CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 13 november 1997 *

1. Deze zaak betreft een hogere voorziening die de vennootschap Langnese-Iglo GmbH (hierna: „Langnese-Iglo") heeft ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie [1] (hierna: „bestreden arrest"). In dat arrest werd het beroep tot nietigverklaring afgewezen dat Langnese-Iglo had ingesteld tegen beschikking 93/406/EEG [2] (hierna: „litigieuze beschikking"), waarin de Commissie de exclusieve-afnameovereenkomsten voor consumptie-ijs tussen Langnese-Iglo en de in Duitsland gevestigde detailhandelaars in strijd met artikel 85, lid 1, EG-Verdrag verklaarde.

Feiten en procesverloop

2. De aan het onderhavige geding ten grondslag liggende feiten zijn door het Gerecht vastgesteld in de punten 1 tot en met 6 van het bestreden arrest.

3. Bij brief van 7 mei 1985 meldde de Duitse onderneming Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (hierna: „Schöller") bij de Commissie een „standaardovereenkomst inzake levering" aan, die haar betrekkingen met haar detailhandelaars regelt. Op 20 september 1985 zond het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie de advocaat van Schöller een administratieve brief waarmee de procedure werd afgesloten (hierna: „administratieve brief"). In die brief staat te lezen:

„Op 2 mei 1985 hebt u krachtens artikel 2 van verordening nr. 17 namens de vennootschap Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG verzocht om een negatieve verklaring voor een overeenkomst inzake levering van consumptie-ijs.

Verder hebt u de overeenkomst bij wijze van voorzorgsmaatregel overeenkomstig artikel 4 van die verordening aangemeld. Nadien hebt u bij brief van 25 juni 1985 een model overgelegd van de overeenkomsten die de vennootschap Schöller in de toekomst zou sluiten.

Bij brief van 23 augustus 1985 hebt u duidelijk aangegeven, dat de in de aangemelde standaardovereenkomst opgenomen exclusieve-afnameverplichting voor de klant,

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

1 — T-7/93, Jurispr. blz. II-1533.

2 — Beschikking van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag tegen Langnese-Iglo GmbH (Zaak IV/34.072) (PB 1993, L 183, blz. 19).

welke gepaard gaat met een concurrentieverbod, voor het eerst met een termijn van zes maanden kan worden opgezegd tegen het einde van het tweede jaar van de overeenkomst, en vervolgens met eenzelfde opzegtermijn tegen het einde van elk jaar.

Blijkens de gegevens waarover de Commissie beschikt en die voor het grootste deel bestaan uit hetgeen u in uw verzoek hebt aangegeven, zal de vaste duur van in de toekomst te sluiten overeenkomsten niet meer dan twee jaar bedragen. De gemiddelde duur van de overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs die uw cliënte voornemens is te sluiten, zal dus veel minder dan vijf jaar bedragen, de in verordening (EEG) nr. 1984/83 [3] gestelde voorwaarde voor een groepsvrijstelling voor exclusieve-afnameovereenkomsten.

Hieruit blijkt duidelijk, dat de door de vennootschap Schöller gesloten overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs, zelfs in aanmerking genomen het aantal soortgelijke overeenkomsten, met name niet tot gevolg hebben, dat voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging wordt uitgeschakeld. De toegang van derde ondernemingen tot de detailhandel blijft gewaarborgd.

De door de vennootschap Schöller aangemelde overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs zijn derhalve verenigbaar met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag. De Commissie ziet derhalve geen enkele reden om op te treden tegen de door uw cliënte aangemelde overeenkomsten.

De Commissie behoudt zich evenwel het recht voor, de zaak opnieuw te bezien wanneer bepaalde elementen, feitelijk of rechtens, waarop deze beoordeling berust, merkbaar veranderen.

Bovendien wil ik uw cliënte erop wijzen, dat voor de bestaande overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs een soortgelijke beoordeling geldt, zodat deze niet behoeven te worden aangemeld indien hun vaste duur na 31 december 1986 niet meer dan twee jaar bedraagt en zij vervolgens met een termijn van maximaal zes maanden tegen het einde van elk jaar kunnen worden opgezegd.

(...)"

4. Op 18 september 1991 diende Mars GmbH (hierna: „Mars") bij de Commissie een klacht in tegen Langnese-Iglo en tegen Schöller wegens schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag en verzocht zij om voorlopige maatregelen ter voorkoming van de ernstige en onherstelbare schade die haars inziens zou voortvloeien uit de ernstige belemmering van de verkoop van haar consumptie-ijs in Duitsland door de met de mededingingsregels

3 — Verordening van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve-afnameovereenkomsten (PB L 173, blz. 5).

strijdige overeenkomsten die Langnese-Iglo en Schöller met een groot aantal detailhandelaars hadden gesloten.

5. Bij beschikking van 25 maart 1992 [4] stelde de Commissie voorlopige maatregelen vast. Zij loste de zaak ten gronde op door de vaststelling van twee zeer gelijkende beschikkingen, beschikking 93/406 met betrekking tot Langnese-Iglo en beschikking 93/405/EEG [5] met betrekking tot Schöller.

