II

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

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 11 maart 1998

inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag

(Zaken IV/34.073, IV/34.395 & IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(1998) 292)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(98/531/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag[1], laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden, en inzonderheid op artikel 3, lid 1,

Gezien de krachtens artikel 3, lid 2, van Verordening nr. 17 ingediende verzoeken van Masterfoods Limited and Valley Ice Cream (Ierland) Limited tegen Van den Bergh Foods Limited, vroeger HB Ice Cream Limited, waarin de verzoeksters beweren dat zij ingevolge een beperking van de mededinging worden verhinderd hun consumptie-ijsproducten in Ierland af te zetten,

Gezien het besluit van de Commissie van 29 juli 1993 om de procedure in te leiden,

Gezien het verzoek om een negatieve verklaring/ontheffing op grond van artikel 4, lid 1, van Verordening nr. 17 dat door Van den Bergh Foods Ltd op 9 maart 1995 is ingediend ten aanzien van haar distributieregelingen inzake impulsijsproducten in Ierland,

Gezien het feit dat de betrokken onderneming, krachtens artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 juncto Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad[2], de gelegenheid heeft gekregen om gehoord te worden over de overwegingen waartegen de Commissie bezwaar heeft gemaakt,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. INLEIDING

(1) Deze beschikking heeft betrekking op de regelingen van Van den Bergh Foods Limited, het voormalige HB Ice Cream Limited (hierna „HB" genoemd), inzake de distributie van haar impulsijsproducten in Ierland. Het beleid van HB is erop gericht vrieskisten ter beschikking te stellen van detailhandelaren ten behoeve van de exclusieve opslag van haar consumptie-ijsproducten.

[1] PB 13 van 21.2.1962, blz. 204/62.

[2] PB 127 van 20.8.1963, blz. 2268/63.

(2) Op 18 september 1991 diende Master Foods Limited, die in Ierland bekend is onder de merknaam Mars (hierna „Mars" genoemd), bij de Commissie krachtens artikel 3 van Verordening nr. 17 een klacht [3] in tegen HB met betrekking tot het feit dat HB in een exclusiviteitsregeling vrieskisten ter beschikking stelde van een groot aantal detailhandelaren. Mars beweert dat haar, via een beperking van de mededinging, de toegang tot de detailhandel wordt belemmerd met betrekking tot de afzet van haar impulsijsproducten in Ierland.

(3) Mars betrad in 1989 de Ierse consumptie-ijsmarkt. In april 1990 oordeelde het Ierse High Court ten gunste van HB dat producten van Mars niet mogen worden opgeslagen in vrieskisten van HB. In mei 1992 bevestigde het High Court [4] deze uitspraak, zodat het Mars verboden is de kleinhandelaren ertoe over te halen haar consumptie-ijsproducten op te slaan in vrieskisten van HB. Verder oordeelde het Hof dat het beleid van HB inzake de exclusiviteit van de vrieskisten niet onder de verbodsbepaling van artikel 85, lid 1, viel. Tevens oordeelde het Hof dat het exclusiviteitsbeleid en het prijsbeleid van HB niet strijdig waren met artikel 86. Het Hof was evenwel van oordeel, dat HB een machtspositie innam op de Ierse impulsijsmarkt. Mars kwam in beroep tegen deze vonnissen bij het Ierse Hooggerechtshof.

(4) Op 22 juli 1992 diende Valley Ice Cream (Ierland) Limited („Valley") bij de Commissie [5] een klacht in tegen HB, welke vergelijkbaar was met de klacht van Mars Valley, een consumptie-ijsproducent in Ierland, die in 1997 in liquidatie ging. Tot kort daarvoor was Valley de belangrijkste distributeur van Mars consumptie-ijsproducten in Ierland.

(5) Op 29 juli 1993 concludeerde de Commissie voorlopig, dat het toenmalige distributiestelsel van HB in strijd was met de artikelen 85 en 86 en deelde dienaangaande haar overwegingen van bezwaar mede aan HB. HB betwistte het standpunt van de Commissie ten aanzien van de rechtmatigheid van haar distributieovereenkomsten.

(6) In de mededeling van overwegingen van bezwaar aanvaardde de Commisie dat de overeenkomsten van HB enige verbetering van de distributie inhouden, maar zij was van oordeel dat de schadelijke gevolgen op het gebied van de beperking van de mededinging zwaarder wogen. Niettemin werd duidelijk gesteld dat HB de mogelijkheid had om haar overeenkomsten inzake de distributie van impulsijs in Ierland te wijzigen ten gevolge waarvan een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, zou kunnen worden toegekend. Na gedachtewisselingen met de Commissie diende HB dusdanige voorstellen in, hoewel zij haar standpunt ten aanzien van de rechtmatigheid van haar lopende distributieovereenkomsten handhaafde. Op 8 maart 1995 werden deze overeenkomsten bij de Commissie aangemeld [6], die vervolgens in een mededeling [7] te kennen gaf dat zij in eerste instantie van mening was dat de wijzigingen voor ontheffing in aanmerking konden komen.

(7) Op grond van deze voorstellen en in het licht van de verwachtingen van HB inzake de gevolgen ervan voor de markt kondigde de Commissie op 15 augustus 1995 [8] aan, dat zij voornemens was een gunstig standpunt in te nemen ten aanzien van de aangemelde distributieovereenkomsten van HB. De wijzigingen leidden evenwel niet tot de verwachte resultaten in de zin van open verkooppunten. In het licht hiervan en van de huidige marktsituatie heeft de Commissie haar voornemen herzien (zie hierna onder artikel 85, lid 3). Derhalve deelde de Commissie op 22 januari 1997 nieuwe overwegingen van bezwaar mede aan HB. HB antwoordde hierop schriftelijk op 24 april 1997 en deed haar argumenten gelden op de hoorzitting van 11 juni 1997.

II. DE FEITEN

1. *Het product*

i) **Consumptie-ijs in het algemeen**

(8) De essentiële grondstoffen voor de productie van consumptie-ijs zijn melk (inclusief afgeroomde melk), vet (melkvet of plantaardig) en suiker. Andere additieven zijn onder meer emulgatoren en stabilisatoren, kleurstoffen en aroma's, noten, chocolade en vruchtenconcentraat. De wetgeving betreffende de productomschrijving, de etikettering en de toegestane inhoud (luchtcoëfficiënt enz.) verschilt enigszins per lidstaat. De samenstelling van yoghurtijs, „waterijs", „ijslollies" (op water gebaseerde producten) en „soft-ijs/whipped" ijs

(3) Zaak nr. IV/34.073.
(4) Masterfoods v HB Ice Cream, [1992] 3 CMLR 830.
(5) Zaak nr. IV/34.395.
(6) Zaak nr. IV/35.436.
(7) Persbericht van de Commissie van 8 maart 1995, IP/95/229.
(8) PB C 211 van 15.8.1995, blz. 4; mededeling ingevolge artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17, waarin de gewijzigde distributieovereenkomsten van HB werden samengevat en waarin de belanghebbenden werden aangemaand hun opmerkingen kenbaar te maken. Er kwamen opmerkingen van Mars binnen.

(dat gemaakt is van plantaardig vet en geen zuivelinhoud heeft) verschilt aanzienlijk van de consumptie-ijsproducten in het algemeen.

(9) Consumptie-ijsproducten moeten gedurende alle fasen van de productie en de distributie tot de consumptie tegen een lage temperatuur worden bewaard. Een uitzondering hierop is soft-ijs, dat aan de detailhandelaar wordt geleverd in de vorm van een ongekoeld soft-ijsmengsel (dat aan de detailhandelaren wordt verkocht als een „vers" of „steriel" product) en slechts tot het eindproduct wordt verwerkt in de speciale soft-ijsdistributiemachine in de lokalen van de detailhandelaar.

(10) Consumptie-ijs kan in categorieën worden ingedeeld op grond van de wijze waarop het wordt geproduceerd en gedistribueerd. Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen ambachtelijk bereid consumptie-ijs, dat in het algemeen op kleine schaal plaatselijk wordt geproduceerd, gedistribueerd en geconsumeerd, en industrieel consumptie-ijs dat voor grootschalige distributie wordt geproduceerd. Bijna alle in Ierland geproduceerd en verkocht consumptie-ijs is industrieel bereid.

(11) Consumptie-ijs kan in categorieën worden ingedeeld op grond van de plaats waar het wordt geconsumeerd. In het algemeen is er sprake van drie categorieën:

— „impulsijs", dat bestaat uit individueel verpakte porties (vaak op een stokje) en individuele porties schepijs, bestemd voor onmiddellijke consumptie op of nabij de plaats waar het wordt verkocht;

— „meeneemijs", waaronder „multi-packs" — verpakkingen met meer individueel verpakte porties, dozen, blokken, dessertproducten enz. bedoeld voor thuisverbruik;

— „horeca-ijs", dat in grootverpakking wordt verkocht aan hotels, restaurants, cafés enz. voor consumptie aldaar.

ii) **Impulsijs**

(12) Afzonderlijk verpakte impulsijsproducten worden gewoonlijk opgeslagen in zelfbedieningsvrieskisten welke zijn geïnstalleerd in of net buiten de lokalen van de detailhandelaar. De vrieskisten worden gewoonlijk geplaatst op een in het oog vallende plaats. Zoals bij alle producten die afhankelijk zijn van impulsaankoopbeslissingen, vormen verkrijgbaarheid en zichtbaarheid op het verkooppunt belangrijke factoren bij de verkoop van impulsijs. Wanneer het product niet verkrijgbaar of zichtbaar is, betekent dit dat een verkoopkans blijvend verloren is gegaan [9]. Consumenten van impulsijs zullen in het algemeen niet gericht op pad gaan om te kopen of een koopbesluit uitstellen. Toegang tot een breedschalige distributie is inzonderheid van wezenlijk belang om de consumenten kennis te laten maken met nieuwe producten hetgeen de vraag naar deze producten stimuleert. Afzonderlijk verpakte impulsijsproducten zijn bijna altijd merkproducten die worden ondersteund door een aanzienlijke investering in reclame en andere promotieactiviteiten.

(13) Het verbruik van impulsijs is sterk seizoengebonden; het wordt grotendeels in de zomer afgezet. In 1992 bijvoorbeeld vond ongeveer twee derde van HB's impulsverkoop plaats in de vier maanden van mei tot augustus. De afzet hangt tevens in belangrijke mate van het weer af.

(14) Hoewel kinderen bijzonder belangrijk zijn als kopers van in afzonderlijke porties verpakte ijsproducten, is er in nieuwe industriële impulsproducten nu een trend waar te nemen naar „kwaliteits"- of „superkwaliteits"-producten (begrippen waaronder gewoonlijk producten met een hoge melkvetinhoud en een lager luchtgehalte worden verstaan), die voornamelijk gericht zijn op volwassenen. Het betreft dure producten die bedoeld zijn voor een ruimere markt die ook volwassenen omvat. Deze producten zijn het snelst groeiende segment van de impulsmarkt.

(15) Schepijs wordt los geleverd aan de detailhandelaar die het gewoonlijk opslaat in een speciaal daartoe ontworpen vrieskist en dit op een horentje serveert aan de consument. In Ierland is schepijs slechts van marginaal belang voor de afzet.

(16) Soft-ijs wordt aan de detailhandelaar geleverd in de vorm van een ongekoeld mengsel dat vervolgens verder moet worden verwerkt door toevoeging van andere ingrediënten in een speciale distributiemachine, die het product omvormt tot een

[9] Noel McEneaney, HB's Marketing Manager, wordt geciteerd in het nummer van maart 1996 van het Ierse detailhandelmagazine Shelflife: „There is a rule of thumb that for every three people who purchase an impulse product, only one entered the shop with the intention of buying an ice cream. We try to maximise this factor by ensuring that the first thing the customer sees when he or she enters the shop is an ice cream cabinet, either inside the entrance or next to the cash register" (Nederlandse vertaling: Het is een vuistregel dat van drie personen die een impulsproduct kopen slechts één de winkel is binnengegaan met het voornemen om een ijsje te kopen. Wij trachten deze factor te maximaliseren door ervoor te zorgen dat het eerste wat de klant ziet, wanneer hij of zij de winkel binnenstapt, een vrieskist met ijs is, hetzij bij de ingang of bij de kassa".

koel product dat aan de consument wordt geserveerd. Soft-ijs wordt gewoonlijk geserveerd op een wafelhorentje.

(17) Vanuit het standpunt van de producent is grootschalig ondernemen in impulsijs een kapitaalintensieve activiteit, die aanzienlijke zakelijke risico's meebrengt doordat de omzet afhankelijk is van onvoorspelbare weersomstandigheden. Er is veel bedrijfskapitaal nodig om de vervaardiging voor de aanvang van het seizoen te financieren en voorraden aan te houden. De korte duur van het seizoen stelt het hele jaar door zware eisen aan de onderneming op het gebied van logistiek en planning.

2. *De consumptie-ijsmarkt in de Gemeenschap*

(18) In de Gemeenschap vertonen de nationale markten onderscheiden kenmerken. Zo gaat bijvoorbeeld de jaarlijkse consumptie van ambachtelijk bereid ijs van meer dan zes liter per hoofd van de bevolking in Italië tot minder dan een halve liter per hoofd van de bevolking in Spanje en zelfs nog minder in Ierland. De productie van industrieel consumptie-ijs is het hoogst in het Verenigd Koninkrijk en daarna in dalende orde, in Duitsland, Italië en Frankrijk. De verkoop van impulsijs als onderdeel van de totale consumptie-ijsmarkt verschilt aanzienlijk per lidstaat.

(19) De bedrijven van het Unilever-concern zijn de grootste consumptie-ijsleveranciers in de meeste lidstaten. Wat impulsijs betreft zijn de ondernemingen van Unilever marktleiders in elke lidstaat behalve in Spanje, Griekenland en Finland. De concerns Nestlé, Artic/Beatrice, Grand Metropolitan en Schöller verkopen alle consumptie-ijs in meer dan één lidstaat. Sommige van deze concerns, zoals Unilever en Nestlé, voeren in verschillende lidstaten andere namen.

(20) De nationale wettelijke regelingen inzake de samenstelling van consumptie-ijs zijn niet geharmoniseerd in de Gemeenschap. De bestaande verschillen, met name met betrekking tot de toegestane soorten melkvet en plantaardig vet, kunnen leiden tot aanzienlijke verschillen in de producten welke verkrijgbaar zijn in de lidstaten, en in de kostprijs ervan. De gemiddelde kleinhandelsprijzen voor vergelijkbare en zelfs identieke consumptie-ijsproducten kunnen per lidstaat eveneens aanzienlijk verschillen. Uit een analyse van het door de leveranciers op de verschillende markten aangeboden assortiment blijkt echter, dat vergelijkbare of identieke producten vaak onder verschillende merknamen worden verkocht. Bovendien is er een aanzienlijk handelsverkeer in consumptie-ijsproducten tussen de lidstaten.

(21) De levering van vrieskisten aan detailhandelaren onder voorwaarde van exclusiviteit is een praktijk die op grote schaal wordt toegepast door producenten en distributeurs van consumptie-ijs in heel Europa, zowel door ondernemingen van het Unilever-concern als door vele van zijn concurrenten.

3. *De consumptie-ijsmarkt in Ierland*

i) **Algemeen**

(22) Het consumptie-ijsverbruik per hoofd in Ierland is een van de hoogste in de Gemeenschap. De totale in volume en in waarde uitgedrukte hoeveelheid industrieel consumptie-ijs dat in Ierland op de markt wordt gebracht, is weergegeven in de onderstaande tabel voor de jaren 1995 en 1996 ([10]).

