij blijk heeft gegeven van een kennelijk onjuiste rechtsopvatting door bij haar juridische beoordeling voorbij te gaan aan de marktcontext waarin die drie soorten overeenkomsten tot stand zijn gekomen.

200 Zij betogen dat de Commissie is voorbijgegaan aan het in het arrest Michelin II geformuleerde criterium. Volgens het arrest Michelin II moet in de bestreden beschikking worden aangetoond dat de overeenkomsten de mededinging „kunnen" beperken. Daartoe moet de marktcontext worden onderzocht. Van het in het reeds aangehaalde arrest Hoffmann-La Roche/Commissie geformuleerde criterium zou immers niets of nagenoeg niets overblijven indien de Commissie volgens het arrest Michelin II slechts verplicht zou zijn de inhoud van een overeenkomst aan artikel 82 EG te toetsen.

201 Verzoeksters voegen eraan toe dat het in de bestreden beschikking gehanteerde criterium „per se" ertoe zal leiden dat op de interne markt een groot aantal overeenkomsten in verschillende sectoren wordt verboden, zelfs indien deze overeenkomsten in de context van de markt de mededinging veeleer versterken dan beperken. De economische theorie of de handelspraktijk biedt geen enkele grond voor de stelling dat exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en geïndividualiseerde kortingen steeds of nagenoeg steeds tot een beperking van de mededinging leiden wanneer zij worden gebruikt door een vennootschap met een machtpositie.

202 Verzoeksters betogen dat de Commissie, door een aantal factoren niet te onderzoeken, niet heeft nagegaan of hun praktijken uit juridisch oogpunt de mededinging konden beperken.

203 De door de Commissie niet onderzochte factoren zijn het feit dat verzoeksters de enige RVM-producent waren die tussen 1997 en 2001 de „revolutionaire technologie" van horizontale inschuiving kon aanbieden, dat de concurrenten van verzoeksters tussen 1998 en 2002 hun apparaten op ten minste 61 % van de totale RVM-markt konden aanbieden, dat verzoeksters hun apparaten rechtstreeks aan de eindgebruiker (de grootwarenhuisketens) verkochten, dat de betrokken overeenkomsten de concurrenten de toegang tot de distributeurs niet hebben belet, en ten slotte dat de grootwarenhuisketens beroepsmatige kopers zijn, die in staat zijn de RVM van verzoeksters te vergelijken met die van de concurrenten en dus zelf te beslissen welke RVM de juiste prijs, kwaliteit, betrouwbaarheid en technologie hadden en gepaard gingen met diensten van een goed niveau.

204 In de tweede plaats betogen verzoeksters dat de bestreden beschikking berust op de juridische hypothese dat artikel 82 EG alleen eist dat de Commissie het bestaan en de vorm van de overeenkomsten aantoont, en niet op passende wijze aangeeft in hoeverre een van de 49 overeenkomsten concurrenten uit de RVM-markt kon dringen.

205 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

b) Beoordeling door het Gerecht

206 Volgens vaste rechtspraak is het begrip misbruik een objectief begrip dat ziet op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen

op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere middelen dan bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging met goederen of diensten gebruikelijk zijn. Hieruit volgt dat artikel 82 EG een onderneming met een machtspositie verbiedt, een concurrent uit te schakelen en zo haar positie te versterken door andere middelen te hanteren dan die welke behoren tot mededinging op basis van verdiensten. Het in deze bepaling neergelegde verbod wordt ook gerechtvaardigd door het streven, de consument geen schade te berokkenen (arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punt 157).

207 De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt weliswaar op zich geen verwijt aan het adres van de betrokken onderneming in, maar deze onderneming heeft, wat ook de oorzaken van haar machtspositie zijn, een bijzondere verantwoordelijkheid om zich aldus te gedragen dat zij geen afbreuk doet aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57, en arrest Gerecht van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, Jurispr. blz. II-3601, punt 229). Ook verliest een onderneming met een machtspositie op die enkele grond zeker niet het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en dient die onderneming in de mate van het redelijke over de mogelijkheid te beschikken te handelen zoals zij ter verdediging van haar belangen wenselijk acht, doch dergelijke gedragingen zijn niet toelaatbaar wanneer zij juist dienen ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leiden (arrest Hof van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 189, en arrest Michelin II, punt 55).

208 Volgens de rechtspraak vormt, indien een onderneming een machtspositie inneemt op een markt, een binding van de kopers in die zin dat deze 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 die onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG, ongeacht of een dergelijke verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd. Dit geldt ook wanneer die onderneming, zonder de kopers een verplichting in formele zin op te leggen, hetzij krachtens afspraak met de kopers, hetzij eenzijdig, een stelsel van getrouwheidskortingen toepast, dat wil zeggen een systeem van kortingen, gebonden aan de voorwaarde dat de klant zich voor zijn behoeften grotendeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die deze machtspositie inneemt (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 89).

209 Exclusieve bevoorradingsverplichtingen van deze aard zijn immers — ongeacht of zij de tegenhanger vormen van kortingen of van de toekenning van getrouwheidskortingen waarmee de koper ertoe wordt aangezet zich uitsluitend te bevoorraden bij de onderneming die een machtspositie inneemt — onverenigbaar met het doel van onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt, omdat zij niet berusten op een economische prestatie die een dergelijke last of een dergelijk voordeel vermag te rechtvaardigen, doch erop zijn gericht de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen of minder keus te laten en andere producenten de toegang tot de markt te beletten (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 90).

210 Meer in het bijzonder ter zake van het verlenen van kortingen door een onderneming met een machtspositie, blijkt uit vaste rechtspraak dat een getrouwheidskorting die wordt toegekend als tegenprestatie voor de toezegging van de klant om zich (bijna) uitsluitend bij de onderneming met een machtspositie te bevoorraden, in strijd is met artikel 82 EG. Een dergelijke korting leidt er immers toe dat door toekenning van geldelijke voordelen wordt belet dat de klanten zich bij concurrerende fabrikanten bevoorraden (arrest Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 518, en arrest Michelin II, punt 56).

211 Een kortingsregeling die op de markt een afschermende werking heeft, zal als strijdig met artikel 82 EG worden aangemerkt indien zij door een onderneming met een machtspositie wordt toegepast. Om deze reden heeft het Hof geoordeeld dat een korting die wordt gekoppeld aan het behalen van aankoopdoelstellingen, artikel 82 EG schendt (arrest Michelin II, punt 57).

212 Kwantumkortingsregelingen die uitsluitend aan de omvang van de bij de onderneming met een machtspositie gedane aankopen zijn gebonden, worden in het algemeen geacht geen bij artikel 82 EG verboden afschermende werking te hebben. Wanneer de verhoging van de geleverde hoeveelheid de kosten van de leverancier doet dalen, mag deze zijn klanten immers via een gunstiger tarief van deze verlaging laten profiteren. Kwantumkortingen moeten dus een afspiegeling zijn van de verbeterde efficiëntie en van de schaalvoordelen die de onderneming met een machtspositie heeft behaald (arrest Michelin II, punt 58)

213 Daaruit volgt dat een kortingsysteem waarbij het kortingpercentage hoger wordt naargelang van de gekochte hoeveelheid niet in strijd is met artikel 82 EG, behalve wanneer uit de criteria en modaliteiten voor toekenning van de korting blijkt dat het systeem niet is gebaseerd op een uit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie, doch — net als de getrouwheidskorting en de doelstellingskorting — ertoe strekt te beletten dat de klanten zich bij concurrerende ondernemingen bevoorraden (zie arresten Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 90, en Michelin II, punt 59).

214 Om vast te stellen of een dergelijk systeem van kwantumkortingen een misbruik vormt, moeten dus alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, inzonderheid de criteria en modaliteiten voor het verlenen van kortingen, en moet worden onderzocht of de kortingen een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel zijn, en ten doel hebben de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen — of minder — keus te laten, de concurrenten de toegang tot de markt te

belemmeren, jegens handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen, of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging (arrest Michelin II, punt 60).