6. Het dispositief van beschikking 93/406 luidt als volgt:

„Artikel 1

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

Artikel 2

In zoverre de in artikel 1 genoemde overeenkomsten aan de voorwaarden voor de groepsvrijstelling uit hoofde van verordening (EEG) nr. 1984/83 voldoen, wordt daaraan het voordeel van de toepassing van deze verordening onthouden.

Artikel 3

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

Artikel 4

Het is Langnese-Iglo GmbH tot en met 31 december 1997 verboden overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, te sluiten.

(...)"

4 — Beschikking van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/34.072 — Mars/Langnese en Schöller — Voorlopige maatregelen).

5 — Beschikking van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag tegen Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (Zaken IV/31.533 en IV/34.072) (PB 1993, L 183, blz. 1).

7. Langnese-Iglo stelde bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring van beschikking 93/406 in, Schöller een beroep tot nietigverklaring van beschikking 93/405. De vennootschap Mars kwam in die procedures tussen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Het Gerecht aanvaardde in het arrest Schöller/Commissie [6] enkel het middel inzake de wettigheid van artikel 4 van beschikking 93/405, dat nietig werd verklaard, en bevestigde de beschikking voor het overige. Tegen dat arrest is geen hogere voorziening ingesteld en het heeft kracht van gewijsde. Ook in het arrest Langnese-Iglo/Commissie wees het Gerecht alle door rekwirante aangevoerde middelen inzake nietigheid af, behoudens het middel inzake artikel 4 van de litigieuze beschikking, dat werd aanvaard en tot de nietigverklaring van dat artikel leidde.

8. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 augustus 1995, heeft Langnese-Iglo tegen het arrest Langnese-Iglo/Commissie de onderhavige hogere voorziening ingesteld, strekkende tot gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest voor zover het Gerecht haar middelen heeft afgewezen, en tot nietigverklaring van de artikelen 1, 2 en 3 van de litigieuze beschikking.

9. Langnese-Iglo heeft overeenkomstig artikel 93, derde lid, tweede zin, en artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek ingediend tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde in haar verzoekschrift in hogere voorziening neergelegde gegevens. Dat verzoek is toegewezen bij beschikking van de president van het Hof van 20 maart 1996, en er zal in deze conclusie rekening mee worden gehouden.

10. De Commissie van haar kant, ondersteund door de vennootschap Mars die reeds in het geding voor het Gerecht was tussengekomen, verzoekt in haar memorie van antwoord dat de hogere voorziening wordt verworpen. Zij stelt bovendien een incidentele hogere voorziening [7] in, strekkende tot vernietiging van het bestreden arrest door het Hof, voor zover daarin artikel 4 van de litigieuze beschikking nietig wordt verklaard.

De hogere voorziening

11. Langnese-Iglo voert drie middelen aan ter ondersteuning van haar hogere voorziening:

— schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen;

6 — Arrest van 8 juni 1995 (T-9/93, Jurispr. blz. II-1611).

7 — Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse tekst.

— schending van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag;

— schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel.

12. De Commissie, ondersteund door Mars, betoogt dat de middelen in hogere voorziening van Langnese-Iglo ongegrond zijn.

A — *De schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen*

13. Volgens Langnese-Iglo heeft het Gerecht in het bestreden arrest het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen verkeerd toegepast, waar het van oordeel was, dat de Commissie afstand kon nemen van de inhoud van de administratieve brief die zij in 1985 naar Schöller had gezonden, en de litigieuze beschikking kon vaststellen, waarin zij het netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten tussen Langnese-Iglo en haar detailhandelaars onverenigbaar met artikel 85, lid 1, van het Verdrag verklaarde. Volgens rekwirante stond het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen er niet aan in de weg, dat de Commissie ingevolge de klacht van Mars de omstandigheden, feitelijk en rechtens, op de Duitse markt van consumptie-ijs opnieuw onderzocht. Dit beginsel verzette zich evenwel ertegen, dat de Commissie afstand nam van de administratieve brief en de exclusieve-afnameovereenkomsten van Langnese-Iglo verbood, zonder dat zij aantoonde dat bepaalde omstandigheden, feitelijk of rechtens, op de Duitse markt voor consumptie-ijs merkbaar waren veranderd. Door de litigieuze beschikking te bevestigen zonder de wijzigingen die zich op de relevante markt hadden kunnen voordoen te onderzoeken, heeft het Gerecht volgens Langnese-Iglo het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen geschonden.

14. Tot staving van haar stelling weerlegt rekwirante de argumenten op grond waarvan het Gerecht van oordeel was dat de litigieuze beschikking het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen niet schond.

Langnese-Iglo bekritiseert in de eerste plaats, dat het Gerecht in punt 39 van het bestreden arrest zonder enige verificatie de stelling van de Commissie aanvaardde, volgens welke er sedert de administratieve brief twee merkbare wijzigingen waren ingetreden in de feitelijke omstandigheden op de relevante markt, met name de intrede op de markt van twee nieuwe concurrenten, Mars en Jacobs Suchard, en het feit dat de Commissie ingevolge de klacht van

Mars kennis had gekregen van bijkomende belemmeringen van de toegang tot de markt, inzonderheid in de levensmiddelenhandel.

15. De Commissie en Mars hebben ernstige twijfels over de verenigbaarheid van de argumenten van Langnese-Iglo tot staving van dit middel in hogere voorziening met de criteria die het Hof heeft vastgesteld met betrekking tot de ontvankelijkheid van hogere voorzieningen inzake mededinging.