	1996 (vol.) (1 000 liter)	1996 (waarde) (1 000 IEP)	1995 (vol.) (1 000 liter)	1995 (waarde) (1 000 IEP)
Impuls	11 632	46 425	12 297	56 430
Multi-packs	1 480	5 585	1 388	5 597
Meeneem-ijs	14 065	28 832	15 542	31 281
Horeca-ijs	4 718	11 175	4 756	10 954
Totaal	31 895	96 523	33 983	104 262

In de zomer van 1995 dreven de goede weersomstandigheden de verkoop (inzonderheid van impulsproducten) op. De slechtere weersomstandigheden in de zomer van 1996 zijn een verklaring voor de relatieve daling van de afzet in dat jaar. De totale waarde van de soft-ijsmarkt ([11]) in Ierland wordt door HB geraamd op ongeveer [. . .] IEP per jaar.

([10]) *Bron:* AC Nielsen, een van de belangrijkste marktonderzoekbedrijven. De cijfers voor de in waarde uitgedrukte afzet betreffen de detailhandel en zijn niet dezelfde als de BVW-cijfers waarnaar elders wordt verwezen. In de BVW-cijfers zijn noch de winst van de detailhandelaar noch de BTW begrepen. Deze cijfers hebben eveneens betrekking op „waterijs".

([11]) Volgens HB is er geen marktinformatie over deze sector beschikbaar voor het publiek.

ii) **HB**

(23) HB is de grootste producent en distributeur van consumptie-ijsproducten in Ierland. De onderneming dankt haar positie als voornaamste leverancier van consumptie-ijsproducten in Ierland aan de verwerving van de consumptie-ijsactiviteiten van haar voornaamste concurrent, Premier Dairies [12] in 1968. Het bedrijf behoort sinds 1974 tot het Unilever-concern. Het werd in 1993 omgevormd tot Van den Bergh Foods Ltd ingevolge de fusie van HB Ice Cream Limited met andere bedrijven van het Unilever-concern. In 1996 behaalde het bedrijf een omzet van ongeveer [. . .] IEP. De omzet over 1995, 1994 en 1993 bedroeg respectievelijk [. . .] IEP, [. . .] IEP en [. . .] IEP.

(24) Het internationale Unilever-concern is wereldwijd een van de grootste fabrikanten van consumptiegoederen. De twee moederondernemingen, Unilever NV en Unilever PLC behaalden in 1996 een geconsolideerde omzet van ongeveer 33,5 miljard GBP. De omzet van het concern in Ierland in dezelfde periode bedroeg ongeveer 231 miljoen IEP. De bedrijven van het Unilever Concern produceren en distribueren consumptie-ijsproducten in alle lidstaten en zijn in de meeste lidstaten marktleider. Het beleid van Unilever in de onderscheiden nationale consumptie-ijsmarkten is erop gericht plaatselijke consumptie-ijsproducenten te verwerven en merken te ontwikkelen op nationale basis. Onlangs heeft Unilever evenwel een aantal producten ontwikkeld op internationale basis, met name de zeer succesvolle „Magnum".

(25) HB biedt een volledig assortiment consumptie-ijsproducten aan, inclusief een volledig assortiment impulsproducten (met inbegrip van kwaliteitsproducten) waarvan vele zeer populair zijn bij consumenten. De meeste producten worden in Ierland vervaardigd, maar sommige worden door andere consumptie-ijsbedrijven van het Unilever Concern geproduceerd en door HB ingevoerd. Het consumptie-ijs wordt onder het HB-merk verkocht, omdat het consumentenbewustzijn met betrekking tot dit merk in Ierland zeer hoog is. HB verkoopt tevens ongekoeld soft-ijsmengsel aan detailhandelaren.

(26) De totale hoeveelheid consumptie-ijs die door HB in Ierland op de markt wordt gebracht, is weergegeven in de onderstaande tabel (in 1 000 liter):

	1993	1994	1995	1996
Impuls	8 138	8 563	10 170	9 736
Multi-packs	648	908	1 091	2 664
Meeneemijs	10 392	10 960	11 582	15 344
Horeca-ijs	737	1 146	1 189	1 788
Totaal	19 915	21 577	24 032	23 398

(27) In 1996 bracht HB een in waarde uitgedrukte totale hoeveelheid impulsconsumptie-ijs op de markt ten bedrage van [. . .] IEP (brutoverkoopwaarde) in vergelijking met de [. . .] IEP in 1995 en ongeveer [. . .] in 1994.

(28) HB behaalde voor impulsijs in Ierland een in waarde uitgedrukt marktaandeel [13] van ongeveer 85 % gedurende de periode van juni tot september 1996, van 83 % in dezelfde periode van 1995, van 77 % voor de zomer 1994 en van 76 % voor de zomer 1993. Het in volume uitgedrukte marktaandeel van HB bedroeg in de zomer 1996 ongeveer 85 %, in 1995 83 % en in 1994 en 1993 80 %. In juni-juli 1997 bedroegen het in volume uitgedrukte marktaandeel en het in waarde uitgedrukte marktaandeel van HB beide 89 %. HB wijdt deze stijging van het marktaandeel althans gedeeltelijk aan de financiële moeilijkheden van Valley en aan de beëindiging van de gezamenlijke distributieovereenkomst tussen Mars en Valley. HB is van mening dat haar aandeel in de soft-ijsmarkt in Ierland ongeveer [. . .] % bedraagt.

iii) **Andere producenten**

(29) Het resterende deel van de Ierse consumptie-ijsmarkt wordt voornamelijk gedeeld tussen Mars, Valley, Nestlé, Leadmore (Ierland) Ltd (hierna „Leadmore"), Dale Farm Dairy Group Ltd (hierna „Dale Farm") en Häagen Dazs.

a) *Mars*

(30) Mars is een volledige dochteronderneming van de particuliere Amerikaanse multinational Mars In-

[12] Het aandeel van HB in de consumptie-ijsmarkt steeg in een keer van 42 % tot 80 %. Premier Dairies verwierf in ruil daarvoor de melkactiviteiten van HB.

[13] Deze marktaandeelcijfers komen van AC Nielsen die met het oog op de berekening van deze cijfers dezelfde marktdefinitie heeft gebruikt als in deze beschikking, met uitzondering van „waterijs" (het feit dat dit soort ijs in de marktdefinitie is opgenomen heeft evenwel geen gevolgen voor de evenredige aandelen van de onderscheiden marktdeelnemer).

corporated. Als dusdanig is zij een onderdeel van een internationaal concern met dochterondernemingen in de meeste lidstaten. Mars betrad de consumptie-ijsmarkt toen zij Dove, een Amerikaanse consumptie-ijsproducent verwierf. Voortbouwend op de bekendheid van haar zoetwarenmerken ontwikkelde Mars consumptie-ijsversies van sommige van deze merken en breidde aldus de merken uit tot een andere productcategorie. Mars produceert alle consumptie-ijs voor de Europese markt in haar fabriek in Frankrijk (Doveurope SA) en gebruikt dezelfde productnamen in elke lidstaat. Zij lanceerde haar consumptie-ijsproducten in Europa in 1988.

(31) Mars begon consumptie-ijs te verkopen in Ierland in 1989, zowel in individueel verpakte porties als in multi-packs. Door de bestaande hoge herkenningswaarde van het merk onder consumenten werden de kosten van de introductie op de markt beperkt. Het assortiment consumptie-ijsproducten dat Mars aanbiedt, beperkt zich tot een relatief klein aantal artikelen, die vrijwel allemaal in het hooggeprijsde marktsegment kwaliteitsproducten vallen en voornamelijk gericht zijn volwassen consumenten.

(32) Het in waarde uitgedrukte marktaandeel van Mars op het gebied van impulsijs in Ierland bedroeg 6 % in de periode van juni tot september 1996, 7 % over dezelfde periode in 1995 en 10 % in de zomer 1994 en 14 % in 1993. De in volume uitgedrukte marktaandelen van Mars zijn wat lager, hetgeen de kwaliteit van het aangeboden productenassortiment weergeeft. In de zomer 1995 en 1996 bedroeg het aandeel 4 % tegenover 6 % in 1994 en 8 % in 1993. In de periode juni-juli 1997 bedroeg het in volume uitgedrukte marktaandeel 4 % en het in waarde uitgedrukte marktaandeel 5 %.

b) *Valley*

(33) Tot de liquidatie ervan in oktober 1997 bood Valley een breed assortiment impulsijsproducten aan, hoewel het geen producten uit de kwaliteitscategorie in zijn assortiment had. Valley kende reeds eerder financiële moeilijkheden en werd in 1985 geliquideerd en vervolgens opnieuw opgericht. Valley had in de zomer van 1996 een in waarde uitgedrukt marktaandeel van 6 % vergeleken met 7 % in 1994 en 1995 en 5 % in 1993. Het in volume uitgedrukte marktaandeel bedroeg ongeveer 8 % in 1996 tegenover 9 % in het voorafgaande jaar. In juni-juli 1997 bedroeg het in volume uitgedrukte marktaandeel van Valley 3 % en het in waarde uitgedrukte aandeel 2 %. Van 1989 tot begin 1997 was Valley de voornaamste distributeur van impulsijsproducten van Mars.

c) *Nestlé*

(34) Nestlé ist een multinationale onderneming die in de consumptie-ijsproductie werkzame dochterbedrijven heeft in de meeste lidstaten. Nestlé betrad de Ierse markt in 1994 en behaalde in waarde en in volume uitgedrukt een marktaandeel van ongeveer 2 % in 1995 en 1996 tegenover 1 % in 1994. In juni-juli 1997 bedroegen zowel het in volume als het in waarde uitgedrukte marktaandeel van Nestlé 2 %.

d) *Häagen Dazs*

(35) Häagen Dazs (onderdeel van het Grand Metropolitan Concern) betrad de Ierse impulsijsmarkt in 1993 met een beperkt assortiment van op „kwaliteits"-niveau geprijsd luxeconsumptie-ijs. Haar aandeel van de impulsijsmarkt is zeer klein en is niet afzonderlijk berekend door Nielsen.

e) *Dale Farm*

(36) Dale Farm, een dochteronderneming van het Britse zuivelbedrijf Northern Foods, is een onderneming die voornamelijk in Noord-Ierland werkzaam is en aldaar marktleider is. Dale Farm zet zijn consumptie-ijsproducten af via onafhankelijke franchisenemers en agenten. In de zomer 1995 en 1996 haalde zij een in volume en in waarde uitgedrukt marktaandeel van 1 % tegenover 0,5 % in 1994. In juni-juli 1997 stegen zowel het in volume als het in waarde uitgedrukte marktaandeel van Dale Farm tot 1,5 %. Dale Farm distribueert ook Marsproducten, hoewel deze geleverd worden door de Britse dochteronderneming van Mars en niet door de Ierse.

f) *Leadmore*

(37) Leadmore is een regionale consumptie-ijsproducent. In december 1994 ging Leadmore Ice Cream Ltd failliet. De onderneming werd overgenomen als going concern van de curator in mei 1995 en opnieuw opgericht als Leadmore (Ireland) Ltd. Leadmore haalde een in waarde uitgedrukt marktaandeel van ongeveer 0,5 % in de zomers 1995, 1996 en in juni-juli 1997 tegenover 3 % in de zomer 1994. Leadmore is voornamelijk werkzaam in een beperkt geografisch gebied.

g) *Aanbieders van soft-ijsmengsel*

(38) Naast HB (zie hierboven) zijn de andere belangrijke aanbieders van soft-ijsmengsel in Ierland: R&F Martin (verkocht onder de merknaam Angelito's) waarvan het marktaandeel wordt geraamd op 35 %, Pritchards waarvan het marktaandeel wordt geraamd op 20 % en Leepatrick Dairies en Dawn Dairies waarvan de marktaandelen nog kleiner zijn.

4. *Impulsijsdistributiekanalen in Ierland*

i) **Algemeen**

(39) In Ierland wordt industrieel impulsijs aan de consumenten verkocht via een breed scala van detailhandels en andere verkooppunten, onder meer levensmiddelenwinkels, de „traditionele" kleinhandel (vaak tabakswinkels, snoepwinkels, krantenkiosken (hierna TSK genoemd), tankstations, kiosken en amusements- en ontspanningscentra). De belangrijkste verkooppunten voor impulsijs zijn de traditionele kleinhandelszaken, levensmiddelenwinkels (inclusief franchising concerns) en tankstations. Dit blijkt uit een studie van AC Nielsen [14] van de consumptie-ijsmarkt in Ierland over de zomer 1992 in de periode april-mei 1995 waaruit blijkt dat de verkoop van impulsijs als volgt is uitgesplitst (in waarde uitgedrukt) over de onderscheiden detailhandelkanalen:

	Juni-juli 1992	Augustus-september 1992	April-mei 1995
Filiaal-bedrijven	3 %	4 %	2 %
Levens-middelen	60 %	59 %	55 %
TSK/Tank-stations	37 %	37 %	43 %

(40) Uit het detailhandelonderzoek van AC Nielsen over 1991 en 1994 blijkt dat de structuur van de detailhandelverkooppunten in de levensmiddelen- en zoetwarenhandel er als volgt uitziet (aantal verkooppunten):

	1991	1994
Filiaalbedrijven	154	160
Franchise-winkel	999	1 015
Levensmiddelenwinkel	6 069	5 652
TSK	1 864	1 863
Tankstations	1 186	979
Totaal	10 272	9 669

(41) Klaarblijkelijk is de structuur in deze periode van drie jaar weinig gewijzigd, met uitzondering van een daling in het aantal verkooppunten in de categorie levensmiddelenwinkels. De meeste van deze verkooppunten verkopen impulsijs. In 1994 was dit het geval voor 95 % van de verkooppunten. HB raamt het aantal detailhandelverkooppunten waar impulsijs wordt verkocht, op basis van de cijfers van AC Nielsen (1997) thans op 9 454.

(42) De filiaalbedrijven (een categorie verkooppunten die voornamelijk supermarkten omvat) verkopen voornamelijk meeneemijs, inclusief multi-packs, welke vaak als dieprvrieslevensmiddelen worden opgeslagen in de eigen vrieskisten van de detailhandelaren. Tevens dient te worden opgemerkt dat in sommige kleinere levensmiddelenverkooppunten in Ierland impulsijs en meeneemijsproducten kunnen worden verkocht in dezelfde verkooppunten en zelfs uit dezelfde vrieskist.

(43) In de gewone detailhandelverkooppunten is de ruimte voor het plaatsen van vrieskisten duidelijk beperkt. De voor de verkoop van impulsijs belangrijste verkooppunten hebben gewoonlijk een kleine oppervlakte waardoor zij in het bijzonder met plaatsgebrek kampen. Impulsijs is voor de meeste kleinhandelaren een marginaal product in die zin dat het slechts voor een beperkt percentage van de omzet en de winst van een winkel zorgt en voor de verkoopruimte concurreert met een reeks andere al dan niet impulsproducten waarvan vele het voordeel hebben dat de verkoop ervan niet seizoengebonden is en dus jaarlijks een hogere omzet per oppervlakte-eenheid oplevert [15]. Volgens door HB verstrekte informatie heeft consumptie-ijs slechts een aandeel van 8,5 % in de totale in waarde uitgedrukte afzet van impulsproducten in Ierland (zoetwaren, frisdrank, hartige hapjes en consumptie-ijs). De in een verkooppunt beschikbare ruimte is niet van gelijke waarde voor de verkoop van impulsproducten: een opvallende plaats is van wezenlijk belang (zie voetnoot 9).

(44) De toegang tot de distributie wordt normaal gemeten in termen van (overweging a)) „ongewogen (numerieke) distributie", dit wil zeggen het percentage verkooppunten dat impulsijs aanbiedt, in numerieke termen uitgedrukt, en waar de producten van een producent beschikbaar zijn; en b) „gewogen distributie" dit wil zeggen het percentage verkooppunten dat impulsijs aanbiedt en waar producten van de producent beschikbaar

[14] Het impulsijsonderzoek van AC Nielsen is de enige betrouwbare bron inzake marktgegevens betreffende distributie van impulsijs in Ierland. De verkooppunten welke zijn opgenomen in Nielsens populatie zijn dezelfde als die welke zijn onderzocht voor het flankerende zoetwarenonderzoek en sluiten bepaalde marginale consumptie-ijsverkooppunten zoals bioscopen, theaters en ijskarren uit.