215 Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat, zoals verzoeksters overigens stellen, om na te gaan of exclusiviteitsovereenkomsten, geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en geïndividualiseerde kortingen met terugwerkende kracht verenigbaar zijn met artikel 82 EG, aan de hand van een beoordeling van alle omstandigheden, en dus ook van de context van die overeenkomsten, moet worden onderzocht of dergelijke praktijken de mededinging op de betrokken markt kunnen beperken of uitschakelen of daartoe strekken.

216 In het onderhavige geval dient ten eerste te worden onderzocht of de Commissie in de bestreden beschikking heeft verzuimd de context van de betrokken overeenkomsten te onderzoeken, en ten tweede of zij haar conclusie betreffende de vraag of de overeenkomsten de mededinging konden uitschakelen, passend heeft gemotiveerd.

217 In de bestreden beschikking is na een onderzoek van de structuur van de betrokken markten en van de respectieve positie van verzoeksters en hun concurrenten op die markten geconcludeerd dat verzoeksters een zeer grote machtspositie hadden (zie punten 12 tot en met 96 van de bestreden beschikking) en is vervolgens elke praktijk van verzoeksters afzonderlijk onderzocht (zie punten 97 tot en met 133 van de bestreden beschikking). Daarna is in de bestreden beschikking uitvoerig ingegaan op de vraag of die praktijken in de omstandigheden van het concrete geval de mededinging konden vervalsen (zie met name de punten 159 tot en met 166, 180 tot en met 187, 218 tot en met 226, 234 tot en met 240, 264 tot en met 277 en 286 tot en met 329 van de bestreden beschikking).

218 Nadat in de bestreden beschikking de praktijken van verzoeksters op elk van de betrokken nationale markten tegen de achtergrond van de grootte van de klanten, de

duur van de overeenkomsten, de evolutie van de vraag op de betrokken markt en de procentuele omvang van het gebonden gedeelte van de vraag waren geplaatst, is daarin vastgesteld dat deze praktijken het ontstaan of de ontwikkeling van mededinging konden beletten, en geconcludeerd dat er sprake was van misbruik wanneer de praktijken ertoe strekten, een groot deel van de vraag te binden. Met name voor de door verzoeksters toegepaste kortingsregelingen is in de bestreden beschikking voor elk land de „zuigkracht" van sommige van die regelingen aan de hand van grafieken verduidelijkt.

219 Verder heeft de Commissie, al was dat volgens de rechtspraak niet nodig, ook de daadwerkelijke gevolgen van de praktijken van verzoeksters tegen de achtergrond van de marktvoorwaarden onderzocht.

220 Met betrekking tot de andere factoren die volgens verzoeksters in de bestreden beschikking hadden moeten worden onderzocht om te kunnen uitmaken of hun praktijken de mededinging konden beperken, dient het volgende te worden overwogen.

221 Ten eerste is de gestelde technische superioriteit van verzoeksters, die naar eigen zeggen de enige RVM-producenten waren die tussen 1997 en 2001 de „revolutionaire technologie" van horizontale inschuiving konden aanbieden, niet relevant voor het onderzoek of de overeenkomsten de mededinging konden beperken. Dit element zou slechts relevant kunnen zijn voor het onderzoek van de mededingingspositie, en dus van de machtspositie, van verzoeksters op de markt.

222 Ten tweede is het feit dat de apparaten rechtstreeks aan de eindgebruiker werden verkocht, veeleer een factor die steun biedt aan de vaststelling van misbruik van machtspositie. In theorie beletten de betrokken overeenkomsten de concurrenten weliswaar

niet de toegang tot de distributeurs, doch het is duidelijk dat de distributeurs er geen enkel belang bij hadden om bij hen te kopen, aangezien de overeenkomsten van verzoeksters de concurrenten beletten hun RVM aan de eindgebruiker aan te bieden.

223 Met betrekking tot, ten derde, de omstandigheid dat de grootwarenhuisketens beroepsmatige kopers zijn die de RVM van verzoeksters konden vergelijken met die van hun concurrenten en een keuze konden maken, dient erop te worden gewezen dat de gedragingen van verzoeksters er kennelijk op gericht waren met allerlei middelen de klanten ertoe aan te zetten niet bij andere leveranciers te kopen, en die situatie te handhaven.

224 Ten slotte dient met de Commissie te worden opgemerkt dat verzoeksters een objectieve en de mededinging eerbiedigende economische rechtvaardiging voor hun praktijken hadden kunnen geven. Zij hadden kunnen uitleggen welke verbeterde efficiëntie de door hen toegepaste exclusiviteitsovereenkomsten, kwantumtoezeggingen en geïndividualiseerde kortingsregelingen opleverden. Voor het Gerecht hebben verzoeksters echter niet aangevoerd dat hun gedragingen een merkbaar verbeterde efficiëntie hebben opgeleverd, dat er een andere rechtvaardigingsgrond was voor hun gedragingen of dat deze tot een prijsverlaging of tot een ander voordeel voor de consument hebben geleid.

225 Gelet op een en ander dient afwijzend te worden beslist op het argument van verzoeksters dat de Commissie slechts de inhoud van de betrokken overeenkomsten en niet tevens de context ervan heeft onderzocht.

226 In de tweede plaats kan ook de grief inzake ontoereikende motivering van dit aspect van de bestreden beschikking niet slagen.

227 De door artikel 253 EG verlangde motivering moet beantwoorden aan de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel en hun rechten kunnen verdedigen en de rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arresten Hof van 13 maart 1985, Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie, 296/82 en 318/82, Jurispr. blz. 809, punt 19, en 19 september 2002, Spanje/Commissie, C-114/00, Jurispr. blz. I-7657, punt 62). In het geval van een krachtens artikel 82 EG vastgestelde beschikking vereist dit beginsel dat de bestreden beschikking de feiten vermeldt die de maatregel juridisch rechtvaardigen, alsmede de overwegingen die de Commissie tot het geven van de beschikking hebben gebracht (zie in die zin arrest Gerecht van 30 januari 2007, France Télécom/Commissie, T-340/03, Jurispr. blz. II-107, punt 57, waartegen op dit punt geen hogere voorziening is ingesteld).

228 Dienaangaande zij verwezen naar de overwegingen in de punten 216 tot en met 218 hierboven, waaruit duidelijk blijkt dat de Commissie omstandig heeft uitgelegd waarom zij van oordeel was dat de betrokken overeenkomsten de mededinging konden beperken of uitschakelen.

229 Het lijdt dus geen twijfel dat verzoeksters kennis hebben kunnen nemen van alle rechtvaardigingsgronden voor dit aspect van de bestreden beschikking. Verder dient te worden vastgesteld dat het Gerecht de rechtmatigheid van de bestreden beschikking ten volle heeft kunnen toetsen. Bijgevolg is dit aspect van de bestreden beschikking afdoende gemotiveerd.

230 Gelet op een en ander dient dit onderdeel van het tweede middel te worden afgewezen.

2. De „ontoereikende dekking" van de totale vraag naar RVM door de praktijken van verzoeksters

a) Argumenten van partijen

231 Verzoeksters betogen dat zelfs al zou in de bestreden beschikking zijn aangetoond dat alle betrokken overeenkomsten afschermende werking konden hebben, dit alleen bewijst dat de concurrenten waren uitgesloten van de bevoorrading van de klanten waarmee deze overeenkomsten (waarvan verzoeksters overigens het bestaan betwisten) zijn gesloten. De concurrenten konden echter proberen andere ondernemingen als klant te winnen. Om een schending van artikel 82 EG vast te stellen had in de bestreden beschikking moeten worden aangetoond dat deze overeenkomsten een zo groot gedeelte van de markt dekten dat zij een voldoende groot aantal concurrenten uit de markt konden dringen om de mededinging aanzienlijk te beperken. De Commissie legt echter niet uit hoe het feit dat concurrenten hun RVM niet aan bepaalde klanten konden verkopen, ertoe leidt dat deze concurrenten van de gehele markt worden uitgesloten.