Vervolgens wijst rekwirante erop, zoals zij ook voor het Gerecht heeft gedaan, dat Jacobs Suchard niet op de Duitse markt voor consumptie-ijs aanwezig is, aangezien deze onderneming met Schöller enkel een overeenkomst sloot inzake een exploitatievergunning voor het gebruik van het merk „Lila Pause". Wat Mars betreft, haar intrede op de Duitse markt heeft geen merkbare wijziging van de markt voor consumptie-ijs meegebracht en het Gerecht heeft niet aangetoond dat andere ondernemingen daardoor de toegang tot die markt wordt belemmerd, zodat de relevante markt open blijft, zoals het geval was in 1985, toen de Commissie de administratieve brief opstelde.

16. Dienaangaande zij herinnerd aan de vaste rechtspraak [8], volgens welke een hogere voorziening duidelijk moet aangeven, tegen welke onderdelen van het arrest waarvan de vernietiging wordt gevorderd, het is gericht en welke argumenten rechtens die vordering specifiek staven. Een hogere voorziening die slechts de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten — met inbegrip van die welke zijn gebaseerd op door het Gerecht verworpen feiten — herhaalt of letterlijk overneemt, voldoet niet aan dit vereiste. Een dergelijke hogere voorziening beoogt immers in werkelijkheid slechts een nieuw onderzoek van het bij het Gerecht ingediende verzoek, iets waartoe het Hof op grond van artikel 49 van zijn Statuut-EG niet bevoegd is.

Ten slotte bekritiseert rekwirante dat het Gerecht, in punt 38 van het bestreden arrest, het voorlopig karakter van het onderzoek van de marktvoorwaarden dat de Commissie voor het opstellen van de administratieve brief had verricht, als een argument tot staving van de wettigheid van de litigieuze beschikking aanneemt. Volgens haar is er sprake van schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen indien de Commissie zich op het voorlopig karakter van haar onderzoek van de marktvoorwaarden beroept om afstand te nemen van de inhoud van de administratieve brief wanneer nieuwe feitelijke elementen bekend worden.

Bovendien heeft het Hof verklaard, dat een hogere voorziening slechts kan worden gebaseerd op middelen inzake schending van rechtsregels, met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling. Dienovereenkomstig heeft het Hof geoordeeld, dat de beoordeling door het Gerecht van de hem overgelegde bewijs-

8 — Zie, onder meer, beschikkingen van 26 april 1993, Kupka-Floridi/Economisch en Sociaal Comité (C-244/92 P, Jurispr. blz. I-2041); 26 september 1994, X/Commissie (C-26/94 P, Jurispr. blz. I-4379), en 17 oktober 1995, Turner/Commissie, (C-62/94 P, Jurispr. blz. I-3177), en arrest van 24 oktober 1996, Viho/Commissie (C-73/95 P, Jurispr. blz. I-5457, punten 25 en 26).

middelen geen rechtsvraag oplevert die vatbaar is voor toetsing in het kader van een hogere voorziening, behoudens in het geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs of wanneer de feitelijke onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken. Het Hof is niet bevoegd om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht tot staving van die feiten in aanmerking heeft genomen, wanneer de bewijzen regelmatig zijn verkregen en de rechtsregels en algemene rechtsbeginselen inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn gerespecteerd. Het Hof is wel bevoegd om toezicht uit te oefenen over de juridische kwalificatie van de feiten en de rechtsgevolgen die het Gerecht daaraan heeft verbonden. [9]

17. Naar mijn mening beantwoordt dit middel in hogere voorziening niet aan de aangehaalde rechtspraak van het Hof en moet het niet-ontvankelijk worden verklaard. De middelen die Langnese-Iglo heeft aangevoerd om de schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aan te tonen, komen overeen met de middelen die rekwirante voor het Gerecht heeft ingeroepen, met inbegrip van de middelen die zijn gebaseerd op door het Gerecht verworpen feiten. Rekwirante streeft met dit middel in hogere voorziening een nieuw onderzoek na van het bij het Gerecht ingediende verzoek, maar zij geeft niet duidelijk aan, welke rechtsdwaling het Gerecht zou hebben begaan bij de toepassing van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen op de feiten van het geding, zoals zij door die rechterlijke instantie zijn vastgesteld.

9 — Arresten van 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punt 42), en 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 67), en beschikking van 17 september 1996, San Marco/Commissie (C-19/95 P, Jurispr. blz. I-4435, punten 39 en 40).

Ter ondersteuning van de argumenten waarmee zij dit middel in hogere voorziening onderbouwt, betwist rekwirante bovendien de vaststelling van de feiten door het Gerecht in het bestreden arrest. De omvang van de feitelijke wijzigingen op de betrokken markt (intrede van nieuwe concurrenten en ontdekking van bijkomende belemmeringen van de toegang tot de markt) blijkt uit de beoordeling van de aan het Gerecht overgelegde bewijsmiddelen. Die beoordeling dient door het Gerecht te worden verricht en is niet vatbaar voor hogere voorziening. Rekwirante betoogt evenwel niet, dat het Gerecht de bewijsmiddelen verkeerd heeft opgevat of dat er sprake is van een uit de overgelegde processtukken voortvloeiende feitelijke onjuistheid.