[15] Blijkens het in de zomer van 1996 door Lansdowne verrichte marktonderzoek, dat hieronder uitvoerig is beschreven, is er slechts geringe beweging op vrieskistengebied om te voldoen aan de seizoengebonden schommelingen van de vraag (zie onderstaande overweging 97).

zijn, gewogen naar de omzet van impulsijs. Hoewel de gewogen distributie in het algemeen wordt beschouwd als de belangrijkste maatstaf voor het distributieniveau van een onderneming is de numerieke distributie van bijzonder belang ten aanzien van impulsproducten: het is de nauwkeurigste weergave van de ruime beschikbaarheid (en zichtbaarheid) van het product voor de consumenten. Het belang van een hoog niveau van numerieke distributie is het meest uitgesproken wanneer impulsproducten voor het eerst op de markt worden gebracht en aldus de kans wordt verhoogd dat de consumenten het product minstens een keer zullen proberen.

ii) **HB**

(45) HB-ijsproducten zijn in elke categorie van de in overweging 39 vermelde distributiekanalen verkrijgbaar. HB verkoopt haar impulsijsproducten aan [. . .] afnemers. [. . .] ([. . .] %) van de afnemers van HB halen een jaaromzet van minder dan 1 500 IEP met betrekking tot HB-impulsijsproducten.

(46) Volgens de onderzoeken die Nielsen de laatste jaren in Ierland heeft gedaan, behaalde HB een numerieke distributie van 79 % en een gewogen distributie van 94 % voor haar impulsijsproducten in augustus-september 1995. Dit betekent dat HB's producten werden verkocht in 79 % van het aantal verkooppunten [16] en dat de impulsproducten van HB werden verkocht in verkooppunten die 94 % van de totale impulsijsverkoop in Ierland uitmaakten. De cijfers waren ongeveer dezelfde voor juni-juli van dat jaar toen het gewogen marktaandeel 95 % bedroeg. In juni-juli 1994 bedroegen de numerieke en de gewogen distributie van HB respectievelijk 78 % en 92 %. In augustus-september van dat jaar bedroegen de cijfers respectievelijk 79 % en 93 %, in juni-juli 1996 bedroeg de numerieke distributie van HB 82 % en de gewogen distributie 96 %; in augustus-september 1996 bleven de cijfers ongewijzigd, maar in juni-juli 1997 bedroeg de numerieke distributie van HB 85 % en de gewogen distributie 97 %.

iii) **Mars**

(47) Volgens AC Nielsen haalde Mars een numerieke distributie van ongeveer 35 % en een gewogen distributie van 48 % inzake impulsijsproducten in augustus-september 1995. De cijfers waren dezelfde voor juni-juli van dat jaar. In juni-juli 1994 bedroegen de numerieke en de gewogen distributie van Mars respectievelijk 36 % en 56 %. In augustus-september van dat jaar bedroegen de numerieke en de gewogen distributie respectievelijk 34 % en 52 %. In juni-juli 1996 bedroeg de numerieke distributie van Mars 32 % en de gewogen distributie 43 %. In augustus-september 1996 bedroeg de numerieke distributie 31 % en bleef de gewogen distributie ongewijzigd. In juni-juli 1997 bedroeg de numerieke distributie 30 % en de gewogen distributie 40 %.

(48) Volgens de ramingen van Mars (op grond van door haar verkooporganisatie destijds verricht onderzoek) zou zij vóór de uitspraak van het Ierse High Court van 1990 (die later is bevestigd, zie overweging 3), welke haar verbiedt detailhandelaren aan te sporen om Mars-consumptie-ijsproducten in HB-vrieskisten te plaatsen, een ongewogen distributie van ongeveer 42 % in de Ierse impulsijsmarkt hebben bereikt. Dit niveau werd bereikt in de eerste maanden van de lancering van haar producten op de Ierse markt en werd grotendeels bewerkstelligd door de Mars-producten in de HB-vrieskisten te plaatsen. Mars gaat ervan uit, dat het niveau van haar distributie als gevolg van het verbod onder de 20 % viel.

iv) **Andere producenten**

(49) Valley haalde in augustus-september 1995 een numerieke distributie en een gewogen distributie van respectievelijk 29 % en 36 %. In juni-juli 1995 bedroegen de cijfers 30 % en 37 %. In juni-juli 1994 bedroegen zij respectievelijk 28 % en 39 %. In augustus-september 1994 bedroegen zij respectievelijk 29 % en 39 %. In juni-juli 1996 bedroeg de numerieke distributie van Valley 26 % en de gewogen distributie 31 %; in augustus-september 1996 bedroeg de gewogen distributie 30 %, terwijl de numerieke distributie ongewijzigd bleef. In juni-juli 1997 daalde de numerieke distributie tot 20 % en de gewogen distributie tot 19 %.

(50) De numerieke distributie en de gewogen distributie van Nestlé bedroegen in augustus-september 1995 respectievelijk 20 % en 25 %. In juni-juli van 1995 bedroegen de cijfers respectievelijk 20 % en 26 %. In juni-juli 1994 bedroegen zij respectievelijk 19 % en 18 %; in augustus-september 1994 bedroegen zij respectievelijk 20 % en 19 %. De meeste distributiecijfers van Nestlé over 1994 kwamen voor rekening van de afzet van één product uit het assortiment, namelijk „Fruit Pastilles". In juni-juli 1996 bedroeg de numerieke distributie van Nestlé 19 % en de gewogen distributie 24 %; einde augustus-september 1996 bedroeg de numerieke

[16] De reële cijfers van de ongewogen/numerieke distributie liggen wat hoger, omdat niet alle onderzochte verkooppunten impulsijs in voorraad hebben. Aldus verkochten slechts 93 % van alle in deze periode onderzochte verkooppunten impulsijs. Derhalve is het correcter het cijfer van 79 % aan te passen tot 79/93 = 85 %. Een vergelijkbare aanpassing kan worden verricht voor de andere periodes maar dit is in deze beschikking niet gedaan. Deze vertekening bestaat niet voor het gewogen cijfer.

distributie 18 % en de gewogen distributie 25 %. In juni-juli 1997 steeg de distributie tot 20 % en daalde het gewogen aandeel tot 21 %.

(51) Dale Farm haalde in augustus-september 1995 een numerieke distributie van 11 % en een gewogen distributie van 12 %. In juni-juli 1995 bedroegen de cijfers 11 % in beide gevallen. In juni-juli 1994 bedroegen zij respectievelijk 5 % en 6 %; in augustus-september 1994 bedroegen zij respectievelijk 4 % en 6 %. In juni-juli 1996 bedroeg de numerieke distributie van Dale Farm 9 % en de gewogen distributie 8 %; in augustus-september 1996 bedroeg de numerieke distributie 8 % en de gewogen distributie 7 %. In juni-juli 1997 bedroeg de numerieke distributie 11 % en de gewogen distributie 11 %.

(52) Voor het faillissement eind 1994 haalde Leadmore in juni-juli 1994 een numerieke distributie van 17 % en een gewogen distributie van 15 %. De numerieke distributie bedroeg in dezelfde periode van 1995 ongeveer 10 %. In juni-juli 1996 bedroeg de numerieke distributie van Leadmore 7 % en de gewogen distributie 6 %. In juni-juli van 1997 bedroeg de numerieke distributie 4 % en de gewogen distributie 7 %.

5. *Distributieovereenkomsten inzake impulsijs in Ierland in het algemeen*

(53) Een breedschalige distributie van industrieel consumptie-ijs vergt onder meer frequente leveranties via koeltransporten van de fabriek naar het verkooppunt of de horecazaak welke op hun beurt moeten beschikken over koude bewaarruimten (gewoonlijk vrieskisten). De consumptie-ijsproducent moet zijn eigen distributienet voor diepvriesproducten opbouwen dan wel een overeenkomst sluiten die hem toegang verschaft tot een distributienet van een andere consumptie-ijsproducent of groothandelaar. Een distributeur moet in staat zijn om frequente leveranties te garanderen en om op korte termijn gevolg te geven aan bestellingen, inzonderheid in de zomer.

(54) Het is in Ierland gebruikelijk dat producenten die impulsijs verkopen, de detailhandelaar vrieskisten in bruikleen (d.w.z. zonder directe vergoeding) geven op grond van vrieskistovereenkomsten waarin de detailhandelaar toezegt dat de vrieskisten uitsluitend zullen worden gebruikt voor de opslag van de producten van de aanbieder (vrieskistexclusiviteit). Dit blijkt uit het hieronder besproken marktonderzoek (zie overwegingen 85 en volgende). De aanbieder zorgt meestal kosteloos (d.w.z. zonder directe vergoeding) voor het onderhoud van de vrieskisten. De producenten leveren hun producten doorgaans direct, inclusief via agenten, aan de detailhandel zonder tussenkomst van onafhankelijke tussenpersonen. De groothandel in consumptie-ijs is in Ierland van gering belang.

(55) Vóórdat HB in 1996 een deel van haar vrieskistenbestand vervreemdde (zie onderstaande overwegingen 72 en 73) waren er in Ierland blijkens het hieronder beschreven marktonderzoek zeer weinig detailhandelaren die eigenaar waren van een vrieskist ten behoeve van de opslag en de verkoop van impulsijsproducten.

6. *Distributieovereenkomsten van HB inzake impulsijs in Ierland*

i) **Algemeen**

(56) HB levert rechtstreeks aan 80 % van haar consumptie-ijsverkooppunten in Ierland. Er wordt direct in de vrieskisten geleverd, ongeacht of de kist eigendom is van HB. HB heeft regionale magazijnen van waaruit zij plaatselijk levert met een eigen koelwagenvloot. De overige 20 % van de verkooppunten wordt bevoorraad door acht verschillende plaatselijke agenten die namens HB leveren. De overeenkomsten met deze distributeurs lopen al lang en vinden hun oorsprong in de logistieke moeilijkheden van HB om direct te leveren aan alle verkooppunten in het hele land. Op de Ierse markt beschikt alleen HB over een landelijk verticaal geïntegreerd distributienet.

(57) HB kent aan omzet gerelateerde kortingen toe op de inkoop van consumptie-ijs (welke niet gelden voor soft-ijsmengsel). De kortingen worden toegekend overeenkomstig een progressieve schaal gaande van 2 % voor inkopen ten bedrage van 1 350 à 2 750 IEP tot 11 % korting voor inkopen van minstens 26 601 IEP (1997). De kortingen gelden voor alle detailhandelaren die HB consumptie-ijs verkopen ongeacht de eigendom van de vrieskist.

ii) **De beschikbaarstelling van vrieskisten**

a) *Exclusief voor HB-producten bestemde vrieskisten*

(58) HB heeft jarenlang vrieskisten ter beschikking van kleinhandelaren gesteld voor de bewaring en de uitstalling van impulsijs in het verkooppunt [17]. De vrieskist is in bruikleen gegeven aan de klein-

[17] Het is tevens toegestaan meeneemijs van HB in de kisten op te slaan.

handelaar (zie overwegingen 76-79) of verhuurd tegen een nominale jaarlijkse huur (1 IEP), die niet wordt geïnd. Onderhoud en herstelling van de vrieskisten komen eveneens voor rekening van HB. HB verstrekt geen distributiemachines voor de verwerking van softijs aan detailhandelaren.

(59) De vrieskist wordt geleverd op grond van een standaardovereenkomst tussen HB en de kleinhandelaar. De belangrijkste bepalingen van deze vrieskistovereenkomsten zijn de volgende:

— HB stemt ermee in een vrieskist ter beschikking van de detailhandelaar te stellen. HB blijft eigenaar van de vrieskist en verbindt zich ertoe het onderhoud ervan voor haar rekening te nemen (behoudens wanneer de schade te wijten is aan slecht gebruik van de vrieskist of verontachtzaming door de kleinhandelaar);

— de vrieskist moet uitsluitend worden gebruikt voor het bewaren van door HB geleverde producten met het oog op de verkoop ervan; derhalve mogen geen producten die door een derde zijn geproduceerd of geleverd, uit de vrieskist worden verkocht of te koop worden aangeboden of erin worden bewaard;

— de overeenkomst kan op elk ogenblik door een van de partijen worden opgezegd mits een opzeggingstermijn van twee maanden in acht wordt genomen ([18]);

— de kleinhandelaar verbindt zich ertoe de vrieskisten op een in het oog vallende plaats in zijn lokalen te plaatsen. Alleen reclamemateriaal van HB mag op de bovenkant of aan de zijkanten van de vrieskist worden uitgestald.

(60) Het aantal kleinhandelaars waarmee HB dergelijke vrieskistovereenkomsten (d.w.z. dat de kisten geleverd worden onder een exclusiviteitsvoorwaarde) heeft gesloten, bedraagt 7 907 (1997). HB heeft onderstaande uitsplitsing van haar vrieskistovereenkomsten verstrekt.

	1995	1996 ([1])	1997
Levensmiddelenwinkels	10 224	8 420	8 315
TSK	1 749	1 440	1 410
Tankstations	1 170	951	925
Overige verkooppunten	323	487	500
Totaal	13 453	11 298	11 150

([1]) Deze cijfers geven de toestand weer in september 1996 en houden rekening met de vrieskisten die HB in 1995 en 1996 heeft verkocht (zie onderstaande overwegingen 72 en 73).

([18]) HB heeft er evenwel op gewezen dat zij in de praktijk geen naleving verlangt van de vereiste opzeggingstermijn van twee maanden wanneer kleinhandelaren de overeenkomst op kortere termijn of zonder opzegging wensen te beëindigen.

(61) HB heeft thans [. . .] vrieskisten in verkooppunten in Ierland geplaatst die vooraan in de winkel moeten worden geplaatst ([19]) (1997). In 1995 maakte HB een omzet van [. . .] IEP in verkooppunten die met HB een vrieskistovereenkomst hadden gesloten, hetgeen ongeveer [. . . meer dan 95 % . . .] is van de totale impulsijsafzet van HB in Ierland in dat jaar (zie bovenstaande overweging 27). In 1994 maakte HB een omzet van [. . .] miljoen IEP in verkooppunten die met HB een vrieskistovereenkomst hadden gesloten, hetgeen eveneens ongeveer [. . . meer dan 95 % . . .] is van de totale impulsijsafzet van HB in Ierland in dat jaar.

(62) Het is geen officieel beleid van HB dat een vrieskist wordt verstrekt aan elk verkooppunt dat aanbiedt consumptie-ijs in voorraad te nemen. Er worden financiële en commerciële criteria toegepast ([20]). De financiële criteria zijn gebaseerd op de marginale kosten voor HB, als gevolg van de toevoeging van het nieuwe verkooppunt, in combinatie met een aanvaardbaar rendement op die investering. Dit betekent dat a) de nettokosten van de kist voor HB en b) haar variabele marge op de bijbehorende verkoop van consumptie-ijs in het verkooppunt moeten worden beoordeeld. De commerciële criteria worden weergegeven als jaarlijkse verkoopdoelstelling gebaseerd op een geraamde minimumomzet in het betrokken verkooppunt.

(63) Over het geheel genomen worden aanzienlijke besparingen gedaan, doordat HB, in tegenstelling tot individuele detailhandelaren of zelfs grote inkooporganisaties, de kosten van de aanschaf en het onderhoud van de vrieskisten voor haar rekening neemt. Als onderdeel van het Unileverconcern (dat een zeer groot aantal vrieskisten per jaar inkoopt) krijgt HB aanzienlijke kortingen bij inkopen op een dergelijke schaal. Bijvoorbeeld schat HB dat de kapitaalkosten (inclusief levering, opslag, afhandeling en dergelijke) voor de aankoop door een kleinhandelaar van een standaardvrieskist van een meter aanzienlijk hoger zijn dan de kapitaalkosten van HB voor de levering van dezelfde vrieskist. HB heeft eigen koeltechnici in dienst voor onderhoud en herstelling van de kisten en maakt tevens gebruik van de diensten van plaatselijke koelbedrijven. In 1994, 1995 en 1996 bedroegen de vrieskistuitgaven van HB (inclusief aanschaf, plaatsing, onderhoud, nazicht van de kist en afschrijvingen) respectievelijk [. . .] %, [. . .] % en [. . .] % van de impulsijsomzet voor elk van de drie jaren.