232 Volgens verzoeksters was de relevante vraag, of een concurrent op rendabele wijze op de markt kon blijven wanneer slechts de voor mededinging vatbare vraag voor hem openstond, en had de Commissie moeten bepalen hoe groot dat gedeelte van de vraag moest zijn om op de betrokken markt te kunnen overleven. Indien dat gedeelte van de vraag groot genoeg en het voor overleven noodzakelijke gedeelte klein genoeg was

om een potentiële concurrent de mogelijkheid te bieden op de markt door te dringen en er naast verzoeksters te opereren, had de Commissie moeten concluderen dat de praktijken van verzoeksters geen misbruik opleverden. Bovendien heeft de Commissie niet duidelijk gezegd, hoe groot het door de overeenkomsten gedekte gedeelte van de markt moest zijn opdat deze overeenkomsten concurrenten uit de markt konden dringen. De bestreden beschikking verstrekt geen enkel objectief criterium om die drempel te bepalen.

233 Volgens verzoeksters had de Commissie, indien zij een dergelijke analyse had verricht, niet kunnen aantonen dat de betrokken overeenkomsten even efficiënte concurrenten uit de markt hadden kunnen dringen. Zij beklemtonen dat de Commissie in de bestreden beschikking had moeten aantonen dat hun praktijken een dergelijk uitdringingseffect konden hebben. Bij gebreke van afdoende motivering in de bestreden beschikking zouden verzoeksters niet verplicht zijn het tegenbewijs te leveren.

234 Verzoeksters verklaren dat de in het verweerschrift opgenomen nieuwe analyse van de afschermende werking van de praktijken van verzoeksters niet-ontvankelijk is. De door het Gerecht te beantwoorden vraag is, of de bestreden beschikking dienaangaande afdoende was gemotiveerd. In de regel kan immers niet worden aanvaard dat verweerster vergissingen en leemten in de bestreden beschikking corrigeert door in de loop van de procedure voor het Gerecht een nieuwe analyse en aanvullende bewijzen aan te dragen.

235 Verder stellen verzoeksters dat de stelling dat het niet aan de onderneming met een machtspositie staat om het aantal concurrenten op de markt bepalen, niet ter zake dienend is. Het aantal concurrenten dat nodig is voor volle mededinging verschilt immers van markt tot markt en soms volstaan zelfs twee concurrenten. Het stond aan de Commissie om in de bestreden beschikking de levensvatbaarheidsdrempel voor de ondernemingen op de betrokken markt te bepalen en uit te maken of het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt groot genoeg was om zoveel concurrenten

in staat te stellen op de markt te opereren dat van doeltreffende mededinging kon worden gesproken. Dit is in het onderhavige geval niet gebeurd.

236 Ten slotte stellen verzoeksters dat hun praktijken geen voldoende groot gedeelte van de totale vraag dekten. Zij verklaren dat op elke nationale markt het voor mededinging vatbare gedeelte van de vraag ten minste 30 % en in de meeste gevallen meer dan 50 % bedroeg en dat het voor de vijf markten samen gemiddeld ongeveer 61 % bedroeg, wat neerkomt op meer dan 2 000 apparaten per jaar. Dit is meer dan de 500 à 1000 apparaten die een RVM-producent huns inziens per jaar minimaal nodig heeft om te kunnen overleven.

237 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

b) Beoordeling door het Gerecht

238 In wezen dient te worden geantwoord op de vraag of de Commissie, om aan te tonen dat de concurrenten uit de markt werden gedrongen, de minimale omvang om op de betrokken markt te kunnen overleven had moeten bepalen en vervolgens had moeten nagaan of het niet voor mededinging vatbare gedeelte van de markt (dat wil zeggen het gedeelte van de vraag dat door de praktijken van verzoeksters was gebonden) groot genoeg was om tot uitdringing van concurrenten te kunnen leiden.

239 In het onderhavige geval heeft de Commissie in de bestreden beschikking vastgesteld dat in de landen en tijdens de periode met betrekking tot dewelke de inbreuk is vastgesteld, het gebonden gedeelte van de vraag „aanzienlijk" of „niet te verwaarlozen" was en vooral tijdens de „cruciale jaren" van groei op elk van de betrokken markten een zeer groot percentage van de vraag vertegenwoordigde (zie punt 392 van de bestreden beschikking). In de bestreden beschikking wordt echter niet nauwkeurig aangegeven vanaf welk percentage de praktijken van verzoeksters de concurrenten uit de markt konden dringen.

240 De Commissie heeft echter terecht geoordeeld dat de onderneming met een machtspositie, door zoals in het onderhavige geval een belangrijk deel van de markt te binden, slechts een concurrent of enkele concurrenten tot de markt heeft toegelaten en daardoor de kracht van de mededinging op de gehele markt heeft beperkt.

241 Een onderneming met een machtspositie kan het binden van een aanzienlijk deel van de markt immers niet rechtvaardigen door aan te tonen dat het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt nog volstaat voor een beperkt aantal concurrenten. Enerzijds moeten de klanten op het gebonden gedeelte van de markt immers kunnen profiteren van de hoogstmogelijke mededinging op de markt en moeten de concurrenten mededinging op basis van verdiensten kunnen voeren op de gehele markt en niet slechts op een deel daarvan. Anderzijds is het niet de taak van de onderneming met een machtspositie om te bepalen hoeveel levensvatbare concurrenten mogen mededingen voor het nog wel voor mededinging vatbare gedeelte van de vraag.

242 Alleen op basis van een analyse van de omstandigheden van het concrete geval, zoals die welke de Commissie in de bestreden beschikking heeft verricht, kan worden vastgesteld of de praktijken van een onderneming met een machtspositie de mededinging

kunnen uitsluiten. Het zou echter artificieel zijn, a priori te bepalen welk percentage van de markt mag worden gebonden vooraleer de praktijken van een onderneming met een machtpositie ertoe kunnen leiden dat de concurrenten uit de markt worden gedrongen.

243 In de eerste plaats hebben de praktijken van verzoeksters gemiddeld een aanzienlijk percentage gebonden, namelijk twee vijfden van de totale vraag in de onderzochte landen tijdens de betrokken periode. Zelfs al zou met verzoeksters worden aangenomen dat het binden van een gering percentage van de vraag van geen belang is, was dat percentage in het onderhavige geval verre van gering.

244 In de tweede plaats hebben de praktijken van verzoeksters vaak een zeer groot percentage van de vraag „gebonden" in de „cruciale jaren" waarin de vraag het grootst was en tot succesvolle marktintredes had kunnen leiden, met name in de jaren 1999 en 2000 in Oostenrijk, 2001 in Nederland en 1999 in Noorwegen (zie bijvoorbeeld punten 163, 219 en 237 van de bestreden beschikking).

245 In de derde plaats bonden de praktijken van verzoeksters de vraag van de eindgebruiker en niet die van de distributeurs. De concurrenten konden dus geen andere distributiemethoden aanwenden die het effect van de praktijken van verzoeksters hadden kunnen temperen.

246 Gelet op een en ander dient dit onderdeel van het tweede middel te worden afgewezen.

3. De onjuiste en misleidende bewijzen en hypotheses die ten grondslag zouden liggen aan het oordeel dat de kortingen met terugwerkende kracht de mededinging konden uitschakelen

a) Argumenten van partijen

247 Verzoeksters betogen dat de stelling van de Commissie betreffende de kortingen met terugwerkende kracht op twee elementen berust: ten eerste op het feit dat de klanten niet bereid zouden zijn meer dan een klein aantal apparaten bij een nieuwe leverancier te kopen en ten tweede op de omstandigheid dat verzoeksters door middel van de kortingen met terugwerkende kracht negatieve of zeer lage prijzen konden toepassen. Zij verklaren dat in nagenoeg alle door de Commissie gegeven voorbeelden de prijzen nooit negatief konden zijn, en dat de concurrenten in alle gevallen winst zouden hebben kunnen halen uit hun verkopen. Verder verklaren zij dat de Commissie heeft nagelaten de kosten van verzoeksters te onderzoeken om uit te maken vanaf wanneer er sprake zou zijn van roof- of uitdringingsprijzen.

248 Volgens verzoeksters kan niet worden aangenomen dat kortingen met terugwerkende kracht die nog tot positieve prijzen leiden, noodzakelijkerwijs afschermende werking kunnen hebben. Een dergelijke aanpak zou er immers op neerkomen dat kortingen met terugwerkende kracht per se verboden zijn.