18. Ik ben hoe dan ook van mening, dat het Gerecht in het bestreden arrest terecht heeft geconcludeerd, dat er geen schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen voorlag, aangezien verschillende argumenten deze stelling van het Gerecht rechtvaardigen.

In de eerste plaats was de administratieve brief van de Commissie van 1985 gericht tot Schöller, en werd daarin verwezen naar de aanmelding door die onderneming van haar „overeenkomsten inzake levering van consumptie-ijs". De bescherming van het gewettigd vertrouwen kan, in voorkomend geval, enkel de onderneming behoeden die de

bestemmeling is van de administratieve brief waarmee de procedure wordt afgesloten [10], en die door de Commissie met betrekking tot die onderneming is opgesteld in het kader van een administratieve procedure. Dit soort brief kan niet aan derden worden tegengeworpen en bindt de nationale rechter niet [11], zodat hij logischerwijze evenmin door derden, in casu Langnese-Iglo, als basis voor hun aanspraken kan worden ingeroepen.

In de tweede plaats kan de Commissie de procedure heropenen en afstand nemen van de analyse die zij in een brief waarmee de procedure wordt afgesloten, heeft gemaakt, wanneer zij kennis krijgt van nieuwe belemmeringen van de mededinging of wanneer er wijzigingen in de structuur van de betrokken markt optreden. De Commissie had zich deze mogelijkheid uitdrukkelijk voorbehouden, door in de administratieve brief aan Schöller een clausula rebus sic stantibus op te nemen. Indien de Commissie in geval van een wezenlijke wijziging van de relevante markt derhalve niet gebonden is door een negatieve verklaring [12] of door een besluit tot toepassing van artikel 85, lid 3 [13], beschikt zij a fortiori over de mogelijkheid om afstand te nemen van de beoordeling die is neergelegd in een administratieve brief waarmee de procedure wordt afgesloten.

10 — In het arrest Schöller/Commissie, dat kracht van gewijsde heeft, was het Gerecht van oordeel, dat de Commissie het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen niet schond door de vaststelling van beschikking 93/405, waarbij het netwerk van de exclusieve-afnameovereenkomsten tussen Schöller en haar detailhandelaren onverenigbaar met artikel 85, lid 1, van het Verdrag werd verklaard.

11 — Zie, onder meer, arrest van 11 december 1980, L'Oréal (31/80, Jurispr. blz. 3775, punt 12).

12 — Arrest Gerecht van 13 december 1990, Prodifarma e. a./Commissie (T-116/89, Jurispr. blz. II-843, punt 70).

13 — Artikel 8, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

19. Gelet op bovenstaande overwegingen ben ik van mening, dat dit middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk moet worden verklaard, en zo niet, moet worden afgewezen.

B — *De schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

20. Volgens Langnese-Iglo is de conclusie waartoe het Gerecht in de punten 94 tot en met 114 van het bestreden arrest in verband met de gevolgen van de exclusieve-afnameovereenkomsten voor de mededinging is gekomen, in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Het Gerecht was van oordeel, dat het netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten tussen Langnese-Iglo en haar detailhandelaars de mededinging op de relevante markt merkbaar beperkte en bijgevolg onverenigbaar was met artikel 85, lid 1, zoals de Commissie in de litigieuze beschikking had vastgesteld.

21. Rekwirante meent, dat deze conclusie van het Gerecht berust op de vaststelling van verschillende elementen die niet uit de overgelegde processtukken blijken, en gebaseerd is op een verkeerde juridische beoordeling van de feitelijke situatie. Langnese-Iglo betoogt in de eerste plaats, dat het bestaan van een bindingsgraad van meer dan 30 % die het Gerecht in punt 105 van het bestreden arrest bewezen achtte, niet kan worden afgeleid uit de overgelegde processtukken, welke

blijk geven van een bindingsgraad van minder dan 30 %, hetgeen de grens is die de Commissie in haar administratieve brief van 1985 aan Schöller aanvaardbaar achtte.

Rekwirante trekt in de tweede plaats andere feitelijke elementen van de betrokken markt in twijfel, die het Gerecht in de punten 107 en 109 van het bestreden arrest heeft vastgesteld. Het gaat om het in bruikleen geven van een groot aantal vrieskisten die door Langnese-Iglo ter beschikking van de detailhandelaars worden gesteld, op voorwaarde dat zij deze uitsluitend voor haar producten gebruiken, en om het verlenen van kortingen teneinde een percentage van de verkoop van consumptie-ijs in individuele verpakkingen te verzekeren. Deze feitelijke elementen kunnen niet uit de processtukken worden afgeleid, en komen overeen met beweringen van de Commissie die verzoekster voor het Gerecht heeft aangevochten.

Ten slotte heeft het Gerecht volgens Langnese-Iglo in punt 113 van het bestreden arrest verkeerdelijk geconcludeerd, dat haar en Schöllers netwerken van exclusieve-afnameovereenkomsten de mededinging op de relevante markt merkbaar beperkten, aangezien een bindingsgraad die iets hoger ligt dan 30 % de toegang tot de markt niet belemmert en de markt evenmin tot een gesloten markt omvormt, vooral wanneer het gaat om een markt in expansie, hetgeen het geval was met de Duitse markt voor consumptie-ijs.