([19]) Sommige vrieskisten worden om opslagredenen achteraan in het verkooppunt geplaatst.

([20]) HB heeft er evenwel op gewezen dat zij in de praktijk niet altijd aandringt op een strikte naleving van deze criteria als voorafgaande voorwaarden om een vrieskist van HB te kunnen krijgen.

(64) Het belang dat door het Unileverconcern wordt gehecht aan het beleid om vrieskisten in een exclusiviteitsregeling beschikbaar te stellen, bleek inzonderheid bij de komst van Mars op de Europese markt eind jaren tachtig. De onderstaande uittreksels (overwegingen 65-68) uit bedrijfsdocumenten laten zien hoe belangrijk het behoud van de exclusiviteitsregeling inzake de vrieskisten toen voor Unilever was.

(65) In een Unilever-document van 3 september 1990 met de titel „Mars position in Europe and the FPC[21] response" wordt onder de titel „Strategic approach" onder meer vermeld dat *alle* inspanningen zullen worden geleverd om de vrieskistexclusiviteit te behouden.

(66) In een ander FPC-document van april 1989 met als titel „European Ice Cream Marketing Strategy" is verwezen naar het belang van de exclusiviteit en de eigendom van de vrieskist: „Wij moeten de eigendom van de kist behouden, met name wanneer de distributie plaatsvindt door derden, om, voorzover mogelijk via exclusiviteitscontracten, te zorgen dat alleen ons merk in de kist wordt geplaatst en de facto in het verkooppunt wordt verkocht".

(67) De notulen van de „Marketing Managers Meeting" die in november 1989 in Rotterdam werd gehouden (een FPC-document) bevatten de volgende verklaringen: „HB is erin geslaagd Mars door de oprichting van een Special Task Force . . . van hun top in augustus van 1 920 vrieskisten (29,7 %) terug te dringen tot 400 HB-verkooppunten (4,2 %). In bepaalde gevallen zijn zij (HB) erin geslaagd Mars uit de verkooppunten uit te kopen. Tevens werd gebruik gemaakt van een omleiding naar andere vrieskisten in de winkel en in enkele zeldzame gevallen werden vrieskisten uit het verkooppunt teruggetrokken". Onder het hoofd „Mars, wat nu?" is het volgende vermeld: „Om haar schaalvoordelen in de productie te behouden, moet Mars haar volume aanzienlijk vergroten. Zij moet de distributiebarrière slechten . . . het belemmeren van distributie door Mars is de onmiddellijke reactie op haar komst op de markt . . .".

(68) In een intern beleidsdocument van Unilever getiteld: „Diepvriesproductencoördinatie, Conferentie van Verkoopleiders, juni 1990, Wenen, Hoogtepunten en verdere actie" wordt het belang van de merkexclusiviteit in de vrieskist onderstreept. Onder het hoofd „Exclusiviteit" wordt het volgende vermeld: „Wij realiseren ons maar al te goed dat een van de pijlers van ons succes — EXCLUSIVITEIT — nu gevaar loopt:

— Exclusiviteit bij de concessiehouder en de distributeur.

— Exclusiviteit in de verkooppunten en de vrieskisten."

b) *Herziening van het vrieskistenbeleid*

(69) In het licht van de mededeling van overwegingen van bezwaar van de Commissie van 29 juli 1993 (zie bovenstaande overweging 5) en na een gedachtewisseling met de Commissie heeft HB haar distributieovereenkomsten herzien. Deze zijn bij de Commissie aangemeld als een verzoek om een negatieve verklaring dan wel om een ontheffing (zie overweging 6). De herziene overeenkomsten bevatten de standaardovereenkomst krachtens welke HB haar exclusiviteitsvrieskisten levert (zoals beschreven in overwegingen 58 en 59), alsmede HB's standaardverkoopvoorwaarden en -kortingenregeling (zie overweging 57). Deze omvatten voortaan een nieuwe prijsregeling voor HB's consumptie-ijsproducten (zie overwegingen 76-79) en de invoering van een huurkoopregeling (zie overwegingen 70 en 71) die erop gericht is de verwerving van vrieskisten door detailhandelaren te vergemakkelijken.

(70) HB heeft als alternatief voor de aanvaarding van een HB-vrieskist krachtens de desbetreffende standaardovereenkomst, een huurkoopregeling voor vrieskisten ingevoerd, die detailhandelaren de mogelijkheid biedt hun eigen nieuwe vrieskist aan te schaffen. De kisten worden aangeboden tegen de groothandelsprijs die HB ervoor heeft betaald ten bewijze waarvan een factuur van de onafhankelijke vrieskistenleverancier wordt overgelegd. Krachtens de regeling wordt detailhandelaren een „visi-top"-vrieskist van één meter aangeboden en is er steeds één vrieskist per verkooppunt beschikbaar. De bijzonderheden van de regeling zijn op alle prijslijsten van HB en het relevante reclamemateriaal bekendgemaakt. De betaling geschiedt over een maximumperiode van vijf jaar. De detailhandelaar wordt in kennis gesteld van de voorwaarden van een vervroegde aflossing zonder boete. De rente is de geldende huurkooprente in Ierland[22]. De vrieskist wordt tijdens de beta-

[21] Frozen Products Coordination.

[22] De rente wordt vastgesteld op grond van objectieve criteria — onder meer de rente die door de Bank of Ireland wordt aangerekend aan kleine ondernemingen.

lingsperiode uitsluitend voor het opslaan van HB-producten gebruikt. Het onderhoud wordt gedurende de gehele aflossingsperiode door Unilever verzorgd. Gedurende deze periode kunnen de huurkopers aanspraak maken op het vaste bedrag krachtens de gedifferentieerde prijsregeling (zie overwegingen 76-79) waarvan de onderhoudskosten worden afgetrokken ([23]).

(71) Unilever deelde de Commissie mede, dat haars inziens de regeling aantrekkelijk was voor detailhandelaren en hen ertoe zou aanzetten hun eigen vrieskisten aan te schaffen. Sinds de invoering van de huurkoopregeling begin 1995 in Ierland heeft geen enkele detailhandelaar van het aanbod gebruik gemaakt.

(72) Teneinde op korte termijn een aanzienlijk aantal verkooppunten vrij te maken, zegde Unilever de Commissie toe in een aanzienlijk aantal (ongeveer 20 %) van de verkooppunten waarin toen (december 1994) vrieskisten waren geplaatst, aan kleinhandelaren vrieskisten met een „bruikbare resterende levensduur" te verkopen welke vooraan in de winkel moeten worden geplaatst. In totaal werden 1 750 kisten verkocht. Hoogstens 400 van deze vrieskisten werden verkocht in verkooppunten met een jaaromzet van HB-impulsijs van minder dan 650 IEP. In verkooppunten waar de jaaromzet van deze producten minder dan 400 IEP bedroeg, werden geen vrieskisten verkocht. De kleinhandelaar kwam, vanaf de verkoop, krachtens de gedifferentieerde prijsregeling voor een jaarlijks vast bedrag (zie overwegingen 76-79) in aanmerking. De vrieskisten werden verkocht aan detailhandelaren die een exclusiviteitskist van HB bezaten. De prijs werd vastgesteld op een dusdanig niveau, dat de verwezenlijking van deze resultaten was gegarandeerd. De verkoop moest op een eenmalige basis in 1995 en 1996 plaatsvinden. De verkoop zou in gelijke mate in 1995 en 1996 plaatsvinden en een redelijke geografische spreiding moest worden gegarandeerd. De verkoop van de vrieskisten moest een ontwikkeling in gang zetten waarin de detailhandelaren eigenaar van de vrieskist zouden worden. Unilever beweerde dat de maatregel tot gevolg zou hebben, dat de relevante markt in het seizoen 1995 zichtbaar en wezenlijk zou zijn gewijzigd. Dit zou het proces op gang brengen waarvan de toekomstige ontwikkeling wordt gegarandeerd door de dubbele prijsstructuur en de huurkoopregeling.

([23]) Deze kosten bedroegen [. . .] IEP in 1995, zodat het aan de huurkopers te betalen bedrag in 1995 [. . .] IEP per jaar bedroeg. HB zou soepel zijn bij de betaling van de bonus aan degenen die in de loop van 1995 voor huurkoop kozen.

(73) Overeenkomstig haar verbintenis heeft HB sinds het begin van 1995 [. . .] vrieskisten in [. . .] verkooppunten vervreemd. Bijna alle vervreemdingen vonden plaats in de eerste helft van 1996 ([24]) en [. . .]. Volgens HB zijn 1 750 van de vervreemdingen in overeenstemming met de in overweging 72 genoemde voorwaarden. Bijna alle vervreemde vrieskisten waren van een model of type dat de jongste [. . .] jaar niet opnieuw door HB in verkooppunten is geplaatst. De gemiddelde leeftijd van de vervreemde vrieskisten is net onder de [. . .] jaar ([25]). Niet alle vrieskisten welke van de hand werden gedaan, werden in detailhandelverkooppunten geplaatst; sommige (volgens HB [. . .]) werden geplaatst in scholen, personeelskantines, zwembaden enz. Meer dan [. . .] afnemers verwierven krachtens de vervreemdingsregeling meer dan één vrieskist. HB concentreerde haar vervreemdingen in wat zij beschrijft als de sector kleine winkels. Volgens HB bedraagt de totale omzet van impulsijs bij alle verkooppunten die vrieskisten in deze regeling hebben verworven, ongeveer [. . .] IEP.

c) *Recente plaatsingen van vrieskisten en productverspreiding*

(74) In 1994 heeft HB de modernisering van haar vrieskistenbestand geïntensiveerd door vele oudere modellen te vervangen ([26]). In 1993 werden [. . .] nieuwe vrieskisten geplaatst in verkooppunten, in 1994 [. . .], in 1995 [. . .] en in 1996, tot augustus, [. . .]. In het algemeen nemen de nieuwe vrieskisten meer ruimte in beslag in de verkooppunten (hoewel zij in sommige gevallen kleiner in volume zijn) niet alleen omdat zij groter zijn maar ook omdat vele ervan van het zogenaamde eilandtype zijn welke niet tegen het andere winkelmeubilair of tegen de wanden mogen worden geplaatst. HB vermeldt een wijziging van de structuur van haar vrieskistenbestand welke overeenstemt met „de stijgende populariteit van het diepvrieseilandmodel ten nadele van de Visitop en de gesloten vries-

([24]) Slechts [. . .] kisten werden verkocht in 1995 en de meeste ervan in de tweede helft van het jaar.

([25]) De gemiddelde levensduur van een vrieskist wordt door HB geraamd op tien jaar; de vrieskisten worden door HB over acht jaar afgeschreven.

([26]) HB verklaart dat zij „een programma invoerde dat het imago van het merk HB en de zichtbaarheid van het HB-assortiment moest handhaven door onder meer de oude vrieskisten door moderne modellen te vervangen." Mars verklaart: „Unilever voerde in 1994 en 1995 een uitzonderlijk vrieskistplaatsingsprogramma uit; uit een vergelijking tussen de twee Rosslyn-onderzoekingen blijkt dat het vervangingspercentage 230 % bedroeg van het plaatsingspercentage van 1990-1991". Mars zegt verder dat „de nieuwe Unilever-vrieskisten veel groter waren dan die welke zij vervingen (behalve een type, dat niet veelvuldig is geplaatst)".

kisten", „een geleidelijke toename van de afmetingen van de vrieskisten in die zin dat zij langer dan een meter zijn" en „een geleidelijke vermindering van de algemene omvang van de kisten rekening houdend met de lengte, de breedte en de hoogte ervan". Volgens HB zijn deze trends te verklaren op grond van twee belangrijke factoren: „i) de afname van de afmetingen van de verkooppunten in het segment TSK en kleine levensmiddelenwinkels houdt in dat het aandeel van het totale diepvrieskistenbestand van de voor dergelijke verkooppunten typische Visitop-kist van een meter dienovereenkomstig is verminderd, en ii) de invoering door de producenten van nieuwe diepvrieskisten die ten behoeve van de consument in de zelfbedieningssector klantvriendelijker zijn en om die reden langer en minder diep zijn".

(75) Mars wijst erop dat de algemene verspreiding van Unilever-producten en de uitbreiding van het assortiment erop gericht is deze vrieskisten te vullen zodat de detailhandelaren ervan kunnen worden overtuigd dat zij beschikken over een volledig assortiment consumptie-ijsproducten en derhalve geen producten van concurrenten hoeven te verkopen.

d) *Prijsregelingen*

(76) Tot maart 1995 leverde HB consumptie-ijsproducten en vrieskisten tegen een zogenaamde „inclusiefprijs". Deze prijs omvat de kapitaalkosten van de kist, het onderhoud ervan en de waarde van de consumptie-ijsproducten. Alle kleinhandelaren werd dezelfde prijs aangerekend, ongeacht wie eigenaar is van de vrieskisten waarin de producten worden bewaard. Een detailhandelaar met een eigen vrieskist zal dan ook dezelfde prijs voor HB consumptie-ijs betalen als de detailhandelaar die het aanbod van een HB-vrieskist aanvaardt. In de mededeling van overwegingen van bezwaar van 1993 (zie overweging 5) kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie, dat dit prijsbeleid strijdig was met artikel 86 van het EG-Verdrag omdat het een discriminatie inhield ten aanzien van detailhandelaren die geen HB-vrieskist hadden aanvaard, maar die niettemin HB-consumptie-ijs afnamen. De Commissie concludeerde voorlopig dat de inclusiefprijsregeling niet alleen diende als een lokmiddel om exclusiviteit toe te staan ten nadele van concurrerende producenten van impulsijs, maar dat het tevens aanleiding gaf tot discriminatie tussen handelspartners omdat in ongelijke omstandigheden gelijk werd opgetreden. Een detailhandelaar die een eigen vrieskist had, betaalde dus feitelijk voor een dienst die hij niet had ontvangen en werd aldus gedwongen de vrieskisten te subsidiëren welke waren geplaatst bij verkooppunten die HB-vrieskisten hadden aanvaard. De eerste detailhandelaar leed aldus een concurrentienadeel ten aanzien van de laatste.

(77) In het licht van het bezwaar van de Commissie is HB in 1995 afgestapt van haar beleid van „inclusiefprijzen" en heeft zij een „gedifferentieerde" of „duale" prijsregeling ingevoerd. De regeling voorziet in de betaling van een vast bedrag aan detailhandelaren die HB-consumptie-ijsproducten in voorraad nemen, maar geen gebruik maken van een HB-vrieskist, op voorwaarde dat de detailhandelaar een jaarlijkse minimumomzet van HB-consumptie-ijs (afzet in het verkooppunt) van 650 IEP brutoverkoopwaarde maakt. Dit vaste bedrag bedraagt thans 78 IEP per jaar en weerspiegelt de kosten van de aanschaf en het onderhoud die HB bespaart op de levering en het onderhoud van een standaardmodel vrieskist van één meter, ten behoeve van de detailhandelaar. De detailhandelomzetdrempel is zo vastgesteld, dat HB op de verkoop van consumptie-ijs aan een detailhandelaar een minimumrendement kan behalen.

(78) Unilever betoogt dat de nieuwe regeling „was ontworpen om elke economische aansporing ten aanzien van de detailhandelaren om een HB-vrieskist te nemen uit te schakelen". Verder betoogde Unilever dat de regeling „een aanzienlijk effect zou heben op de vermeende afscherming van de markt, aangezien meer detailhandelaren er zich van bewust worden dat de bonus kan bijdragen tot de financiering van de aanschaf van een eigen vrieskist".