249 Zij voegen eraan toe dat de prijzen die uit de door hen verleende kortingen voortvloeien, in de bestreden beschikking niet zijn getoetst aan een referentieprijs of aan een bruikbaar objectief criterium. In de beschikking wordt alleen gezegd dat de kortingen de concurrenten een opportuniteitprijs hebben opgedrongen, een begrip dat daarin slecht wordt omschreven, en dat de daaruit voortvloeiende prijzen volgens haar subjectieve mening „zeer laag" waren zonder dat de Commissie aangeeft wat

daaronder moet worden verstaan. Volgens verzoeksters kan verweerster niet op basis van dergelijke beweringen en subjectieve meningen vaststellen of kortingen afschermende werking kunnen hebben.

250 Verder betogen verzoeksters dat de in de bestreden beschikking geformuleerde conclusie dat de kortingen met terugwerkende kracht afschermende werking konden hebben, op onjuiste diagrammen berust.

251 In twee van de zeven in de bestreden beschikking aangehaalde gevallen (tabellen 23 en 24 van de bestreden beschikking, betreffende Oostenrijk) baseert de Commissie zich op onjuiste en misleidende diagrammen. De stelling van de Commissie dat de concurrenten in die gevallen negatieve prijzen in rekening hadden moeten brengen, is in elk geval onjuist.

252 In vier andere gevallen (tabellen 15 en 18 betreffende, respectievelijk, Nederland en Zweden, en tabellen 21 en 22, betreffende Duitsland) heeft de Commissie geen rekening gehouden met de kortingen die de klanten konden krijgen voor aankopen beneden de drempel die de Commissie in haar analyse heeft gehanteerd. Wanneer deze fout wordt gecorrigeerd, zijn de prijzen in drie van de vier gevallen geenszins negatief en slechts marginaal negatief voor de verkoop van een apparaat in het vierde geval.

253 Anders dan de Commissie stelt, hadden de concurrenten in zes van de zeven gevallen positieve prijzen in rekening kunnen brengen, ook al verkochten zij slechts zeer geringe hoeveelheden, namelijk twee of drie apparaten.

254 In elk van die zeven gevallen heeft de Commissie ten onrechte aangenomen dat de concurrenten zich ertoe dienden te beperken, slechts een klein aantal RVM te verkopen.

255 In elk van die zeven gevallen heeft de Commissie relevante bewijzen betreffende de werking van de markt buiten beschouwing gelaten, wat haar conclusies op losse schroeven zet. De Commissie heeft namelijk geen rekening gehouden met de inkomsten uit de naverkoopdiensten en uit latere RVM-verkopen. Op grond van deze inkomsten konden de concurrenten ervan uitgaan dat zij winst zouden maken, ook al waren de RVM tegen een negatieve prijs verkocht.

256 Verzoeksters preciseren, dat ook al waren de concurrenten gedwongen slechts een klein aantal RVM (bijvoorbeeld een of twee apparaten) te verkopen, de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft aangetoond dat de door verzoeksters toegepaste kortingen dergelijke concurrenten uit de markt konden dringen.

257 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

b) Beoordeling door het Gerecht

258 Allereerst berust de onderhavige grief op een onjuiste premisse. Anders dan verzoeksters stellen, kan de omstandigheid dat de regelingen van korting met terugwerkende kracht de concurrenten dwingen om negatieve prijzen in rekening te brengen aan de klanten van verzoeksters die deze kortingen ontvangen, immers niet worden beschouwd als een van de pijlers waarop in de bestreden beschikking het bewijs wordt

gebaseerd dat de door verzoeksters toegepaste regelingen van korting met terugwerkende kracht de mededinging kunnen beperken.

259 Integendeel, in de bestreden beschikking wordt de conclusie dat het toepassen van kortingen met terugwerkende kracht de concurrenten in strijd met artikel 82 EG kan uitsluiten, op een aantal andere overwegingen betreffende deze praktijk van verzoeksters gebaseerd.

260 In de eerste plaats wordt in de bestreden beschikking vastgesteld dat de stimulus om uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bij verzoeksters te kopen bijzonder groot is wanneer drempels als die welke door verzoeksters werden toegepast, worden gecombineerd met een regeling volgens welke het voordeel dat aan het overschrijden van de eerste drempel of van een gunstigere drempel is verbonden, wordt toegekend over alle aankopen die klant in de betrokken periode heeft gedaan en niet alleen over het aantal aankopen boven de betrokken drempel (zie punten 132, 297 en 316 van de bestreden beschikking).

261 In de tweede plaats wijst de Commissie er in de bestreden beschikking op dat de regelingen van korting met terugwerkende kracht voor iedere klant afzonderlijk golden en dat de drempels werden vastgesteld op basis van een raming van diens behoeften en/of van het aantal apparaten dat hij in het verleden had gekocht.

262 In de bestreden beschikking wordt inzonderheid gezegd dat een regeling van korting met terugwerkende kracht gecombineerd met een of meer drempels die overeenkomen met de volledige behoeften van de klant of met een aanzienlijk percentage daarvan, een sterke stimulus was om alle of nagenoeg alle benodigde apparaten bij verzoeksters te kopen en de kostprijs om zich, zij het voor een klein aantal apparaten,

tot een andere leverancier te wenden, kunstmatig verhoogde (zie punten 131 tot en met 133, 297, 321 en 322 van de bestreden beschikking).

263 In de derde plaats stelt de Commissie vast dat verzoeksters de kortingen met terugwerkende kracht vaak aanboden aan zeer grote klanten teneinde zich van hun trouw te verzekeren (zie bijvoorbeeld de punten 180 en 240 van de bestreden beschikking).

264 Ten slotte wordt er in de bestreden beschikking op gewezen dat verzoeksters niet hebben aangetoond dat hun handelwijze objectief gerechtvaardigd was of leidde tot een aanzienlijk verbeterde efficiëntie die voor de consument opwoog tegen de nadelen van een geringere mededinging (zie punt 391 van de bestreden beschikking).

265 In de bestreden beschikking wordt inderdaad met diagrammen (zie tabellen 14, 18, 21 tot en met 24 en 27) verduidelijkt dat de door verzoeksters verleende kortingen met terugwerkende kracht afschermende werking hadden doordat de concurrenten werden gedwongen zeer lage en soms zelfs negatieve prijzen in rekening te brengen voor de laatste apparaten vóór het bereiken van de in de kortingsregeling vastgestelde drempel (zie punten 165, 186, 224, 235, 236 en 268 van de bestreden beschikking).

266 De Commissie stelt in de bestreden beschikking echter niet dat de kortingsregelingen stelselmatig tot negatieve prijzen hebben geleid, en betoogt daarin evenmin dat het bewijs daarvan een voorafgaande voorwaarde is om vast stellen dat die kortingsregelingen misbruik opleveren. De bestreden beschikking bevat overigens geen diagram voor elke door verzoeksters toegepaste kortingsregeling. Zij bevat voor elk land slechts een of twee diagrammen ter verduidelijking van de afschermende werking van de door verzoeksters toegepaste kortingsregelingen.

267 De afschermende werking van de kortingen met terugwerkende kracht vereist overigens niet dat de onderneming met een machtspositie afstand doet van haar winst, want de kostprijs van de korting wordt over een groot aantal apparaten gespreid. Ondanks het met terugwerkende kracht toekennen van kortingen kan de gemiddelde prijs die een onderneming met een machtspositie voor haar apparaten krijgt, toch nog ruim boven de kostprijs liggen en een hoge gemiddelde winstmarge opleveren. Voor de klant heeft de regeling van korting met terugwerkende kracht echter tot gevolg dat de prijs voor de laatste apparaten in feite zeer laag is ten gevolge van het zuigeffect.

268 Gelet op deze overwegingen volstaat de omstandigheid dat bepaalde diagrammen fouten bevatten, niet voor het ontkrachten van de conclusie dat de door verzoeksters toegepaste kortingsregelingen de mededinging beperken. Deze grief van verzoeksters treft dus geen doel.