22. Dit middel in hogere voorziening is niet-ontvankelijk, aangezien rekwirante zich beperkt tot het louter in vraag stellen van verschillende feitelijke elementen die het Gerecht, na een regelmatige beoordeling van de bewijsmiddelen waarbij de rechtsregels en algemene rechtsbeginselen inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn gerespecteerd, in het bestreden arrest op definitieve wijze heeft vastgesteld. Het Hof is niet bevoegd om in het kader van een hogere voorziening toezicht uit te oefenen op de regelmatige beoordeling van de bewijsmiddelen door het Gerecht.

23. Dit middel in hogere voorziening dient bijgevolg niet-ontvankelijk te worden verklaard.

C — *De schending van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel*

Het evenredigheidsbeginsel

24. Rekwirante vecht met dit middel in hogere voorziening het bestreden arrest aan omdat zij van mening is, dat het Gerecht het evenredigheidsbeginsel niet behoorlijk heeft toegepast. Dit beginsel houdt in, dat de maatregelen van de Commissie niet verder mogen gaan dan wat passend en noodzakelijk is om

het gestelde doel te bereiken. [14] Haars inziens heeft het Gerecht het evenredigheidsbeginsel geschonden, waar het meende dat de Commissie rechtmatig had gehandeld, toen zij het bij verordening nr. 1984/83 ingevoerde voordeel van de groepsvrijstelling ten aanzien van alle exclusieve-afnameovereenkomsten van rekwirante introk, en deze overeenkomsten in hun geheel als onverenigbaar met artikel 85, lid 1, aanmerkte, zonder rekwirante vooraf in te lichten op welke wijze zij haar netwerk van overeenkomsten met de vereisten van die bepaling in overeenstemming kon brengen.

25. Enerzijds keurde het Gerecht de intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling en het verbod op het volledige netwerk van overeenkomsten van Langnese-Iglo goed. Anderzijds verklaarde het Gerecht in de punten 207 en 208 van het bestreden arrest, dat artikel 85 in de regel niet in de weg staat aan het sluiten van exclusieve-afnameovereenkomsten, mits dit niet op aanzienlijke wijze bijdraagt tot afscherming van de markt, en dat de Commissie niet bevoegd is om bij wege van individuele beschikking de rechtsgevolgen van verordening nr. 1984/83 in te perken of te beperken, tenzij deze verordening daarvoor uitdrukkelijk een rechtsgrondslag biedt. Volgens rekwirante spreken deze twee conclusies van het Gerecht elkaar duidelijk tegen.

26. Langnese-Iglo betoogt, dat het niet nodig was dat de Commissie het voordeel van de groepsvrijstelling introk en al rekwirantes exclusieve-afnameovereenkomsten verbood om haar doel te verwezenlijken, dat erin bestond een einde te maken aan de schending van artikel 85, lid 1. De Commissie had dat doel ook kunnen bereiken met minder drastische maatregelen die niet hadden geleid tot het verbod op het volledige netwerk van overeenkomsten van rekwirante, zoals de vermindering van het aantal exclusieve-afnameovereenkomsten of van de bindingsgraad tot een met verordening nr. 1984/83 verenigbaar niveau.

Het Gerecht aanvaardde deze mogelijkheid niet, aangezien het in de punten 129 en 193 van het bestreden arrest overwoog, dat het willekeur zou opleveren om binnen het netwerk van overeenkomsten van Langnese-Iglo de overeenkomsten af te splitsen die slechts in onaanzienlijke mate bijdragen tot het eventueel cumulatief effect dat soortgelijke overeenkomsten op de markt sorteren.

27. Zoals Mars en de Commissie hebben opgemerkt, haalt rekwirante in haar argument ter ondersteuning van dit middel in hogere voorziening een aantal zaken door elkaar. Rekwirante maakt immers geen onderscheid tussen de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot het bestaande netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten (punten 188-196 van het bestreden arrest) en die met betrekking tot het in artikel 4 van de litigieuze beschikking neergelegde verbod om in de toekomst exclusieve-afnameovereenkomsten te sluiten (punten 197-210). Het Gerecht maakte een duidelijk onderscheid tussen de toepassing van artikel 85, lid 1, op de bestaande overeenkomsten en de gevolgen van artikel 3 van verordening nr. 17 voor de exclusieve-

14 — Arrest van 17 mei 1984, Denkavit Nederland (15/83, Jurispr. blz. 2171), en arrest RTP en ITP/Commissie, reeds aangehaald, punt 93.

afnameovereenkomsten die Langnese-Iglo in de toekomst zou kunnen sluiten. De redenering van het Gerecht bevat dus geen tegenstrijdigheid, aangezien de door rekwirante aangehaalde argumenten van het Gerecht van elkaar verschillen doordat zij op uiteenlopende hypotheses betrekking hebben.

28. Los van deze verwarring ben ik van mening, dat het middel in hogere voorziening moet worden afgewezen, aangezien het Gerecht het evenredigheidsbeginsel in het bestreden arrest correct heeft toegepast.