(79) De regeling functioneert sinds het begin van 1995 en de voorwaarden ervan zijn op alle prijslijsten van HB bekendgemaakt. Detailhandelaren die in 1995 hun eigen vrieskisten voor een gedeelte van het jaar gebruiken, zouden een gedeeltelijke bonus ontvangen. Het vaste bedrag wordt periodiek aan de wijzigingen van de kosten van HB aangepast. De omzetdrempel kan evenzo van tijd tot tijd worden aangepast. Alle wijzigingen moesten op een doorzichtige wijze worden ingevoerd. In maart-april 1996 kwamen [...] detailhandelaren in aanmerking voor en ontvingen de bonus van de gedifferentieerde prijsregeling voor het in 1995 bij HB ingekochte impulsijs. In 1997 kwamen [...] detailhandelaren in aanmerking voor en ontvingen de bonus van de gedifferentieerde prijsregeling voor het in 1996 bij HB ingekochte impulsijs.

7. ***De distributieovereenkomsten van andere producenten inzake impulsijs in Ierland***

i) **Mars en Valley**

(80) In 1989 wees Mars Valley aan als distributeur van haar nieuw ontwikkelde consumptie-ijsproducten.

Vóór het verbod van het Ierse High Court van 1991 tegen Mars (zie overweging 3) werden de producten van Mars door sommige detailhandelaren eveneens in HB-vrieskisten geplaatst. Aanvankelijk leverde Mars aan Valley, die vervolgens de Mars-producten in vrieskisten plaatste die eigendom waren van Valley of Mars dan wel in vrieskisten die door Mars en Valley gezamenlijk waren aangeschaft. Sinds 1993 is Mars werkzaam in de rechtstreekse distributie. Ingevolge de uitspraak van het High Court van 1992 waarin het verbod tegen Mars werd bevestigd, hebben Mars en Valley hun vrieskistovereenkomsten gewijzigd teneinde deze exclusief voor de producten van de aanbieder voor te behouden. Mars beweert dat „haar totale uitgaven inzake vrieskisten alleen in 1994 22 % van haar omzet van impulsijs bedroegen" in dat jaar. In maart 1997 beëindigde Mars haar distributieovereenkomst met Valley.

ii) **Nestlé**

(81) Sinds Nestlé in 1994 de Ierse impulsijsmarkt betrad heeft zij vrieskisten geplaatst in detailhandelverkooppunten tegen exclusiviteitsvoorwaarden. Nestlé zet in Ierland alleen via distributeurs consumptie-ijs af. Bij het betreden van de consumptie-ijsmarkt in 1994 sloot Nestlé een samenwerkingsovereenkomst met Leadmore met betrekking tot de distributie. Deze samenwerking werd na één seizoen afgebroken.

iii) **Dale Farm**

(82) Dale Farm levert vrieskisten aan detailhandelszaken tegen „bruikleenvoorwaarden" waarin uitsluitend Dale Farm consumptie-ijs, Mars consumptie-ijs en andere diepvrieslevensmiddelen van Northern Foods mogen worden opgeslagen.

iv) **Häagen Dazs**

(83) Häagen Dazs plaatst vrieskisten in detailhandelszaken met het oog op het bewaren van haar impulsijs en haar andere consumptie-ijsproducten. De vrieskisten zijn gewoonlijk klein van omvang en worden geplaatst tegen exclusiviteitsvoorwaarden. Alle consumptie-ijsproducten van Häagen Dazs worden via distributeurs verkocht.

v) **Leadmore**

(84) Leadmore leverde vrieskisten aan detailhandelszaken tegen exclusiviteitsvoorwaarden.

8. ***Marktonderzoek en kwantificatie van de afscherming***

(85) Vooraf dient een algemene opmerking te worden gemaakt met betrekking tot marktonderzoek: er is altijd een zekere foutmarge wanneer gegevens worden verkregen uit het onderzoek van slechts een steekproef van de totale betrokken markt hoe zorgvuldig de steekproef met het oog op de representativiteit ervan ook is samengesteld. Het is echter het enige daadwerkelijke en betaalbare middel om vele soorten marktgegevens te verkrijgen. De betrouwbaarheid van dergelijke gegevens kunnen bovendien aanzienlijk worden verbeterd wanneer meer dan één onderzoek van een bepaalde markt elkaars bevindingen substantieel bevestigen, hetgeen voor de drie hieronder beschreven marktonderzoeken het geval is.

(86) Hoewel HB de brede samenhang tussen de bevindingen van het Lansdowne- en het B&A-onderzoek erkent, oefent zij kritiek uit op de representativiteit van het onderzoek van Rosslyn, omdat het gebaseerd zou zijn op een nieuw bezoek van verkooppunten die vijf jaar eerder werden onderzocht in een vergelijkbaar onderzoek. Het oorspronkelijke onderzoek zou gebaseerd zijn op een willekeurige steekproef zonder enige stratificatiepoging op grond van het type of de omvang van het verkooppunt. Volgens HB is het onderzoek van Rosslyn buiten alle verhouding gericht op de TKS ten nadele van de onafhankelijke levensmiddelenwinkels, in tegenstelling tot de onderzoeken van Lansdowne en B&A, die in overeenstemming met de verkooppuntenpopulatie van Neilsen zijn opgebouwd. Het betreft tevens het enige van de drie onderzoeken dat is verricht voordat HB een aantal van haar vrieskisten van de hand had gedaan krachtens de zogenoemde lanceerregeling. De Commissie heeft rekening gehouden met deze kritiek, voorzover zij zich op dat onderzoek heeft gebaseerd. De Commissie heeft eveneens vastgesteld dat het onderzoek van B&A aanzienlijk meer gericht is op grote verkooppunten dan de twee andere onderzoeken.

i) **Het onderzoek van Lansdowne**

(87) Dit onderzoek werd namens de Commissie verricht door Lansdowne Market Research Limited in juli-augustus 1996, het hoogtepunt van het consumptie-ijsseizoen. Er werd gekozen voor een willekeurig samengestelde steekproef van 501 ver-

kooppunten en er werd nagegaan of zij representatief waren voor de relevante detailhandel [27]. Er werd gezorgd voor een geografische spreiding over stedelijke en landelijke gebieden. De gegevens werden ingewonnen via mondelinge interviews met de eigenaars/bedrijfsleiders van alle verkooppunten. De voornaamste bevindingen van het onderzoek zijn hieronder beschreven.

(88) 84 % van alle vrieskisten in de onderzochte verkooppunten was eigendom van een producent/aanbieder van consumptie-ijs: 61 % van alle door de aanbieders verstrekte vrieskisten was eigendom van HB [28]; 11 % ervan was eigendom van Mars, 9 % van Valley, 8 % van Nestlé, 4 % van Dale Farm [29], 2 % van Leadmore en 1 % van Häagen Dazs.

(89) 12 % van alle vrieskisten bleek eigendom te zijn van de detailhandelaar. Voor 2 % gold een huurkoopregeling met de consumptie-ijsproducent; 1 % van de vrieskisten was eigendom van een detailhandelconcern. 38 % van de vrieskisten die eigendom waren van detailhandelaren, was bij HB/HB-agenten gekocht.

(90) 58 % van de verkooppunten beschikte over slechts één vrieskist voor impulsijs, 35 % ervan had twee dergelijke vrieskisten, 7 % ervan drie of meer vrieskisten. Het gemiddelde aantal vrieskisten per verkooppunt bedroeg anderhalf.

(91) 85 % van alle verkooppunten die impulsijs verkopen, beschikte over minstens één door de aanbieder geleverde vrieskist; 72 % [30] had minstens één HB-vrieskist; 14 % had minstens één Mars-vrieskist; 10 % een Nestlé-kist; 10 % een Valley-kist; 5 % [31] een Dale Farm-kist; 2 % een Leadmore-kist; 1 % een Häagen Dazs-kist; 5 % een vrieskist van andere aanbieders. 17 % van alle verkooppunten had minstens één vrieskist die eigendom was van de detailhandelaar zelf.

(92) 56 % van alle verkooppunten beschikte over een vrieskist van slechts één producent/aanbieder (deze verkooppunten zijn derhalve slechts in staat om consumptie-ijsproducten van die ene producent/aanbieder te verkopen). 27 % beschikte over vrieskisten die eigendom waren van meer dan één producent/aanbieder (en niet over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaren): derhalve beschikte 83 % van alle verkooppunten slechts over vrieskisten die door de producent/aanbieder verstrekt waren: 17 % van alle verkooppunten had minstens één vrieskist welke eigendom was van de detailhandelaar zelf — deze 17 % bestaat uit 12 % van alle verkooppunten welke alleen beschikken over vrieskisten die eigendom zijn van de detailhandelaar en 5 % van alle verkooppunten welke zowel beschikken over vrieskisten die eigendom zijn van de detailhandelaar als over vrieskisten welke eigendom zijn van de producent/aanbieder.

(93) Deze informatie werd eveneens uitgesplitst volgens de impulsijsomzet van elk onderzocht verkooppunt. Aldus zijn er drie categorieën: i) verkooppunten met een omzet van minder dan 1 000 IEP (22 % van de verkooppunten), ii) verkooppunten met een omzet tussen 1 000 IEP en 2 000 IEP (23 % van de verkooppunten) en iii) verkooppunten met een omzet van meer dan 2 000 IEP (40 % van de verkooppunten) [32]. 28 % van de verkooppunten van categorie i) beschikte over minstens één vrieskist die eigendom was van de detailhandelaar zelf (22 % beschikte uitsluitend over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaar, 6 % beschikte over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaar alsook over vrieskisten die eigendom waren van de producent/aanbieder); 19 % van de verkooppunten van categorie ii) beschikte over minstens één vrieskist die eigendom was van de detailhandelaar zelf (15 % beschikte uitsluitend over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaren, 4 % beschikte over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaar alsook over vrieskisten die eigendom waren van de producent/aanbieder); slechts 10 % van de verkooppunten van categorie iii) beschikte over minstens één vrieskist die eigendom was van de detailhandelaar zelf (4 % beschikte uitsluitend over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaar, 6 % beschikte over vrieskisten die eigendom waren van de detailhandelaar alsook over vrieskisten die eigendom waren van de producent/aanbieder). 58 % van de verkooppunten van categorie i) en categorie ii) beschikte over vrieskisten van slechts één producent/aanbieder (derhalve kunnen zij uitsluitend consumptie-ijsproducten verkopen van die ene producent/aanbieder); 53 % van de verkooppunten van categorie iii) kunnen uitsluitend consumptie-ijsproducten verkopen van die ene producent/aanbieder.

[27] 68 % van de steekproef bestond uit levensmiddelenwinkels, 21 % TKS en 11 % tankstations. Filiaalbedrijven werden niet in het onderzoek opgenomen. 92 % van de steekproef was in handen van zelfstandigen, een bijkomende 6 % was in handen van een keten (franchisingconcern).

[28] Inclusief de vrieskisten die eigendom zijn van HB-agenten.

[29] Inclusief de vrieskisten die eigendom waren van Dale Farm-agenten.

[30] Inclusief 2 % (van alle verkooppunten) waar de vrieskisten eigendom waren van HB-agenten.

[31] Inclusief 1 % (van alle verkooppunten) waar de vrieskisten eigendom waren van Dale Farm-agenten.

[32] 15 % van de verkooppunten weigerde zijn omzetcijfer mede te delen.

(94) 95 % van de HB-vrieskisten is geplaatst in verkooppunten die alleen beschikken over door de producent geleverde vrieskisten; 58 % van de HB-vrieskisten is geplaatst in verkooppunten waar alleen HB-vrieskisten zijn geplaatst. Het niveau van de impulsijsverkoop in de laatste categorie verkooppunten is bijna gelijk aan de verkoop in verkooppunten met HB-vrieskisten.

(95) 47 % van alle verkooppunten kan slechts impulsijsproducten verkopen van één producent/aanbieder met slechts één vrieskist per verkooppunt; 8 % kan slechts impulsijsproducten verkopen van één producent/aanbieder met slechts twee vrieskisten. 41 % van alle verkooppunten kan slechts impulsijsproducten van HB verkopen — 35 % van alle verkooppunten kan slechts HB-impulsijs verkopen aangezien zij slechts over één HB-vrieskist beschikken, slechts 6 % beschikt over twee of meer HB-vrieskisten. 15 % van de verkooppunten kan slechts impulsijsproducten verkopen van één andere producent/aanbieder dan HB. Geen enkele van deze andere merken is belangrijk wat betreft het aantal verkooppunten die exclusief hun producten verkopen.

(96) De gemiddelde leeftijd van de in het onderzoek betrokken vrieskisten was 3,02 jaar. Vrieskisten welke eigendom waren van de detailhandelaren waren gemiddeld 4,59 jaar oud. De vrieskisten van respectievelijk HB, Mars, Valley en Nestlé waren respectievelijk 2,92, 2,06, 5,53 en 1,65 jaar oud. In één op zes gevallen konden detailhandelaren niet zeggen hoe oud de vrieskist was.

(97) Op de vraag of het een „rendabele optie" was om meer ruimte toe te wijzen aan een bijkomende vrieskist voor impulsijs antwoordde 87 % van alle detailhandelaren ontkennend; slechts 11 % antwoordde hierop bevestigend. 53 % van alle verkooppunten was van mening dat één vrieskist het optimale aantal was in het zomerseizoen (ijsseizoen), 36 % verklaarde dat twee vrieskisten optimaal zouden zijn; 8 % drie en 1 % vier of meer. Het gemiddelde optimale aantal was 1,57. Lansdowne merkte hierbij op, dat het vanzelfsprekend is dat het aantal consumptie-ijsvrieskisten dat in detailhandelverkooppunten in het land is geplaatst, als dichtliggend bij het maximale rendabele aantal wordt beschouwd.

(98) 97 % van de in het onderzoek betrokken vrieskisten is permanent in de winkel geplaatst (niet slechts voor het zomerseizoen). 87 % van alle verkooppunten beweerde nooit bijkomende vrieskisten in de winkel te plaatsen teneinde het hoofd te kunnen bieden aan de hogere vraag in de zomer; 6 % verklaarde soms bijkomende kisten te plaatsen; een bijkomende 6 % verklaarde dit altijd te doen.

(99) 90 % van alle bij het onderzoek betrokken vrieskisten wordt uitsluitend gebruikt voor het bewaren van consumptie-ijs (50 % wordt slechts gebruikt voor het bewaren van impulsproducten, 40 % voor het bewaren van impulsproducten en andere producten); 94 % van alle vrieskisten die eigendom zijn van de producent wordt uitsluitend gebruikt voor het bewaren van consumptie-ijs (54 % wordt slechts gebruikt voor het bewaren van impulsproducten, 40 % voor het bewaren van impulsproducten en andere producten); slechts 67 % van alle vrieskisten die eigendom zijn van de detailhandelaar wordt echter uitsluitend gebruikt voor het bewaren van consumptie-ijs (26 % wordt uitsluitend gebruikt voor het bewaren van impulsproducten, 41 % voor het bewaren van impulsproducten en andere producten, 34 % voor het bewaren van consumptie-ijs en andere producten).

(100) Detailhandelaren die geen eigenaar waren van vrieskisten, werd gevraagd waarom zij geen eigenaar waren van vrieskisten. 54 % gaf aan dat dit commercieel geen zin had; 25 % verklaarde dat de kosten te hoog waren; 9 % verklaarde dat er slechts vraag was naar één merk consumptie-ijs; 4 % verklaarde dat het onpraktisch was.