269 Met betrekking tot het argument van verzoeksters dat de werkzaamheid van de concurrenten niet werd beperkt tot het verkopen van een klein aantal apparaten per klant, dient te worden vastgesteld dat het inherent is aan een sterke machtspositie zoals die van verzoeksters, dat er voor een groot deel van de vraag geen passend substituut is voor het door de onderneming met deze machtspositie aangeboden product. De leverancier met een machtspositie is dus grotendeels een handelspartner waar niet omheen te komen valt (zie in die zin arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 41). In die omstandigheden wordt in de bestreden beschikking dus terecht verklaard dat de klanten zich slechts voor een gering percentage van hun aankopen tot andere leveranciers wendden.

270 Om dezelfde redenen kunnen verzoeksters niet worden gevolgd waar zij stellen dat een concurrent de lagere prijzen die hij een klant voor apparaten onder de drempel moet aanrekenen, kan compenseren door aan dezelfde klant bijkomende apparaten (boven de drempel) te verkopen. De restvraag van deze klant is immers in het beste geval gering, zodat de gemiddelde prijs die de concurrent voor zijn product krijgt, structureel weinig aanlokkelijk blijft.

271 Hetzelfde geldt voor de stelling dat de concurrenten hun door de praktijken van verzoeksters veroorzaakte verliezen of geringe rendabiliteit konden proberen te compenseren door winsten uit de naverkoopdiensten (onderhoud en herstelling). Doordat verzoeksters vele apparaten hebben geïnstalleerd, hebben zij immers ook een overduidelijk voordeel voor het onderhoud en de herstelling van hun apparaten. Uit het betoog van verzoeksters blijkt dus niet duidelijk hoe de structureel kleine winstmarges van de concurrenten op de primaire markt, zouden kunnen worden gecompenseerd door winsten op de markt voor naverkoopdiensten.

272 Gelet op een en ander dient het derde onderdeel van het tweede middel, en bijgevolg het tweede middel in zijn geheel, te worden afgewezen.

C — *Het derde middel: kennelijke fouten van de Commissie bij de beoordeling of de overeenkomsten de mededinging daadwerkelijk uitschakelden*

1. Argumenten van partijen

273 Volgens verzoeksters maakt de analyse van de daadwerkelijke gevolgen noodzakelijk deel uit van de in de bestreden beschikking geformuleerde conclusie betreffende de afschermende werking. De passages van de bestreden beschikking betreffende de „weerslag" voor elk van de vijf onderzochte landen zouden dit bevestigen.

274 Verzoeksters voeren aan dat de door de Commissie aangedragen bewijselementen tegenstrijdig, speculatief en niet ter zake dienend zijn, zodat uit die elementen niet kan worden geconcludeerd dat de overeenkomsten de mededinging daadwerkelijk hebben uitgeschakeld.

275 Verzoeksters stellen ten eerste dat in het merendeel van de vijf geanalyseerde nationale markten hun marktaandeel is gedaald in de periode waarin zij volgens de Commissie praktijken toepasten die de mededinging beperkten.

276 Volgens hen bevestigt de door de Commissie aangedragen grafiek hun stelling met betrekking tot hun marktaandeel, namelijk dat dit marktaandeel in drie van de vijf betrokken landen is gedaald, wat niet als bewijs van een de mededinging beperkend gevolg kan worden beschouwd.

277 Ten tweede komen verzoeksters op tegen de stelling van de Commissie dat de positie van hun concurrenten in elk van die vijf landen tijdens de geanalyseerde periode zwak bleef. Volgens hen is het marktaandeel van hun concurrenten in drie landen gestegen, in Duitsland grotendeels gelijk gebleven en alleen in Zweden gedaald.

278 Ten derde bestaat er volgens verzoeksters geen kennelijk verband tussen de omvang van de gebonden markt en hun marktaandeel op elk van de vijf nationale markten tijdens de periode van 1998 tot 2002. Het onderzoek van die vijf nationale markten in hun geheel zou geen enkele aanwijzing opleveren dat een groot gebonden marktaandeel tot een stijging van het marktaandeel van verzoeksters leidt. Zo zou hun marktaandeel in Nederland en Noorwegen, waar het door verzoeksters' praktijken gebonden marktaandeel het grootst was, zijn gedaald, terwijl in Zweden en Duitsland, waar het gebonden marktaandeel kleiner was, hun marktaandeel zou zijn gestegen of gelijk

gebleven. Alleen in Oostenrijk zou hun marktaandeel sneller zijn gedaald dan in Nederland en Noorwegen.

279 Bovendien zou er geen significant statistisch verband bestaan tussen het niet voor mededinging vatbare deel van de markt en hun marktaandeel in de vijf onderzochte landen tijdens de geanalyseerde periode.

280 Verzoeksters wijzen erop dat de Commissie zich op haar eigen subjectieve interpretatie van de bewijzen baseert en elk objectief criterium verwerpt. Huns inziens stelt de Commissie dat de variabelen „onderling verbonden" zijn, maar verwerpt zij elke poging om haar stelling aan een objectieve en statistisch deugdelijke test te onderwerpen. Bovendien zou de Commissie geen enkel bewijs aandragen voor haar stelling dat de door verzoeksters verrichte statistische analyse vervalst zou kunnen zijn.

281 Ten vierde komen verzoeksters op tegen de stelling van de Commissie dat hun prijzen niet zijn gedaald, en stellen zij dat de Commissie de daadwerkelijke nettoprijzen na aftrek van de kortingen had moeten onderzoeken en niet de catalogusprijzen.

282 Zij wijzen erop dat een correcte analyse van de gegevens, zoals die welke in het verzoekschrift is verricht, aantoont dat de prijzen in drie van de vijf landen zijn gedaald.

283 Ten vijfde stellen verzoeksters dat het van de markt verdwijnen van drie concurrenten geen bewijs van het bestaan van de mededinging beperkende praktijken vormt. Enerzijds is Prokent juist failliet gegaan op het tijdstip waarop verzoeksters een einde hebben gemaakt aan de praktijken die de mededinging zouden beperken. Anderzijds is de overname van Halton en Eleiko door verzoeksters in tegenspraak met de negatieve theorie van de Commissie, omdat verzoeksters, indien zij hun concurrenten

konden onderdrukken en uitsluiten, die twee vennootschappen niet hadden moeten overnemen om ze van de markt te verwijderen.

284 Ten slotte betogen verzoeksters dat zelfs indien bepaalde door de Commissie aangevoerde feiten juist zouden zijn, deze niet noodzakelijk aantonen dat hun handelsprijzen de mededinging konden beperken. Ten eerste kunnen het marktaandeel van de traditionele marktdeelnemer en de marktpositie van diens concurrenten om volstrekt legitieme redenen stabiel blijven; ten tweede spreekt de Commissie zichzelf tegen ter zake van de evolutie van de prijzen van verzoeksters door enerzijds te stellen dat verzoeksters roofprijzen toepassen en hen anderzijds ervan te beschuldigen hoge prijzen te handhaven; en ten derde vormt het van de markt verdwijnen van een of meer concurrenten geen bewijs van een de mededinging beperkende praktijk, maar kan dit gewoon een gevolg zijn van normale mededinging.

285 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

2. Beoordeling door het Gerecht

286 Volgens vaste rechtspraak hebben, wanneer bepaalde overwegingen van een beschikking op zich genomen die beschikking rechtens afdoende rechtvaardigen, eventuele gebreken in andere overwegingen van de handeling hoe dan ook geen gevolgen voor het dispositief (zie naar analogie arrest Hof van 12 juli 2001, Commissie en Frankrijk/TF1, C-302/99 P en C-308/99 P, Jurispr. blz. I-5603, punten 26-29).

287 Welnu, uit de punten 285 en 332 van de bestreden beschikking blijkt duidelijk dat, ofschoon het volgens de rechtspraak om van schending van artikel 82 EG te kunnen spreken volstaat aan te tonen dat de praktijken van verzoeksters ertoe strekten de mededinging te beperken of dat hun handelwijze een dergelijk gevolg kon hebben, de Commissie in het onderhavige geval haar analyse heeft aangevuld met een onderzoek naar de vermoedelijke gevolgen van de praktijken van verzoeksters op de RVM-markt.