29. Rekwirante betwist niet de bevoegdheid van de Commissie om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken krachtens artikel 14 van verordening nr. 1984/83, waarvan de rechtsgrondslag artikel 7 van verordening nr. 19/65/EEG [15] is. Zij bekritiseert evenmin de toepassing door het Gerecht van de theorie van het cumulatief effect, die het Hof in de arresten Brasserie de Haecht en Delimitis [16] heeft ontwikkeld, om de verenigbaarheid van het netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten van Langnese-Iglo met artikel 85 te beoordelen.

Rekwirante is enkel van mening, dat de intrekking van de groepsvrijstelling voor haar netwerk van overeenkomsten niet mag leiden tot het verbod op al die overeenkomsten. Haars inziens gaat het hier om een onevenredig gevolg, aangezien de inachtneming van artikel 85 was verzekerd, indien de Commissie een individuele vrijstelling had verleend voor de overeenkomsten van het netwerk met een geringe invloed op de mededinging, en de overige overeenkomsten had verboden.

30. Wanneer de theorie van het cumulatief effect wordt toegepast om een algemene analyse van een netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten te maken, dient de daaruit voortvloeiende sanctie mijns inziens ook algemeen te zijn [17], en kan geen onderscheid tussen de verschillende overeenkomsten die het netwerk vormen, worden gemaakt door artikel 85, lid 1, op enkele daarvan niet toe te passen en doordat de Commissie daaraan een individuele vrijstelling verleent. Het onderscheid tussen verschillende soorten overeenkomsten binnen het door Langnese-Iglo opgerichte netwerk zou leiden tot willekeur, zoals het Gerecht heeft onderstreept. Indien het netwerk in zijn geheel in aanmerking wordt genomen om te bepalen of er sprake is van schending van artikel 85, kan daarbinnen geen onderscheid worden gemaakt tussen verschillende soorten overeenkomsten met het oog op een sanctie of op een eventuele individuele vrijstelling, die eveneens op het netwerk in zijn geheel betrekking moeten hebben. [18]

15 — Verordening van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 1965, blz. 533).

16 — Arresten van 12 december 1967, Brasserie de Haecht (23/67, Jurispr. blz. 512), en 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935).

17 — Zie Idot, L., en Momège, C.: „L'affaire des barres glacées Mars: une vague de froid sur les contrats d'exclusivité", *La Semaine juridique — édition entreprise*, Aanvulling nr. 6, blz. 7.

18 — In het arrest Brasserie de Haecht, reeds aangehaald, blz. 523, heeft het Hof in verband met exclusieve-afnameovereenkomsten voor bier overwogen, „dat het immers zinloos ware een overeenkomst, besluit of gedraging uit een oogpunt der daaraan verbonden gevolgen te beoordelen wanneer deze laatste slechts los van de marktsituatie en buiten verband met alle andere, al dan niet gelijkgerichte, gevolgen zouden mogen worden beschouwd".

Het beginsel van gelijke behandeling

31. Volgens rekwirante is het verbod op al haar exclusieve-afnameovereenkomsten in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, dat als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is erkend. In punt 209 van het bestreden arrest oordeelde het Gerecht, dat artikel 4 van de litigieuze beschikking in strijd is met dat beginsel, omdat het verzoekster voor haar toekomstige exclusieve-afnameovereenkomsten het voordeel van een groepsvrijstelling op grond van verordening nr. 1984/83 ontneemt. Volgens Langnese-Iglo discrimineert het verbod op al haar bestaande overeenkomsten haar ook ten aanzien van haar concurrenten, die hun overeenkomsten met hun verkopers niet hoeven te ontbinden.

32. Mijns inziens dient dit onderdeel van het middel om drie redenen te worden afgewezen. In de eerste plaats wil rekwirante op de bestaande overeenkomsten opnieuw redeneringen van het Gerecht betreffende de toekomstige overeenkomsten toepassen. In de tweede plaats bevat beschikking 93/405, die grotendeels door het arrest van het Gerecht in de zaak Schöller/Commissie is bevestigd, ook een verbod op het volledige netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten tussen Schöller en haar detailhandelaars. In de derde plaats is volgens punt 39 van het bestreden arrest aangetoond, dat Mars slechts een beperkt assortiment van producten aanbood en een marketingbeleid voerde dat verschilde van dat van Schöller en Langnese-Iglo. Bovendien voerde rekwirante voor het Gerecht niet aan, dat haar distributiesysteem en dat van haar concurrenten soortgelijk zijn, zodat dit nieuwe feitelijke element niet in het kader van de hogere voorziening kan worden ingeroepen, aangezien dit een met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering onverenigbare wijziging van het voorwerp van het geding zou betekenen.

33. Bovenstaande overwegingen pleiten voor de afwijzing van dit middel in hogere voorziening.

De incidentele hogere voorziening: schending van artikel 3 van verordening nr. 17

34. De Commissie, ondersteund door Mars, verzoekt met haar incidentele hogere voorziening om vernietiging van het bestreden arrest voor zover daarin artikel 4 van de litigieuze beschikking nietig wordt verklaard. Volgens de Commissie heeft het Gerecht een rechtsdwaling begaan, waar het in punt 205 van het bestreden arrest overwoog, dat artikel 3 van verordening nr. 17 „de Commissie slechts de bevoegdheid [verleent] bestaande exclusiviteitsovereenkomsten te verbieden, indien deze onverenigbaar zijn met de mededingingsregels".