(101) Aan alle detailhandelaren die geen eigenaar waren van hun eigen vrieskist of geen vrieskist van HB in huurkoop hadden, werd de vraag gesteld of de huurkoopregeling van HB hen interesseerde. 8 % antwoordde hierop bevestigend, terwijl 78 % er geen belangstelling voor had. 54 % verklaarde helemaal geen belangstelling te hebben; 24 % verklaarde niet erg geïnteresseerd te zijn; 5 % liet de regeling onverschillig; 6 % was matig geïnteresseerd; 2 % was erg geïnteresseerd. De allerbelangrijkste reden van dit gebrek aan belangstelling was de tevredenheid met de lopende vrieskistregelingen.

(102) Alle verkooppunten die slechts consumptie-ijsproducten van HB kunnen verkopen werd gevraagd of er vraag was naar andere merken dan HB: 53 % antwoordde dat er geen vraag was; 40 % antwoordde dat er vraag was (31 % zei dat die vraag gering was, 9 % zei dat deze groot was). Dezelfde categorie verkooppunten werd tevens gevraagd of zij belangstelling hadden voor het in voorraad nemen van andere merken dan HB:

62 % ([33]) verklaarde geen belangstelling te hebben (32 % ([34]) was helemaal niet geïnteresseerd, 30 % ([35]) was niet erg geïnteresseerd); 9 % was onverschillig; 25 % ([36]) had belangstelling (17 % ([37]) was matig geïnteresseerd, 8 % ([38]) was zeer geïnteresseerd).

(103) Van de detailhandelaren die belangstelling hadden voor het in voorraad nemen van andere merken dan HB (25 % van 41 % van alle verkooppunten — d.w.z. 10 % van alle verkooppunten), beweerde 53 % niet ertoe bereid te zijn een bijkomende vrieskist te plaatsen voor het in voorraad nemen van dergelijke merken; 40 % verklaarde daartoe wel bereid te zijn. Bijna al diegenen die verklaarden daartoe niet bereid te zijn noemden ruimtegebrek als de belangrijkste reden. Een meerderheid van diegenen die bereid waren een bijkomende vrieskist te plaatsen gaf de voorkeur aan een exclusieve vrieskist van één aanbieder.

(104) Diegenen die belangstelling toonden voor het in voorraad nemen van andere merken dan HB werd eveneens gevraagd of zij ertoe bereid zouden zijn één van hun bestaande HB-vrieskisten te vervangen door/ruilen voor een vrieskist van een andere consumptie-ijsaanbieder: 82 % verklaarde daartoe niet bereid te zijn; 11 % verklaarde daartoe wel bereid te zijn. De voornaamste redenen waarom zij niet bereid waren HB-vrieskisten te vervangen, waren de populariteit en de leidende positie van HB en de tevredenheid met de huidige regeling. Dezelfde groep werd gevraagd of zij ertoe bereid zouden zijn één van hun bestaande HB-vrieskisten te vervangen door/ruilen voor een vrieskist welke wordt gehuurd of verworven door de detailhandelaar zelf: 76 % verklaarde daartoe niet bereid te zijn; 10 % verklaarde daartoe bereid te zijn. Tevredenheid met de huidige regeling en de kosten werden als voornaamste redenen opgegeven voor het gebrek aan bereidheid daartoe. Tenslotte werd aan dezelfde groep gevraagd of zij ertoe bereid zouden zijn een HB-vrieskist te ruilen voor twee kleinere waarvan één geen eigendom is van HB: 49 % antwoordde ontkennend, 44 % bevestigend.

([33]) In de mededeling van overwegingen van bezwaar werd er verkeerd in de tekst 65 % vermeld (een cijfer uit de resultaten van eerder onderzoek); het onderzoek werd volledig bij de mededeling van de overwegingen van bezwaar gevoegd.
([34]) Ibidem; verkeerd vermeld in de mededeling van overwegingen van bezwaar als 37 %.
([35]) Ibidem; verkeerd vermeld in de mededeling van overwegingen van bezwaar als 28 %.
([36]) Ibidem; verkeerd vermeld in de mededeling van overwegingen van bezwaar als 22 %.
([37]) Ibidem; verkeerd vermeld in de mededeling van overwegingen van bezwaar als 16 %.
([38]) Ibidem; verkeerd vermeld in de mededeling van overwegingen van bezwaar als 6 %.

ii) **Het onderzoek van Rosslyn**

(105) Mars bestelde eveneens een onderzoek van de Ierse impulsijsmarkt. Het onderzoek werd verricht door de te Londen gevestigde Rosslyn Research Ltd ([39]) (hoewel het veldwerk werd verricht door het plaatselijke Irish Marketing Surveys). Het onderzoek van Rosslyn betreft 408 verkooppunten welke geografisch over Ierland gespreid zijn en naar omvang en type tot verschillende categorieën behoren. Sommige van de belangrijkste bevindingen van het onderzoek van Rosslyn worden hieronder weergegeven samen met sommige vergelijkbare cijfers uit het onderzoek van Rosslyn van 1991. Op basis van de resultaten van dit onderzoek bestelde Mars een bijkomende economische analyse die tevens hieronder wordt besproken.

(106) 64 % ([40]) van de verkooppunten had slechts één vooraan in de winkel te plaatsen vrieskist voor impulsijs; 31 % ([41]) van de verkooppunten had twee dergelijke vrieskisten; 4 % ([42]) had drie of meer vrieskisten. Het gemiddelde aantal vrieskisten per verkooppunt bedroeg 1,42 % ([43]).

(107) 92 % ([44]) van de vrieskisten was eigendom van de producent van het product dat erin was opgeslagen. 6 % ([45]) van de vrieskisten was eigendom van de detailhandelaar zelf. 64 % ([46]) van de vrieskisten was eigendom van HB ([47]), 14 % ([48]) was eigendom van Mars, 4 % van Valley, 2 % van Dale Farm en 1 % van Leadmore.

(108) 50 % van de verkooppunten beschikte slechts over één HB-vrieskist; 5 % had slechts twee HB-vrieskisten, 2 % had slechts één Mars-vrieskist; 1 % had slechts één Valley-, één Dale Farm- dan wel één Leadmore-vrieskist; 14 % had één HB- en één

([39]) Een bijna gelijk onderzoek werd ten behoeve van Mars verricht door dezelfde onderneming in december 1991-januari 1992. De resultaten ervan werden genoemd in de mededeling van overwegingen van bezwaar van de Commissie van 29 juli 1993. Op 40 verkooppunten na werden dezelfde verkooppunten onderzocht als in 1991.
([40]) 79 % in 1991.
([41]) 20 % in 1991.
([42]) 1 % in 1991.
([43]) 1,22 % in 1991.
([44]) 89 % in 1991.
([45]) 11 % in 1991.
([46]) 71 % in 1991.
([47]) 68 % van de achteraan in de winkel te plaatsen vrieskisten.
([48]) 1 % in 1991.

Mars-vrieskist; 7 % had een HB-vrieskist en één van een andere producent dan Mars.

(109) 97 % van de voor de producenten verstrekte vrieskisten werd door de producent in bruikleen gegeven; 99 % ervan werd vrij van vergoeding verstrekt; 88 % werd geleverd in een exclusiviteitsregeling ([49]); 27 % ([50]) van de detailhandelaren aan wie de producenten vrieskisten hadden verstrekt, verklaarde producten van andere producenten in de vrieskisten te willen bewaren (68 % ([51]) had hiervoor geen belangstelling).

(110) 87 % van de detailhandelaren die over een exclusieve vrieskist van de producent beschikten, zou een andere vrieskist moeten installeren indien zij een ander merk consumptie-ijs wensten te verkopen; 67 % van hen verklaarde daartoe geen plaats te hebben. Van diegenen die verklaarden daartoe plaats te hebben verklaarde 15 % ervoor te hebben gekozen geen bijkomende vrieskist te plaatsen, omdat het niet winstgevend zou zijn in termen van exploitatiekosten en 13 % beweerde de ruimte beter te kunnen gebruiken; 43 % van de detailhandelaren die daartoe de ruimte hadden, verklaarde ertoe bereid te zijn een andere vrieskist te installeren indien de vraag naar een ander product hoog genoeg was.

(111) Van de vrieskisten die werden teruggegeven, geruild of vervangen door een andere vrieskist van dezelfde of een andere consumptie-ijsproducent in de voorgaande vijf jaar, was 78 % eigendom van HB; 55 % van de vrieskisten werd teruggegeven, geruild of vervangen door een modernere vrieskist; een bijkomende 25 % werd teruggegeven, geruild of vervangen door een grotere vrieskist; 74 % van de nieuwe vrieskisten is eigendom van HB; de vrieskisten die zijn teruggegeven of geruild zijn bijna alle vervangen door vrieskisten van dezelfde producent — 214 van de 234 vervangen vrieskisten waren vrieskisten van HB die zijn vervangen door vrieskisten van HB.

(112) 72 % van alle verkooppunten verklaarde niet ertoe bereid te zijn een vervangingsvrieskist of een bijkomende vrieskist te plaatsen; van de verkooppunten die daartoe wel bereid waren (26 % van de totale steekproef), was 82 % niet ertoe bereid zelf een vrieskist te kopen; 94 % was niet ertoe bereid een vrieskist in bruikleen te nemen in een exclusiviteitsregeling die de kosten van het verstrekken van een vrieskist weergeeft; 80 % zou geen vrieskist huren die niet onder een exclusiviteitsregeling valt; 84 % zou evenwel ertoe bereid zijn een vrieskist in bruikleen te nemen die onder een exclusiviteitsregeling valt waarmee geen vergoeding is gemoeid. Toen dezelfde 26 % van de steekproef werd gevraagd of zij een bijkomende vrieskist konden plaatsen (naast een vrieskist die onder een exclusiviteitsregeling van de aanbieder valt), antwoordde 77 % ontkennend; 51 % ervan noemde een gebrek aan ruimte of een beter gebruik van de ruimte als reden, terwijl een bijkomende 22 % verklaarde dat dit, gelet op de exploitatiekosten, niet rendabel zou zijn. Van diegenen die de vraag bevestigend beantwoordden (20 % van 26 % van de totale steekproef) was slechts 17 % ertoe bereid dit te doen.

(113) Het onderzoek werd medio april 1996 verricht. Slechts 5 % van de detailhandelaren had een vrieskist aangeboden gekregen in de huurkoopregeling van HB (zie overwegingen 72 en 73). Slechts 13 % van de detailhandelaren was bekend met deze regeling.

(114) De economische analyse is verricht door Case Associates en getiteld „Estimating foreclosure levels in the Irish ice cream market" (Schatting van de afschermingsniveaus op de Ierse consumptie-ijsmarkt). Deze analyse heeft een aantal conclusies uit het onderzoek getrokken. De analyse is onder meer erop gericht het aandeel verkooppunten te berekenen die „afgeschermd zijn" in die zin dat een nieuwe vrieskist door een nieuwe marktdeelnemer zou moeten worden geplaatst om aldaar consumptie-ijs te kunnen verkopen. De analyse concludeert, dat volgens één berekeningswijze minstens 89 % ([52]) van alle verkooppunten die impulsijs verkopen aldus is afgeschermd. Bij een alternatieve berekeningswijze komt de analyse uit op een afschermingsniveau (zoals hierboven beschreven) van 84 % ([53]). Volgens nog een andere bereke-

([49]) Aangezien geen aanbieders vrieskisten tegen andere dan exclusiviteitsvoorwaarden blijken te verstrekken, is de overblijvende 12 % hoogstwaarschijnlijk ook in een exclusiviteitsregeling verstrekt zonder dat de detailhandelaar zich daarvan bewust was.

([50]) 52 % in 1991.

([51]) 44 % in 1991.

([52]) De berekening is gebaseerd op het feit dat in 408 onderzochte verkooppunten niet meer dan 45 vrieskisten niet door de aanbieder waren verstrekt (zij waren eigendom van de detailhandelaar, van een andere eigenaar of de eigendomsvraag werd niet beantwoord); indien een verkooppunt meer dan één dergelijke vrieskist bezat, zou het afschermingsniveau nog hoger zijn.

([53]) 234 verkooppunten beschikken slechts over een door de aanbieder verstrekte vrieskist, 87 verkooppunten hadden één HB-kist en één door een andere aanbieder verstrekte kist, 23 verkooppunten hadden twee HB-kisten: deze 344 verkooppunten bedroegen 84 % van de totale steekproef.

ningswijze zou het afschermingsniveau 93 % bedragen ([54]).

iii) **De onderzoeken van B&A**

(115) HB bestelde eveneens een marktonderzoek dat in augustus-september van 1996 werd verricht door Behaviour & Attitudes Limited, een marktonderzoekbedrijf. De bevindingen van het onderzoek zijn vervat in het schriftelijke antwoord van HB op de mededeling van overwegingen van bezwaar. De steekproef van het onderzoek omvatte 507 detailhandelverkooppunten die geografisch gespreid zijn over geheel Ierland en betrekking hebben op verkooppunten van verschillende omvang en type ([55]). De voornaamste bevindingen van het onderzoek zijn hieronder weergegeven.

(116) [. . .] % van de onderzochte verkooppunten had één vrieskist vooraan in de winkel, [. . .] % twee vrieskisten en [. . .] % drie of meer. HB-producten werden verkocht in [. . .] % van de onderzochte verkooppunten, Mars in [. . .] %, Valley in [. . .] %, Nestlé in [. . .] % en Häagen Dazs in [. . .] %. In [. . .] % van alle onderzochte verkooppunten werden geen HB-consumptie-ijsproducten samen bewaard met producten van andere consumptie-ijsproducenten. HB heeft te kampen met rechtstreekse concurrentie van andere consumptie-ijsmerken in [. . .] % van de onderzochte verkooppunten, hetgeen [. . .] is van de verkooppunten waarin HB-producten worden verkocht.

(117) Van de verkooppunten met slechts één vrieskist was [. . .] % in het bezit van een HB-vrieskist, [. . .] % had een Mars-vrieskist, [. . .] % een Valley-vrieskist, [. . .] % een Nestlé-vrieskist, [. . .] % een Häagen Dazs-vrieskist en [. . .] % was eigenaar van de vrieskist. [. . .] % van alle onderzochte verkooppunten had alleen een HB-vrieskist vooraan in de winkel.

(118) B&A vroeg de detailhandelaren hoe vaak hun om merken werd gevraagd die zij niet in voorraad hadden. Volgens [. . .] % gebeurde dit nooit, volgens [. . .] % zelden, volgens [. . .] % af en toe en volgens [. . .] % vaak. Van de detailhandelaren aan wie om merken werd gevraagd welke zij niet in voorraad hadden, deed [. . .] % niets, [. . .] % nam producten van een andere producent in voorraad en geen enkele stapte over op een andere producent. Het onderzoek kwam tot de bevinding dat gedurende de zeven voorgaande jaren [. . .] % van de verkooppunten op een bepaald tijdstip nieuwe consumptie-ijsmerken in voorraad had genomen en [. . .] % van de verkooppunten consumptie-ijsmerken uit voorraad had genomen. De voornaamste redenen hiervoor waren het gebrek aan vraag ([. . .] %), slechte leveringsvoorwaarden ([. . .] %) en slecht onderhoud van de vrieskist ([. . .] %).

(119) Detailhandelaren die slechts over één vrieskist beschikten, werd gevraagd of zij ertoe bereid waren een tweede kist te plaatsen. Hierop antwoordde [. . .] % ontkennend, [. . .] % bevestigend en de rest wist het niet. Plaatsgebrek was de belangrijkste reden voor dit gebrek aan bereidheid. Dezelfde verkooppunten werd tevens gevraagd of zij ertoe bereid waren de bestaande kist te vervangen. Hierop antwoordde [. . .] % ontkennend, [. . .] % bevestigend en de rest wist het niet. De voornaamste redenen voor het gebrek aan bereidheid daartoe waren de tevredenheid met het productassortiment van de huidige aanbieder en de vrieskist. Dezelfde detailhandelaren werd verder gevraagd of zij ertoe bereid zouden zijn de bestaande vrieskist te vervangen door twee kleinere. Hierop antwoordde [. . .] % ontkennend, [. . .] % bevestigend en de rest had geen mening.