288 Het is dus duidelijk dat de Commissie haar vaststelling van een inbreuk op artikel 82 EG niet heeft willen baseren op dit onderzoek naar de daadwerkelijke gevolgen van de praktijken van verzoeksters op elk van de onderzochte nationale markten, maar haar vaststelling van een inbreuk gewoon heeft aangevuld met een kort onderzoek naar de vermoedelijke gevolgen van die praktijken.

289 Om schending van artikel 82 EG vast te stellen behoeft immers niet te worden aangetoond dat het betrokken misbruik een concreet gevolg heeft gehad op de betrokken markten. Het volstaat aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging naar de aard ervan een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben (arrest Michelin II, punt 239, en British Airways/Commissie, reeds aangehaald, punt 293).

290 Gelet op een en ander dient het derde middel te worden afgewezen omdat het geen doel treft, zonder dat behoeft te worden onderzocht of de door de Commissie aangedragen bewijzen een afdoende grondslag vormen voor de conclusie dat de betrokken overeenkomsten de mededinging daadwerkelijk hebben uitgeschakeld. Zelfs al zou de Commissie, zoals verzoeksters stellen, een kennelijke fout hebben gemaakt door te oordelen dat de overeenkomsten de mededinging daadwerkelijk uitschakelden, dan nog zou dit de rechtmatigheid van de bestreden beschikking niet aantasten.

D — *Het vijfde middel: de kennelijke fout die de Commissie zou hebben gemaakt door te concluderen dat niet-bindende kwantumtoezeggingen inbreuk konden maken op artikel 82 EG*

1. Argumenten van partijen

291 Onder verwijzing naar het eerste middel van het beroep verklaren verzoeksters dat het merendeel van de 18 in punt 302 van de bestreden beschikking genoemde overeenkomsten betrekking had op niet-bindende kwantumtoezeggingen. Volgens verzoeksters kan, net als een niet-bindende exclusiviteitsovereenkomst, een niet-bindende kwantumtoezegging, ook al heeft zij betrekking op de (nagenoeg) volledige behoeften van de klant, de mededinging niet uitschakelen. Wanneer een klant juridisch niet verplicht is tot nakoming van een toezegging om een specifieke hoeveelheid bij een bepaalde leverancier te kopen, staat het hem vrij op elke moment in te gaan op betere offertes van concurrenten van die leverancier. Een niet-bindende geïndividualiseerde kwantumtoezegging is slechts een raming.

292 Volgens verzoeksters is er in het gemeenschapsrecht geen rechtsgrondslag om een klant te verbieden zijn leveranciers een raming van zijn (nagenoeg) volledige behoeften tijdens een bepaalde periode te geven, zelfs niet wanneer een van die leveranciers een machtspositie heeft. In dat geval konden deze 18 overeenkomsten geen de mededinging beperkende gevolgen sorteren en konden zij dus niet worden ingeroepen in de bestreden beschikking. Het buiten beschouwing laten van 18 van de 49 overeenkomsten waarop de bestreden beschikking is gebaseerd, zou de gegrondheid van deze beschikking op beslissende wijze aantasten en volgens verzoeksters dus tot gevolg moeten hebben dat de beschikking in haar geheel nietig wordt verklaard.

293 Verzoeksters voegen daaraan toe dat, anders dan in het verweerschrift wordt gezegd, in een groot aantal overeenkomsten de prijs niet aan het aantal afgenomen apparaten is gelieerd, maar dat een vaste eenheidsprijs voor elk besteld apparaat wordt toegepast (Lidl, COOP, etc.).

294 Volgens de Commissie snijden de argumenten van verzoeksters geen hout.

2. Beoordeling door het Gerecht

295 Opgemerkt zij dat, zoals hierboven in de punten 208 en 209 in herinnering is gebracht, volgens vaste rechtspraak, indien een onderneming een machtspositie inneemt op een markt, een binding van de kopers in die zin dat deze 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 die onderneming te bevoorraden, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG vormt, ongeacht of een dergelijke verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd. Dit geldt ook wanneer die onderneming, zonder de kopers een verplichting in formele zin op te leggen, hetzij krachtens afspraak met de kopers, hetzij eenzijdig, een stelsel van getrouwheidskortingen toepast, dat wil zeggen een systeem van kortingen, gebonden aan de voorwaarde dat de klant zich voor zijn behoeften grotendeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die deze machtspositie inneemt (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 89).

296 Exclusieve bevoorradingsverplichtingen van deze aard zijn immers — ongeacht of zij de tegenhanger vormen van kortingen of van de toekenning van getrouwheidskortingen waarmee de koper ertoe wordt aangezet zich uitsluitend te bevoorraden bij

de onderneming die een machtspositie inneemt — onverenigbaar met het doel van onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt, omdat zij niet berusten op een economische prestatie die een dergelijke last of een dergelijk voordeel vermag te rechtvaardigen, doch erop gericht zijn de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen of minder keus te laten en andere producenten de toegang tot de markt te beletten (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punt 90)

297 Anders dan verzoeksters stellen, heeft de Commissie in het onderhavige geval de geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen in de bestreden beschikking terecht niet alleen louter uit formeel juridisch oogpunt onderzocht, maar ook rekening gehouden met de specifieke economische context van de betrokken overeenkomsten. Op basis daarvan heeft zij in de bestreden beschikking geconcludeerd dat de betrokken overeenkomsten de concurrenten konden uitsluiten.

298 Geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen als die waarnaar in punt 302 van de bestreden beschikking wordt verwezen, die de koper de facto binden en/of hem ertoe aanzetten, zijn behoeften uitsluitend of voor een aanzienlijk deel bij de onderneming met een machtspositie te dekken, en die niet berusten op een economische prestatie die deze last of dit voordeel rechtvaardigt, maar ertoe strekken de koper de keuze van zijn bevoorradingsbronnen te ontnemen of hem daarin te beperken en producenten de toegang tot de markt te beletten, vormen immers, ook al zouden zij de koper niet formeel binden, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG (zie in die zin arrest Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punten 84 en 160).

299 Ook al zijn er verschillende gevallen waarin verzoeksters ter zake van de kwantumtoezeggingen en de kortingen blijk hebben gegeven van enige flexibiliteit aangaande de inachtneming van de termijnen en de doelstellingen, toch doet deze flexibiliteit,

zelfs met betrekking tot overeenkomsten waarvan verzoeksters toegeven dat zij „bindend" waren, geen afbreuk aan de door deze praktijken veroorzaakte uitsluiting. Integendeel, de Commissie heeft in de bestreden beschikking terecht verklaard dat de juiste omvang van de aankopen voor verzoeksters van minder belang was dan de trouw van de klant. Deze flexibiliteit droeg er immers toe bij, de stimulus om de RVM van verzoeksters te kopen te handhaven bij klanten die anders de vereiste drempels niet zouden hebben gehaald (zie punt 312 van de bestreden beschikking).

300 Bovendien zijn de kwantumtoezeggingen die door verzoeksters als niet-bindend zijn aangemerkt, voor het overgrote deel overeenkomsten waarin verzoeksters de prijs en de handelsvoorwaarden afhankelijk hebben gesteld van de aankoop van een bepaald aantal apparaten door de klant. Deze overeenkomsten bevatten doorgaans een korting die uitdrukkelijk afhankelijk was gesteld van een bepaald streefdoel. De klant was juridisch niet verplicht dat doel te bereiken, maar diende het te halen om de korting te krijgen of te behouden. Voorbeelden van dergelijke overeenkomsten zijn de overeenkomsten met Axfood (2001), COOP (2000), NorgesGruppen of Hakon Gruppen. Deze overeenkomsten hebben veel weg van een korting met terugwerkende kracht. Het risico om de korting met terugwerkende kracht te verliezen, is voor de klant een sterke stimulus om het streefdoel te halen. Dat verzoeksters de korting uiteindelijk niet hebben teruggevorderd, of dat niet is aangetoond dat de klant het aanbod van verzoeksters had aanvaard, is niet relevant. Van belang is wat de klant verwachtte op het tijdstip waarop hij de bestellingen overeenkomstig de voorwaarden van de ontvangen offerte heeft gedaan.

301 Gelet op een en ander dient afwijzend te worden beslist op het middel dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt door te oordelen dat niet-bindende kwantumtoezeggingen inbreuk konden maken op artikel 82 EG.