35. Artikel 4 van de litigieuze beschikking luidt als volgt: „Het is Langnese-Iglo GmbH tot en met 31 december 1997 verboden overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, te sluiten." Voor het Gerecht verdedigde de Commissie een ruime uitlegging van deze bepaling die inhield, dat het Langnese-Iglo op grond van deze bepaling verboden was, gedurende een periode van vijf jaar eender welke exclusieve-afnameovereenkomst te sluiten, ongeacht of het ging om een overeenkomst zoals die welke deel uitmaken van het netwerk dat bij artikel 1 van de litigieuze beschikking onverenigbaar met artikel 85, lid 1, was verklaard. Voornoemd artikel 4 stond eraan in de weg, dat rekwirante nieuwe exclusieve-afnameovereenkomsten sloot die in aanmerking konden komen voor de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83, gedurende de periode die de Commissie nodig achtte voor een wezenlijke verandering van de verhoudingen binnen en de structuur van de betrokken markt. Daarmee werd volgens de Commissie verhinderd, dat rekwirante het verbod van artikel 1 van de litigieuze beschikking omzeilde door de oprichting van een nieuw netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten.

36. Het Gerecht wees de argumenten van de Commissie af, en gaf gevolg aan de vordering van Langnese-Iglo door voornoemd artikel 4 nietig te verklaren, omdat daarmee de bij artikel 3 van verordening nr. 17 aan de Commissie toegekende sanctiebevoegdheden waren overschreden. In de punten 205 tot en met 210 van het bestreden arrest voerde het Gerecht drie redenen aan ter ondersteuning van zijn conclusie, met name:

— Volgens het arrest Delimitis zijn enkel de exclusieve-afnameovereenkomsten waarvan de bijdrage tot het cumulatief effect van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten beduidend is, in strijd met artikel 85, lid 1.

— Verordening nr. 1984/83 biedt geen rechtsgrondslag voor de intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling voor toekomstige overeenkomsten en de Commissie kan dit niet doen bij wege van individuele beschikking, omdat dit in strijd is met het beginsel van de hiërarchie der normen.

— Er wordt afbreuk gedaan aan het beginsel van gelijke behandeling indien een onderneming wordt belet exclusieve-afnameovereenkomsten te sluiten, terwijl dit verbod niet wordt opgelegd aan de concurrerende ondernemingen.

37. Mijns inziens is de oplossing van het Gerecht met betrekking tot artikel 4 van de litigieuze beschikking, zoals het door de Commissie zelf in eerste aanleg is uitgelegd, perfect geldig en verenigbaar met de rechtspraak van het Hof over de omvang van de sanctiebevoegdheid van de Commissie in mededin-

gingszaken. [19] In haar aanvullende opmerkingen in de onderhavige hogere voorziening, aanvaardt de Commissie ook de argumenten van het Gerecht voor de nietigverklaring van bovengenoemd artikel in zijn ruime uitlegging.

38. In haar incidentele hogere voorziening neemt de Commissie uitdrukkelijk afstand van de ruime uitlegging van artikel 4 die zij in eerste aanleg verdedigde, en brengt zij een restrictieve uitlegging van deze bepaling van de litigieuze beschikking naar voren ter rechtvaardiging van de vernietiging van het bestreden arrest.

De Commissie betoogt thans, dat artikel 4 enkel beoogt te verhinderen, dat Langnese-Iglo hetzelfde netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten met haar detailhandelaars opnieuw inricht, maar dat het deze onderneming geenszins belet nieuwe exclusieve-afnameovereenkomsten met andere detailhandelaars te sluiten. Het verbod van artikel 4 vormt aldus een waarborg om de uitvoering van de artikelen 1 en 2 van de litigieuze beschikking te verzekeren, die zich voegt bij het bepaalde in artikel 3, volgens hetwelk Langnese-Iglo gehouden is haar wederverkopers van de beschikking in kennis te stellen en hen op de nietigheid van de exclusieve-afnameovereenkomsten te wijzen.

39. Naar mijn mening hangt de beoordeling van de incidentele hogere voorziening af van de uitlegging die aan artikel 4 van de litigieuze beschikking wordt gegeven. Wordt deze bepaling restrictief uitgelegd, dan is het mogelijk om de incidentele hogere voorziening van de Commissie, ondersteund door Mars, toe te wijzen. Indien het Hof concludeert, dat deze bepaling enkel de latere herinrichting verbiedt van hetzelfde netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten dat Langnese-Iglo voorheen had opgericht, is er niets op tegen dat deze bepaling verenigbaar wordt geacht met de rechtspraak van het Hof over de bevoegdheid van de Commissie om een einde te maken aan inbreuken op de mededingingsregels, die haar bij artikel 3 van verordening nr. 17 is toegekend. [20] Een verbod van die aard verzekert de nuttige werking van de litigieuze beschikking, aangezien het verhindert dat de gesanctioneerde mededingingsbeperkende praktijk in de toekomst wordt voortgezet en het de inleiding van een nieuwe procedure met hetzelfde voorwerp door de Commissie onnodig maakt. De opname van een dergelijke bepaling in de beschikkingen van de Commissie kan nuttig zijn, maar is mijns inziens niet onontbeerlijk om de herhaling in de toekomst van de gesanctioneerde praktijk te voorkomen, aangezien de op de nationale rechterlijke instanties rustende verplichting om de nuttige werking van de beschikking te verzekeren, volstaat om toekomstige overeenkomsten die identiek zijn aan die welke bij de beschikking verboden zijn, nietig te verklaren.