(120) Aan de detailhandelaren werd gevraagd of zij, ingeval de producenten zouden afstappen van de exclusiviteitsregeling en in de plaats daarvan een afzonderlijke vrieskisthuur zouden invoeren, ertoe bereid zouden zijn een ruimer assortiment in voorraad te nemen. Hierop aantwoordde [. . .] % bevestigend, [. . .] % ontkennend, [. . .] % verklaarde hetzelfde assortiment in vooraad te zullen nemen, [. . .] % verklaarde geen producten meer in vooraad te zullen houden. De [. . .] % die ertoe bereid was een ruimer assortiment in voorraad te nemen, werd gevraagd, of zij eerder bereid waren een vrieskist in huurkoop te nemen dan om huur te betalen. Hierop antwoordde [. . .] % bevestigend, [. . .] % ontkennend. Tenslotte kwam het

([54]) Het betreft de berekeningsmethode welke is gebruikt door William Bishop, een econoom die de afschermingsniveaus analyseerde op grond van het onderzoek van Rosslyn van 1991: de methode houdt in, dat het totale aantal onderzochte verkooppunten wordt gedeeld door het gemiddelde aantal vrieskisten dat in al deze verkooppunten is geplaatst en vervolgens wordt vermenigvuldigd met het aantal vrieskisten dat eigendom is van de detailhandelaar of van een derde. In deze methode wordt aangenomen, dat de vrieskisten welke eigendom zijn van de detailhandelaar waarschijnlijk in dezelfde mate zijn verspreid over de verkooppunten als de andere vrieskisten.

([55]) 20 % bestand uit TSK's, 63 % bestand uit levensmiddelenwinkels waarvan 10 % franchise-winkels; 10 % bestand uit tankstations; 7 % van de verkooppunten hoorde thuis in de categorie andere. Supermarkten waren uitgesloten.

onderzoek van B&A tot de bevinding dat de detailhandelaren in hoge mate tevreden waren met het productenassortiment, de leverantiecontracten en het onderhoud van alle consumptie-ijsaanbieders in de onderzochte verkooppunten.

(121) HB legde samen met haar antwoord op de mededeling van overwegingen van bezwaar eveneens een ander onderzoek van B&A over dat in 1994 is verricht en getiteld is „Nieuwe HB-Vrieskisten: de mening van de detailhandel". Dit onderzoek werd verricht teneinde de mening van detailhandelaren en consumenten in te winnen inzake de onlangs geplaatste HB-kisten. Het onderzoek werd dienovereenkomstig gericht op grotere verkoooppunten en als dusdanig is de bruikbaarheid ervan voor de doelstellingen van deze beschikking enigszins beperkt. Het onderzoek kwam onder meer tot de bevinding, dat HB door de detailhandelaren hoger werd ingeschat dan andere consumptie-ijsaanbieders wegens de prestaties ervan onder een aantal uiteenlopende rubrieken. Het onderzoek kwam tevens tot de bevinding dat de detailhandelaren waarschijnlijk weigerachtig stonden ten aanzien van de plaatsing van twee HB-vrieskisten in één verkooppunt voornamelijk wegens plaatsgebrek en wegens de kosten.

(122) Voorts legde HB samen met haar antwoord op de mededeling van overwegingen van bezwaar een „kwalitatieve studie" over met als titel „Voorraadbeleid van de detailhandel" die door B&A in maart-april 1997 ten behoeve van HB was verricht op grond van 25 interviews. Het onderzoek was erop gericht een kwalitatief inzicht te verkrijgen in de wijze waarop detailhandelaren hun winkel beheren, hoewel werd aanvaard dat de bevindingen slechts konden worden beschouwd als algemene aanwijzingen. Deze bevindingen behelzen het volgende.

(123) De meeste ondervraagde detailhandelaren gaan niet zover dat zij de winst per vierkante meter berekenen maar vertrouwen eerder op hun eigen raming ervan. Voorts toonden zij zich enigszins bezorgd over het feit dat er niets kan worden opgeslagen boven de vrieskisten hetgeen betekent dat de kisten doorgaans in het midden van de winkel worden geplaatst waardoor zij zich vanzelfsprekend zorgen maken over de onderbenutting van de ruimte. Voorts gaven de detailhandelaren aan dat het de voorkeur verdiende de producten in de vrieskist vaker aan te vullen teneinde de afzet in de zomermaanden te maximaliseren, in plaats van extra vrieskisten te plaatsen om te kunnen voldoen aan de vraag naar consumptie-ijs in de zomer. Uit de studie bleek tevens dat er nauwelijks sprake is van een hertoewijzing van de ruimte om het hoofd te bieden aan de wijziging van de vraag omdat de winkels in het algemeen relatief klein zijn.

iv) **Andere bronnen**

(124) HB schat (1997) dat [. . .] verkooppunten slechts beschikken over één door HB verstrekte vrieskist welke vooraan in de winkel moet worden geplaatst, alsook dat bijna [. . .] verkooppunten beschikken over meer dan één dergelijke vrieskist en dat van dat totaal van [. . .] verkooppunten bij benadering [. . .] verkooppunten uitsluitend impulsproducten van HB in vooraad hebben. Op grond van het totale aantal verkooppunten, dat door HB op [. . .] is geraamd (zie overweging 41), kan [. .meer dan 40 %. .] van de verkooppunten in Ierland uitsluitend HB-impulsijs verkopen.

(125) In een document getiteld „Verkoop van vrieskisten ter plaatse" dat HB op 29 november 1994 aan de Commissie heeft overgelegd, betoogt HB dat zij over [. . .] verkooppunten beschikt, inclusief de verkooppunten welke door agenten worden bevoorraad. [. . .] (of [. . .] %) van deze verkooppunten worden tevens bevoorraad door andere aanbieders. Volgens Nielsen (totale populatie) zijn er 9 669 verkooppunten. Op grond hiervan waren [. . .] verkooppunten (of [. . .] % van de verkooppunten van HB) op dat ogenblik exclusieve HB-verkooppunten; de [. . .] exclusieve HB-verkooppunten zijn [. .meer dan 60 %. .] van alle verkooppunten (op basis van Nielsens populatie).

9. *De consumptie-ijsmarkt in Noord-Ierland*

(126) De structuur van de consumptie-ijsindustrie in Noord-Ierland verschilt wezenlijk van die van Ierland. Terwijl HB de enige consumptie-ijsproducent uit het Unilever-concern is, die werkzaam is in Ierland, zijn in Noord-Ierland HB en een Britse dochteronderneming van Unilever, Walls Ice cream Ltd, werkzaam. Walls bevoorraadt de supermarkten, terwijl HB voornamelijk verkoopt aan traditionele verkooppunten. Dale Farm was tot voor kort de grootste aanbieder van consumptie-ijsproducten in Noord-Ierland ([56]), maar sinds 1996 hebben HB/Walls deze leidende positie overgenomen. Niettemin verschilt het merkbewustzijn van de consument tussen Noord-Ierland en Ierland sterk, hetgeen blijkt uit het feit dat Dale Farm een marktaandeel behoudt van 40 % in waarde uitgedrukt (in tegenstelling tot haar verwaarloosbare marktaandeel op de Ierse markt — zie overweging 36). De prijzen voor vergelijkbare producten verschillen ook enigermate.

([56]) Dale Farm treedt in Noord-Ierland op als distributeur voor Mars.

(127) In Ierland distribueert HB haar consumptie-ijs veelal rechtstreeks aan de kleinhandelaren, terwijl zij in Noord-Ierland uitsluitend agenten inschakelt om haar producten te distribueren. In Noord-Ierland rekent HB de detailhandelaren een jaarlijkse huur voor haar vrieskisten aan en past zij een prijsvermindering toe voor producten die zij levert aan detailhandelaren met eigen vrieskisten.

(128) De nationale voorschriften inzake de samenstelling van consumptie-ijs verschillen tussen de republiek Ierland en Noord-Ierland. In Ierland moet consumptie-ijs een minimum botervetgehalte van 5 % hebben, terwijl de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk op deze overweging geen eisen stelt. Er is eveneens enig verschil in de BTW-tarieven.

III. JURIDISCHE BEOORDELING

(129) Deze juridische beoordeling heeft tot doel vast te stellen of de regelingen van HB inzake de distributie van haar impulsijsproducten in Ierland, waarmee zij ernaar streeft aan de verkooppunten die haar producten in voorraad hebben, vrieskisten beschikbaar te stellen op basis van een exclusiviteitsregeling, verenigbaar zijn met de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag. De beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken exclusiviteitsovereenkomsten met artikel 85 geschiedt met inachtneming van de juridische en economische omstandigheden waarin zij tot stand zijn gekomen ([57]).

A. ARTIKEL 85, LID 1

1. *De relevante markt*

i) De relevante productmarkt

(130) Tot de relevante productmarkt behoren in beginsel alle producten die door de consument, op grond van hun kenmerken, prijs en gebruiksdoeleinden, als redelijkerwijs onderling verwisselbaar worden beschouwd ([58]). Aan de hand van die criteria moet in de eerste plaats, overeenkomstig de wijze waarop consumptie-ijs wordt geproduceerd en gedistribueerd, onderscheid worden gemaakt tussen industrieel en ambachtelijk consumptie-ijs (zie overweging 10). In Ierland is alleen industrieel consumptie-ijs voldoende voorhanden. In de tweede plaats dient op grond van de plaats van consumptie onderscheid te worden gemaakt tussen de volgende drie consumptie-ijs ([59])-categorieën ([60]): impulsijs, meeneemijs en horeca-ijs (zie overweging 11).

(131) Consumptie-ijs dat aan de consument wordt aangeboden als onderdeel van de horecadienstverlening vormt een aparte productmarkt ([61]). Deze markt bestaat hoofdzakelijk uit ([62]) industrieel consumptie-ijs voor grootafnemers die het bijvoorbeeld als nagerecht kunnen opdienen. Vaak wordt door het horecabedrijf waarde aan het consumptie-ijs toegevoegd.

(132) Gezien de aard van het product is de plaats van consumptie van wezenlijk belang voor de vaststelling van de relevante markt. Aangezien consumptie-ijs dient te worden bewaard bij een lage temperatuur heeft een consument die een dergelijk product koopt in een detailhandelszaak twee mogelijkheden: hij kan het gekochte ijs op of nabij de plaats waar hij het heeft gekocht onmiddellijk opeten om te voldoen aan een impulsieve behoefte of hij kan het zo snel mogelijk opbergen in een vrieskist, waarschijnlijk in zijn eigen huis, met het oog op consumptie op een later tijdstip. Dit verschil op basis van de bedoeling van de consument bij het kopen van het ijs, bepaalt weer de verschillen in kenmerken en prijs tussen impulsijs en meeneemproducten. Meeneemproducten worden meestal in de vorm van blokken of ijstaarten verkocht en ook als multi-packs van afzonderlijk verpakte producten, terwijl impulsproducten onveranderlijk individueel verpakt worden aangeboden. Het is dan ook duidelijk dat impulsijs en meeneemijs afzonderlijke en verschillende productmarkten vormen ([63]).

([57]) Zie zaak 23/67 Haecht I, Jurispr. 1967, blz. 407.

([58]) Zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, rechtsoverweging 12.

([59]) Algemeen wordt aangenomen dat andere producten dan consumptie-ijs niet tot dezelfde productmarkt behoren. Zie arrest van het Ierse High Court van voetnoot 4.

([60]) Gezien de onbeduidende hoeveelheid ambachtelijk consumptie-ijs dat in Ierland wordt verkocht, behoeft voor de doelstellingen van deze beoordeling geen onderscheid te worden gemaakt tussen ambachtelijk en industrieel consumptie-ijs. Alle consumptie-ijs waarnaar wordt verwezen, is van industriële aard.

([61]) Zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, r.o. 17 en zaken T-7, Langnese, Jurispr. 1995, blz. II-1532, r.o. 63 en T9/93, Schöller, Jurispr. 1995, blz. II-1611, r.o. 42.

([62]) Afzonderlijk verpakte producten kunnen eveneens voor horecadoeleinden worden gebruikt.

([63]) Zaken T-7 en 9/93, Langnese en Schöller, r.o. 64-65, resp. 43-44.

(133) Voor de consument zijn individueel verpakte producten en individuele porties schepijs en soft-ijs redelijkerwijs onderling verwisselbaar. Ten aanzien van soft-ijs kan hierover onenigheid bestaan gezien de niet-zuivelinhoud. Het standpunt van de consument is echter niet in alle gevallen het enige criterium om een productmarkt af te bakenen. Een onderzoek dat zich uitsluitend beperkt tot de objectieve kenmerken van de betrokken producten, is eveneens ontoereikend. De mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt moeten eveneens in aanmerking worden genomen ([64]). In het geval van impulsijs is nader onderscheid dan ook noodzakelijk gezien de verschillende voorwaarden die gelden voor de productie en de distributie van deze categorieën impulsijs. Gezien het marginale belang van schepijs in Ierland, behoeft de opneming ervan in de relevante productmarkt niet in overweging te worden genomen. Soft-ijs anderzijds wordt wel algemeen verkocht in Ierland.

(134) Individueel verpakte consumptie-ijsproducten worden door de detailhandel ingekocht in de vorm waarin zij worden wederverkocht aan de consument. Zij zijn met name geschikt voor zelfbediening door de consument (zie overweging 12). Bij soft-ijs wordt waarde toegevoegd door de detailhandelaar die het soft-ijsmengsel verder moet verwerken alvorens het eindproduct aan de consument kan worden geserveerd. De aldus door de detailhandelaar toegevoegde waarde komt tot uitdrukking in doorgaans ruimere handelsmarges voor soft-ijs dan voor per portie verpakt ijs. Bovendien zijn voor soft-ijs andere voorzieningen noodzakelijk dan vrieskisten waarin de afzonderlijk verpakte consumptie-ijsproducten worden opgeslagen. Voor soft-ijs moeten in het verkooppunt speciale verwerkingsmachines worden geplaatst met het oog op de verwerking en de verkoop van het product. Voorts dient specifiek personeel (voor het bedienen van de klanten en het onderhoud) te worden aangesteld en moet ruimte worden gemaakt.

(135) Als gevolg van de bovengenoemde verschillen in de distributievoorwaarden voor soft-ijs en individueel verpakte consumptie-ijsproducten, verschillen ook de mededingingsvoorwaarden waaronder deze producten in de detailhandel worden aangeboden. Wat de productie betreft, verschillen de kenmerken van de producten (soft-ijsmengsel tegenover consumptie-ijs) en derhalve van de technologie die bij de productie wordt gebruikt, waardoor substitutie aan de aanbodzijde verder wordt bemoeilijkt. Bovendien worden verpakte porties gekenmerkt door een hoge mate van merkuitstraling, terwijl bij soft-ijs het merk in het algemeen niet aan de orde komt. Deze verschillen aan de aanbodzijde blijken uit het feit dat er voor de twee categorieën ijs verschillende producenten zijn (zie overweging 38): alleen HB produceert beide typen en zelfs haar aandeel op de soft-ijsmarkt is veel kleiner dan op de markt voor verpakte porties (zie overwegingen 27 en 38). Derhalve betreft het afzonderlijke productmarkten.

(136) Zelfs wanneer de twee hierboven beschreven categorieën als één enkele productmarkt werden beschouwd, zou dit geen wezenlijke gevolgen hebben voor deze beoordeling. De reden daarvoor is, dat soft-ijs relatief van gering belang is in vergelijking met de waarde van de gehele impuls-ijsmarkt. Dientengevolge zouden de posities van de onderscheiden producenten op de markt niet wezenlijk worden gewijzigd. Van de producenten van verpakte porties zou de positie van HB het minst verzwakt zijn door de toevoeging van haar aandeel van de soft-ijsmarkt (zie overweging 38).