II — *De vordering tot intrekking of verlaging van de geldboete*

A — *Argumenten van partijen*

302 Als zesde middel voeren verzoeksters aan dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel en het discriminatieverbod heeft geschonden door de geldboete op 8 % van de wereldwijde omzet van de Tomra-groep te bepalen.

303 Als antwoord op de door de Commissie in haar verweerschrift gegeven uiteenzetting, herhalen verzoeksters hun stelling dat de door de Commissie opgelegde geldboete van 24 miljoen EUR 7,97 % van de wereldwijde omzet van de groep in 2005 vertegenwoordigt.

304 Verzoeksters stellen in de eerste plaats dat het de Commissie weliswaar geoorloofd is, het niveau van de geldboeten op te trekken om de afschrikkende werking ervan te versterken, doch dat het beleid van de Commissie steeds in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel, dat eist dat geldboeten voor als „zeer zwaar" aangemerkte inbreuken een sterkere afschrikkende werking hebben dan geldboeten voor als „zwaar" aangemerkte inbreuken. Deze logica wordt erkend in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, volgens welke zware inbreuken worden bestraft met een geldboete waarvan het basisbedrag van 1 à 20 miljoen EUR bedraagt en zeer zware inbreuken met een geldboete waarvan het basisbedrag meer dan 20 miljoen EUR bedraagt.

305 Volgens verzoeksters heeft de Commissie deze logica gevolgd toen zij Microsoft een geldboete voor zeer zware inbreuken heeft opgelegd. Ter vergelijking voeren zij echter aan dat de aan Microsoft opgelegde geldboete slechts 1,5 % van de wereldwijde omzet van deze onderneming vertegenwoordigde, ofschoon de inbreuk als zeer zwaar was aangemerkt. Volgens verzoeksters leidt dit tot de onlogische conclusie dat het voor de Commissie belangrijker is, met betrekking tot verzoeksters, een groep vennootschappen met een omzet van minder dan 300 miljoen EUR, afschrikkende werking te creëren voor een zware inbreuk, dan met betrekking tot Microsoft, een van de vijf grootste ondernemingen ter wereld met een omzetcijfer van meer dan 30 miljard EUR in 2003, afschrikkende werking te creëren voor een zeer zware inbreuk. Op dezelfde wijze heeft de Commissie aan AstraZeneca voor twee zware inbreuken een geldboete opgelegd die, nadat rekening was gehouden met de noodzaak om een geldboete op te leggen waarvan de afschrikkende werking evenredig was aan de relevante winsten, slechts ongeveer 3 % van de wereldwijde omzet van deze onderneming vertegenwoordigde.

306 Verzoeksters wijzen erop dat het Hof heeft geoordeeld dat elke significante wijziging van aanpak door de Commissie een omstandige uitleg vereist. In de bestreden beschikking heeft de Commissie echter niet gepreciseerd om welke reden aan de Tomra-groep, een onderneming die zelfs niet tot de 50 grootste ondernemingen in Noorwegen behoort, een geldboete is opgelegd die overeenkomt met het „hoogste percentage van de wereldwijde omzet van een vennootschap waaraan een geldboete wegens schending van de mededingingsregels is opgelegd."

307 Verzoeksters stellen, zakelijk weergegeven, dat de bestreden beschikking geen omstandige uitleg voor deze significante wijziging van de aanpak door de Commissie inzake geldboeten bevat.

308 Ten tweede stellen verzoeksters dat het niveau van de geldboete overdreven hoog is, gelet op de geringe omvang van hun omzet op de betrokken geografische markten. Zij

stellen dat zij minder dan 25 % van hun omzet in Duitsland, Nederland, Oostenrijk, Zweden en Noorwegen behalen, en minder dan 34 % binnen de EER in haar geheel. Volgens verzoeksters heeft het Hof erkend dat inbreuk kan worden gemaakt op het evenredigheidsbeginsel wanneer de Commissie voorbijgaat aan de band tussen de wereldwijde omzet en de omzet „met de producten met betrekking tot dewelke de inbreuk is gepleegd." De Commissie had zich niet ertoe mogen beperken, uitsluitend rekening te houden met het feit dat de inbreuken tijdens de onderzochte periode niet onafgebroken op alle betrokken nationale markten hadden plaatsgevonden.

309 Volgens de Commissie snijden de door verzoeksters aangevoerde argumenten geen hout.

B — *Beoordeling door het Gerecht*

310 Met betrekking tot het argument van verzoeksters dat de Commissie het discriminatieverbod heeft geschonden door de geldboete op 8 % van de wereldwijde omzet van verzoeksters te bepalen, zij er allereerst aan herinnerd dat de Commissie in het kader van de vaststelling van het bedrag van de geldboeten geen inbreuk mag maken op het gelijkheidsbeginsel, een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat volgens vaste rechtspraak slechts wordt geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (arrest Gerecht van 9 juli 2003, Cheil Jedang/Commissie, T-220/00, Jurispr. blz. II-2473, punt 104).

311 In dit verband moet echter worden beklemtoond dat de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie op zich niet het rechtskader voor de geldboeten in mededingingszaken is. Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken

geldboeten van een bepaald niveau heeft opgelegd, staat niet eraan in de weg dat zij dit niveau verhoogt binnen de grenzen gesteld in verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB L 2003, L 1, blz. 1), indien dit noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid (zie naar analogie arrest Hof van 7 juni 1983, Musique diffusion française e.a./ Commissie, 100/80 tot en met 103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 109).

312 Hieraan moet worden toegevoegd dat de zwaarte van de inbreuken met inachtneming van een groot aantal factoren dient te worden bepaald, zoals de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context ervan en de afschrikkende werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld (arrest Hof van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33). De relevante gegevens, zoals de betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en perioden, zijn niet in alle zaken dezelfde. Bijgevolg is de Commissie niet verplicht om in alle zaken die vergelijkbaar zijn wat de zwaarte van de inbreuk betreft, geldboeten op te leggen die in dezelfde verhouding tot de omzet staan (zie in die zin arrest Gerecht van 13 januari 2004, JCB Service/Commissie, T-67/01, Jurispr. blz. II-49, punten 187-189).

313 Aangezien geldboeten een instrument van het mededingingsbeleid van de Commissie zijn, moet deze bij het bepalen van het bedrag ervan over een beoordelingsmarge kunnen beschikken om het gedrag van de ondernemingen zodanig te sturen dat deze de mededingingsregels naleven (arrest Gerecht van 11 december 1996, Van Megen Sports/Commissie, T-49/95, Jurispr. blz. II-1799, punt 53).

314 In het onderhavige geval dient dus van meet af aan afwijzend te worden beslist op het argument dat verzoeksters ontlenen aan de vergelijking tussen de aan hen opgelegde geldboete en de geldboeten die de Commissie in andere beschikkingen heeft

opgelegd, omdat, zoals hierboven in herinnering is gebracht, de beschikkingspraktijk van de Commissie op zich niet het rechtskader voor de geldboeten in mededingingszaken kan vormen. De Commissie kan namelijk niet worden verplicht geldboeten op te leggen die volledig coherent zijn met die welke in andere zaken zijn vastgesteld.

315 Het argument van verzoeksters dat de bestreden beschikking een beleidswijziging bevat die een specifieke uitleg verdiende, treft evenmin doel. Bij de vaststelling van de omstreden geldboete heeft de Commissie zich immers gehouden aan de verplichtingen die op haar rusten krachtens verordening nr. 1/2003 en haar eigen richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, wat door verzoeksters overigens niet wordt betwist. De hoogte van de door de Commissie vastgestelde geldboete vormt dus geen wijziging van het boetebeleid, maar integendeel een klassieke toepassing van dit beleid.

316 Met betrekking tot het argument dat de geldboete overdreven hoog is, gelet op de geringe omvang van de omzet van verzoeksters op de betrokken geografische markten, zij eraan herinnerd dat, mits de in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 gestelde bovengrens, die verband houdt met de totale omzet, in acht wordt genomen (zie naar analogie, arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 119), de Commissie rekening mag houden met de omzet van de betrokken onderneming teneinde bij de vaststelling van de geldboete de zwaarte van de inbreuk te beoordelen, maar dat aan dit omzetcijfer geen belang mag worden toegekend dat niet in verhouding staat tot de overige beoordelingselementen (arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P tot en met C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 257).