Indien daarentegen wordt besloten, dat het Langnese-Iglo op grond van artikel 4 tot en

19 — Zie, onder meer, arrest van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico en Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 45); arrest RTP en ITP/Commissie, reeds aangehaald, punt 90, en arrest Gerecht van 18 september 1992, Automec/Commissie (T-24/90, Jurispr. blz. II-2223, punten 50-54).

20 — Zie, dienaangaande, Waelbroeck, M., en Frignani, A.: *Concurrence. Commentaire J. Mégret. Le droit de la CEE*, deel 4, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussel, 1997, blz. 410-412.

met 31 december 1997 verboden is eender welk type exclusieve-afnameovereenkomsten te sluiten, ongeacht of zij soortgelijk zijn aan de bij de litigieuze beschikking verboden overeenkomsten en ongeacht of zij al dan niet deel uitmaken van een netwerk dat vergelijkbaar is met het vorige netwerk van rekwirante, moet de incidentele hogere voorziening van de Commissie, zoals zij zelf erkent, worden afgewezen op de door het Gerecht in het bestreden arrest aangevoerde gronden.

40. Naar mijn mening kan de draagwijdte van artikel 4 van de litigieuze beschikking enkel worden uitgelegd zoals het Gerecht dat in het bestreden arrest heeft gedaan, dat wil zeggen, dat het Langnese-Iglo op grond van artikel 4 tot en met 31 december 1997 verboden is eender welk type nieuwe exclusieve-afnameovereenkomst met de detailhandelaars te sluiten. Deze conclusie berust op verschillende gronden.

In de eerste plaats de bewoordingen zelf van artikel 4, waarin het Langnese-Iglo op algemene wijze verboden wordt „overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, te sluiten". Anders dan de voorschriften die de Commissie in andere beschikkingen heeft opgenomen, gelast dit voorschrift de gesanctioneerde onderneming niet, zich in de toekomst te onthouden van elke overeenkomst die hetzelfde of een gelijkaardig doel of gevolg kan hebben als de in de beschikking bedoelde overeenkomsten. [21] Artikel 4 verbiedt rekwirante eender welke nieuwe exclusieve-afnameovereenkomst te sluiten, ongeacht de inhoud of de kenmerken ervan en ongeacht het cumulatief effect van het nieuwe netwerk van dergelijke overeenkomsten waarvan die overeenkomst deel uitmaakt, op de mededinging op de relevante markt.

In de tweede plaats stelt de Commissie in punt 154 van de litigieuze beschikking, dat de beschikking „van [haar] inhoud [zou] worden beroofd, wanneer het L-I was toegestaan de huidige ‚leveringsovereenkomsten' onmiddellijk door nieuwe te vervangen. Het is derhalve noodzakelijk om L-I gedurende een zodanige periode dat een wezenlijke verandering van de marktomstandigheden mogelijk is, te verbieden opnieuw dergelijke overeenkomsten te sluiten." Dit punt van de litigieuze beschikking, dat ten grondslag ligt aan artikel 4, wijst erop, dat het rekwirante op grond van die bepaling absoluut verboden is nieuwe exclusieve-afnameovereenkomsten te sluiten.

Ten slotte zou het onlogisch zijn te besluiten, dat artikel 4 enkel de herinrichting van het oude netwerk van exclusieve-afnameovereenkomsten van Langnese-Iglo verbiedt, aangezien dit verbod enkel tot en met 31 december 1997 van toepassing zou

21 — Zie, onder meer, artikel 3 van beschikking 92/157/EEG van de Commissie van 17 februari 1992 inzake een procedure betreffende de toepassing van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.370 en 31.446 — UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (PB L 68, blz. 19), en artikel 4 van beschikking 94/980/EG van de Commissie van 19 oktober 1994 inzake een procedure betreffende de toepassing van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.446 — Trans Atlantic Agreement) (PB L 376, blz. 1).

zijn, en de Commissie impliciet zou hebben erkend, dat de herinrichting na die datum niet in strijd zou zijn met artikel 85, lid 1, van het Verdrag en door de groepsvrijstelling van verordening nr. 1984/83 gerechtvaardigd zou zijn.

41. Ik ben derhalve van mening, dat de incidentele hogere voorziening van de Commissie moet worden afgewezen.

Kosten

42. Krachtens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat overeenkomstig artikel 118 van toepassing is op de hogere voorziening, beslist het Hof over de verdeling van de kosten indien meer partijen in het ongelijk zijn gesteld. Indien bijgevolg, zoals ik heb voorgesteld, de middelen van rekwirante en de incidentele hogere voorziening van de Commissie, ondersteund door Mars, worden afgewezen, meen ik dat elke partij haar eigen kosten dient te dragen.

Conclusie

43. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging, te beschikken als volgt:

„1) De hogere voorziening is gedeeltelijk niet-ontvankelijk, en de ontvankelijke middelen in hogere voorziening worden afgewezen.

2) De incidentele hogere voorziening wordt afgewezen."