317 In het onderhavige geval heeft de Commissie toepassing gemaakt van de in de richtsnoeren bepaalde berekeningsmethode, volgens welke bij het beoordelen van de zwaarte van de inbreuk voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening wordt gehouden met een groot aantal elementen, waaronder met name de specifieke

aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan wanneer deze meetbaar is, de geografische omvang van de getroffen markt en de vereiste afschrikkende werking van de geldboete. Hoewel de richtsnoeren niet voorzien in berekening van de geldboeten op basis van de totale of de relevante omzet, verzetten zij zich er niet tegen dat bij de bepaling van de geldboete dergelijke omzetcijfers in aanmerking worden genomen om de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht te nemen of wanneer de omstandigheden dit vereisen (arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 258 en 260).

318 Hieruit volgt dat weliswaar niet kan worden ontkend dat de omzet met de betrokken producten een passende grondslag voor de beoordeling van inbreuken op de mededinging op de markt voor die producten binnen de EER kan vormen, doch dat dit element niet het enige criterium is aan de hand waarvan de Commissie de zwaarte van de inbreuk moet beoordelen en in het onderhavige geval heeft beoordeeld.

319 Anders dan verzoeksters stellen, zou aan dit element overdreven belang worden gehecht wanneer het oordeel over de evenredigheid van het door de Commissie vastgestelde bedrag van de geldboete volledig afhankelijk zou worden gesteld van de verhouding tussen dat bedrag en de omzet met de betrokken producten. De specifieke aard van de inbreuk, de concrete weerslag ervan wanneer deze meetbaar is, de geografische omvang van de getroffen markt en de vereiste afschrikkende werking van de geldboete zijn eveneens door de Commissie in het onderhavige geval in aanmerking genomen elementen die het bedrag van de geldboete rechtens genoegzaam kunnen rechtvaardigen.

320 Vaststaat in elk geval, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, dat de omzet die verzoeksters hebben behaald op de markten waarop de inbreuk betrekking heeft, een vrij groot deel van hun totale omzet, namelijk ongeveer 25 %, vertegenwoordigt. Derhalve kan niet op goede gronden worden gesteld dat verzoeksters slechts een gering deel van hun totale omzet op de betrokken markten hebben behaald.

321 Bijgevolg moet afwijzend worden beslist op het middel dat verzoeksters, gelet op de eerdere beschikkingspraktijk van de Commissie, onevenredig en/of discriminerend zijn behandeld, en moet dus ook de vordering tot intrekking of verlaging van de geldboete worden afgewezen.

322 Mitsdien moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

323 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in hun eigen kosten alsmede in die van de Commissie worden verwezen.

HET GERECHT (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) **Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB en Tomra Butikksystemer AS worden verwezen in hun eigen kosten alsmede in die van de Europese Commissie.**

Vilaras Prek Ciucă

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 september 2010.

ondertekeningen

Inhoud

Aan het geding ten grondslag liggende feiten ..... II - 4372

Bestreden beschikking ..... II - 4374

I — Relevante markt ..... II - 4374

II — Machtspositie ..... II - 4375

III — Misbruik ..... II - 4375

IV — Geldboete ..... II - 4379

Procesverloop en conclusies van partijen ..... II - 4382

In rechte ..... II - 4383

I — De vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ..... II - 4384

A — Het eerste middel: het gebruik van kennelijk onjuiste en niet erg betrouwbare bewijzen voor de vaststelling van de afschermende strategie en om het bestaan aan te tonen en de inhoud te bepalen van een aantal overeenkomsten tussen verzoeksters en hun klanten ..... II - 4384

1. Het eerste onderdeel: het ontbreken van betrouwbare elementen die het bestaan van een afschermende strategie kunnen bewijzen ..... II - 4384

a) Argumenten van partijen ..... II - 4384

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4386

2. Het tweede onderdeel: het gebruik van onjuiste en niet erg betrouwbare elementen ten bewijze van het bestaan en ter bepaling van de inhoud van een aantal overeenkomsten tussen verzoeksters en hun klanten ..... II - 4389

a) De exclusiviteitsovereenkomsten van vóór 1998 ..... II - 4390

Argumenten van partijen ..... II - 4390

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4391

b) De overeenkomsten waarbij verzoeksters als „voorkeurleverancier, hoofdleverancier of eerste leverancier" worden aangewezen ..... II - 4392

Argumenten van partijen ..... II - 4392

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4394

c) De geïndividualiseerde kwantumtoezeggingen en de geïndividualiseerde kortingsregelingen met terugwerkende kracht ..... II - 4397

Argumenten van partijen ..... II - 4397

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4399

d) De beoordeling van een aantal op het grondgebied van Duitsland, Nederland, Zweden en Noorwegen gesloten overeenkomsten ..... II - 4402

Duitsland ..... II - 4403

— Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen (1998-1999) ..... II - 4403

— Edeka Handelsgesellschaft Hessenring (1999) ..... II - 4405

— Edeka Baden-Württemberg (2000) ..... II - 4406

— COOP Schleswig-Holstein (2000) ..... II - 4407

— Netto ..... II - 4407

— Rewe Wiesloch en Rewe-Hungen (1997) ..... II - 4408

— Rewe Hungen (2000) ..... II - 4409

Nederland ..... II - 4409

— Albert Heijn (1998-2000) ..... II - 4410

— Royal Ahold (2000-2002) ..... II - 4411

— Lidl (1999-2000) ..... II - 4413

— Superunie (2001) ..... II - 4415

Zweden ..... II - 4415

— ICA Handlares (Zweden) en Hakon Gruppen (Noorwegen) (2000-2002) ..... II - 4416

— Rimi Svenska (2000) ..... II - 4417

— Spar, Willys en KB Exonen (groep Axfood) (2000) ... II - 4418

— Axfood (2001) ..... II - 4419

— Axfood (2003-2004) ..... II - 4420

Noorwegen ..... II - 4420

— Køff Hedmark en Rema 1000 (1996), AKA/Spar Norge (1997) ..... II - 4421

— NorgesGruppen, Hakon Gruppen, NKL (COOP) en Rema 1000 (1999-2000) ..... II - 4421

— NorgesGruppen (2000-2001) ..... II - 4424

— NKL (COOP) en Rema 1000 (2000-2001) ..... II - 4425

B — Het tweede en het vierde middel: kennelijke fouten bij de beoordeling of de overeenkomsten de mededinging konden uitschakelen, en ontbreken van motivering ..... II - 4427

1. De stelling dat de overeenkomsten van verzoeksters per se onrechtmatig zijn en het niet uitleggen van de toets die de Commissie heeft verricht en van de criteria die zij heeft gehanteerd om uit te maken of de overeenkomsten de mededinging konden beperken of uitschakelen ..... II - 4428

a) Argumenten van partijen ..... II - 4428

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4429

2. De „ontoereikende dekking" van de totale vraag naar RVM door de praktijken van verzoeksters ..... II - 4437

a) Argumenten van partijen ..... II - 4437

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4439

3. De onjuiste en misleidende bewijzen en hypotheses die ten grondslag zouden liggen aan het oordeel dat de kortingen met terugwerkende kracht de mededinging konden uitschakelen ..... II - 4442

a) Argumenten van partijen ..... II - 4442

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4444

C — Het derde middel: kennelijke fouten van de Commissie bij de beoordeling of de overeenkomsten de mededinging daadwerkelijk uitschakelden ..... II - 4448

1. Argumenten van partijen ..... II - 4448

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4451

D — Het vijfde middel: de kennelijke fout die de Commissie zou hebben gemaakt door te concluderen dat niet-bindende kwantumtoezeggingen inbreuk konden maken op artikel 82 EG ..... II - 4453

1. Argumenten van partijen ..... II - 4453

2. Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4454

II — De vordering tot intrekking of verlaging van de geldboete ..... II - 4457

A — Argumenten van partijen ..... II - 4457

B — Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4459

Kosten ..... II - 4463