(137) De mededingingsvoorwaarden in andere kanalen dan de detailhandel (b.v. scholen, bedrijfskantines, sport- en ontspanningscentra) vertonen vaak kenmerken die verschillen van de kenmerken van normale detailhandelverkooppunten inzonderheid doordat de producten in de meeste gevallen niet worden verkocht aan het grote publiek, maar aan een beperkte kring consumenten zonder echte keuze. Overwegingen zoals ruimtebeheer zijn vaak erg verschillend in dergelijke lokalen en de prijsniveaus kunnen eveneens verschillen. Impulsverkoop via dergelijke niet-kleinhandelskanalen zijn evenwel relatief onbelangrijk en derhalve dient niet te worden vastgesteld of consumptie-ijs dat in dergelijke verkooppunten wordt verkocht, van de relevante markt moet worden uitgesloten. Slechts 4 % van HB's vrieskistovereenkomsten heeft betrekking op kisten die geplaatst zijn in dergelijke niet-kleinhandelverkooppunten (zie overweging 60).

(138) De productmarkt die van belang is voor de onderhavige procedure, omvat derhalve individueel verpakte porties impulsijs. Hierna zal met impulsijs steeds uitsluitend individueel verpakte producten worden bedoeld.

ii) **De relevante geografische markt**

(139) De objectieve mededingingsvoorwaarden voor vraag en aanbod van impulsijs verschillen aanzienlijk in de verschillende delen van de Gemeenschap.

([64]) Zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r.o. 37.

De productie van industrieel vervaardigd consumptie-ijs vertoont weliswaar een duidelijke tendens naar internationalisering, maar de distributie wordt grotendeels georganiseerd op nationale basis. Distributieovereenkomsten, met inbegrip van vrieskistovereenkomsten en analoge contracten die exclusiviteit verlenen, worden op nationaal niveau gesloten. Dit geldt eveneens voor Ierland. De nationale eigenaardigheden zijn weergegeven in uiteenlopende marktstructuren, productassortimenten en prijzen. De consumentenvoorkeuren voor producttypen en merken kunnen eveneens verschillen. Dit komt voornamelijk doordat enkele consumptie-ijsproducenten, die in verschillende lidstaten opereren, beleidsmatig in verschillende landen andere merknamen voeren (overweging 20), hetgeen duidelijk de nationale aard van de markten illustreert. Bovendien zijn de voorschriften inzake de productie van consumptie-ijs niet geharmoniseerd op Europees niveau.

(140) In het bijzonder verschilt de impulsijsmarkt in de republiek Ierland op een aantal belangrijke punten van die van Noord-Ierland, zoals beschreven in deel II.9. Hierdoor zijn de mededingingsvoorwaarden voor producenten en aanbieders niet homogeen genoeg om de beide delen van Ierland als één enkele markt te behandelen. De relevante geografische markt is dan ook de republiek Ierland ([65]).

iii) **De positie van HB op de relevante markt**

(141) De positie van HB op de markt van afzonderlijk verpakte impulsijsproducten in Ierland is bijzonder sterk, hetgeen onder meer blijkt uit haar marktaandeel gedurende vele jaren (zie overweging 28 en 235 en volgende). Deze sterke positie blijkt verder uit de numerieke en gewogen distributie van HB's impulsproducten (zie overweging 46) alsook uit de sterkte van het merk en het brede assortiment en de populariteit ervan (zie overwegingen 24 en 25). De positie van HB op de impulsmarkt wordt bovendien versterkt door de sterke positie van Unilever, niet alleen op de andere consumptie-ijsmarkten in Ierland (meeneemijs en horeca-ijs), maar ook op de internationale consumptie-ijsmarkten en op de markten voor diepvrieslevensmiddelen en consumentenproducten in het algemeen.

([65]) Zie het arrest Delimitis, r.o. 18 met betrekking tot de Duitse biermarkt; zaak T-9/93 Schöller, r.o. 54 waarin het Gerecht van eerste aanleg aanvaardde dat Duitsland de juiste geografische markt was voor impulsijs.

2. ***Beperking van de mededinging***

(142) HB verstrekt diepvrieskisten aan detailhandelaren op basis van standaardovereenkomsten waarin bepalingen zijn opgenomen volgens welke de vrieskisten uitsluitend mogen worden gebruikt voor het bewaren van door HB geleverde producten met het oog op de verkoop ervan (zie overweging 56). Derhalve mogen uit deze vrieskisten geen door derden geproduceerde of geleverde producten worden verkocht of te koop worden aangeboden, noch erin worden bewaard. Deze overeenkomsten tussen HB en individuele detailhandelaren zijn overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1. HB heeft een net van dergelijke vrieskistovereenkomsten opgebouwd, dat betrekking heeft op kisten die geplaatst zijn in verkooppunten in de gehele relevante geografische markt.

(143) Deze clausules hebben tot gevolg dat de mogelijkheid van de betrokken detailhandelaren om in hun verkooppunten impulsproducten van concurrerende aanbieders te bewaren en te koop aan te bieden, is beperkt wanneer de enige vrieskist voor het bewaren van impulsijs in het verkooppunt is geplaatst door HB, wanneer de in het verkooppunt geplaatste HB-vrieskist waarschijnlijk niet vervangen zou worden een vrieskist die eigendom is van de detailhandelaar of door een vrieskist van een concurrent van HB en wanneer het economisch niet rendabel is om plaats toe te wijzen aan een bijkomende vrieskist. Deze beperking heeft tot gevolg, dat concurrerende aanbieders wordt verhinderd hun producten aan deze verkooppunten te verkopen, waardoor de mededinging tussen de aanbieders op de relevante markt wordt beperkt.

(144) Nadat de oorsprong van de beperking van de mededinging die teweeg is gebracht door het net van HB's vrieskistovereenkomsten (overweging 142) alsook de omstandigheden waaronder het net beperkende gevolgen heeft voor detailhandelaren en aanbieders op de relevante markt in de zin van artikel 85, lid 1, (overweging 143) zijn vastgesteld, moet het bestaan van deze omstandigheden worden aangetoond. Daarbij is geen rekening gehouden met de beperkende gevolgen van elke afzonderlijke vrieskistovereenkomst, maar eerder met de gevolgen van de categorie overeenkomsten die voldoen aan de genoemde voorwaarden en een herkenbaar onderdeel zijn van het volledige net van HB's vrieskistovereenkomsten ([66]). De beoordeling

([66]) Zaak C-234/89, Delimitis, r.o. 19-24, zaken T-7/93 en T-9/93, Langnese en Schöller, r.o. 129-131 en 95-99.

van de mededingingsbeperkende gevolgen van dat onderdeel van HB's net is dan evenzeer van toepassing op elk van de overeenkomsten die tot dat onderdeel behoren ([67]).

(145) De beoordeling van deze mededingingsbeperkende gevolgen is geschied tegen de achtergrond van de gevolgen van alle vergelijkbare netten van vrieskistovereenkomsten die door de andere consumptie-ijsaanbieders op de relevante markt tot stand zijn gebracht alsook in het licht van bijkomende relevante marktvoorwaarden. De beperkende gevolgen zijn bovendien gekwantificeerd, teneinde aan te tonen dat zij aanzienlijk zijn.

3. *Verkooppuntprofiel*

(146) Teneinde de precieze reikwijdte van de toepassing van artikel 85, lid 1, op de vrieskistovereenkomsten van HB vast te stellen moet eerst het verkooppuntprofiel worden onderzocht teneinde de verkooppunten te identificeren waarin alleen HB-vrieskisten zijn geplaatst.

(147) Netten van aanbiedersexclusieve vrieskistovereenkomsten (d.w.z. overeenkomsten waarbij een vrieskist door een aanbieder wordt verstrekt, op voorwaarde dat alleen zijn producten erin worden bewaard) beperken duidelijk de mogelijkheid van de detailhandelaren om impulsijsproducten van concurrerende aanbieders in voorraad te nemen en te verkopen. Deze beperking vloeit voort uit het onvermijdelijke plaatsgebrek in de detailhandelverkooppunten (zie overweging 43). Het gemiddelde aantal vrieskisten in een verkooppunt is berekend op anderhalf in het onderzoek van Lansdowne en op 1,42 in het onderzoek van Rosslyn, hetgeen het bestaan van een dergelijke beperking duidelijk aangeeft (zie overwegingen 89 en 105). De detailhandelaren zijn zich bovendien bewust van deze beperkingen, hetgeen blijkt uit hun opvatting over het optimale aantal vrieskisten op het hoogtepunt van het seizoen: 1,57 (zie overweging 97).

(148) Slechts een klein aantal kleinhandelsverkooppunten in Ierland is in het bezit van andere dan exclusiviteitsvrieskisten ([68]): deze verkooppunten kunnen „open" verkooppunten worden genoemd in die zin dat het de detailhandelaren vrij staat impulsijs van om het even welke producent in voorraad te nemen. Het in juli 1996 uitgevoerde onderzoek van Lansdowne ([69]) kwam tot de vaststelling (zie overweging 92) dat slechts 17 % van alle verkooppunten over vrieskisten beschikte, die eigendom waren van de detailhandelaar, en derhalve als open konden worden beschouwd. De overige 83 % beschikte alleen over door de aanbieder verstrekte vrieskisten. In april 1996 ([70]) kwam het onderzoek van Rosslyn (zie overweging 114) tot de bevinding, dat hoogstens 11 % van de verkooppunten minstens over een niet-aanbieder exclusieve vrieskist beschikte. Slechts 6 % van alle vrieskisten in de onderzochte verkooppunten was eigendom van de detailhandelaar. Dit zijn de enige verkooppunten waartoe consumptie-ijsproducenten rechtstreeks toegang hebben zonder de detailhandelaar een vrieskist aan te bieden voor het bewaren van de producten van de nieuwe leverancier en zonder de detailhandelaar ervan te behoeven te overtuigen deze aanbieding te aanvaarden.

(149) De overige verkooppunten met exclusiviteitsvrieskisten beschikken over één of meer aanbiedersexclusieve vrieskisten. Het onderzoek van Lansdowne kwam tot de bevinding dat 83 % van alle verkooppunten op de relevante markt tot deze categorie behoorde (overweging 92). Het onderzoek van Rosslyn kwam tot de bevinding (zie overwegingen 108 en 114), dat in totaal 84 % van alle verkooppunten die impulsijs verkopen, uitsluitend over aanbiedersexclusieve vrieskisten beschikt. Dit zijn de verkooppunten, waartoe de aanbieders wier vrieskisten niet reeds in het verkooppunt zijn geplaatst, geen rechtstreekse toegang kunnen hebben met het oog op de afzet van hun producten zonder eerst de hieronder beschreven aanzienlijke toetredingsbelemmeringen te overwinnen. Aldus zijn dergelijke nieuwkomers van het verkooppunt uitgesloten. Hoewel deze uitsluiting niet absoluut is in die zin dat het de detailhandelaar niet contractueel is verboden om producten van andere aanbieders te verkopen, is er toch sprake van een afgeschermd verkooppunt, daar de toegang tot het verkooppunt voor concurrerende aanbieders ten zeerste wordt bemoeilijkt.

(150) Voorts is het duidelijk, dat de meeste verkopen van impulsijs geschieden via verkooppunten die

([67]) Het Gerecht van eerste aanleg oordeelde in de zaken Langnese en Schöller in rechtsoverweging 129 en 95 dat: „. . . in geval van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten gesloten door één enkele producent, de beoordeling van de gevolgen van dit netwerk voor de mededinging ook geldt voor de afzonderlijke overeenkomsten waaruit dit netwerk bestaat.".

([68]) Aangezien alle aanbieders op de relevante markt exclusiviteitsregelingen hebben, betekent dit een vrieskist die eigendom is van de detailhandelaar zelf of die hij in bruikleen heeft van een andere bron dan een consumptie-ijsaanbieder.

([69]) Ingevolge de vervreemding van een deel van het vrieskistenbestand door HB (zie overwegingen 72 en 73).

([70]) Voor de vervreemding van een deel van het vrieskistenbestand door HB (zie overwegingen 72 en 73).

uitsluitend beschikken over aanbiedersexclusieve vrieskisten. Dit blijkt niet alleen uit de louter numerieke meerderheid van dergelijke verkooppunten op de relevante markt, maar ook uit het veel lagere aandeel open verkooppunten met een hoge (impulsijs)-omzet in de zin van overweging 138: Aldus is slechts 10 % van de categorie verkooppunten met een hoge omzet open, tegenover 28 % van de categorie verkooppunten met een lage omzet (zie overweging 93).

(151) De meeste van deze afgeschermde verkooppunten kunnen bovendien slechts impulsijsproducten verkopen van één aanbieder in die zin dat zij alleen beschikken over exclusiviteitsvrieskisten welke door één consumptie-ijsproducent zijn verstrekt: volgens Lansdowne 56 % van alle verkooppunten (zie overweging 92).

(152) De meeste door de aanbieder verstrekte vrieskisten in de relevante markt, zijn door HB verstrekt: 61 % volgens Lansdowne (zie overweging 88); 64 % volgens Rosslyn (zie overweging 107). Volgens Lansdowne beschikt 72 % van alle verkooppunten over minstens één HB-vrieskist (76 % volgens Rosslyn — zie overweging 108). Volgens HB's eigen raming (zie overweging 124) zou 75 % van alle detailhandelsverkooppunten in de relevante markt minstens over één HB-vrieskist beschikken.

(153) Het onderzoek van Lansdowne kwam tevens tot de conclusie dat 41 % van alle verkooppunten alleen impulsijsproducten van HB kunnen verkopen, omdat zij alleen beschikken over een vrieskist die door HB is verstrekt; 35 % van alle verkooppunten beschikt slechts over één HB-vrieskist en nog 6 % beschikt over meer dan een vrieskist. Volgens Rosslyn is in 50 % van alle verkooppunten (zie overweging 108) alleen een HB-vrieskist geplaatst. In nog 5 % van alle verkooppunten is er meer dan één HB-vrieskist geplaatst en zijn dit de enige vrieskisten in het verkooppunt, hetgeen betekent dat 55 % van de steekproef alleen impulsijsproducten van HB kan verkopen (alleen HB in voorraad) op de hierboven beschreven manier. Volgens B&A is in [. . .] % ([. . .] % van [. . .] % — zie overwegingen 116 en 117) van alle verkooppunten alleen een HB-vrieskist geplaatst; [. . .] % van de in de steekproef opgenomen verkooppunten kon alleen HB-producten in voorraad nemen in de hierboven beschreven zin (zie overweging 116). Volgens de eigen ramingen van HB kan [. .meer dan 40 %. .] van alle verkooppunten alleen HB-producten in voorraad nemen in de bedoelde zin (zie de ramingen van HB van november 1994: [. .meer dan 60 %. .] — zie overweging 125).

(154) Bijna de volledige afzet van impulsijs van HB geschiedde via verkooppunten die alleen over aanbiedersexclusieve vrieskisten beschikten. Dit blijkt uit het feit dat [. .meer dan 95 %. .] van de consumptie-ijsverkoop van HB geschiedt via verkooppunten waar HB-vrieskisten zijn geplaatst (zie overweging 61). Aangezien slechts 5 % van alle verkooppunten open is en tevens over een aanbiedersexclusieve vrieskist beschikt (zie overweging 92) en 95 % van de HB-vrieskisten geplaatst is in verkooppunten die alleen over aanbiedersexclusieve vrieskisten beschikken (zie overweging 94), moet onvermijdelijk worden geconcludeerd dat bijna de volledige verkoop van HB geschiedt via dergelijke verkooppunten [71].

(155) Het onderzoek van Lansdowne laat zien, dat het niveau van de verkoop van HB via verkooppunten die uitsluitend over een HB-vrieskist beschikken, dit wil zeggen verkooppunten die alleen in staat zijn HB-producten in voorraad te nemen zoals hierboven is beschreven, bijna gelijk is aan het niveau van de impulsijsverkoop via andere verkooppunten waar HB een vrieskist heeft geplaatst (zie overweging 94). Bovendien blijkt uit de niveaus van de numerieke en de gewogen distributie, dat het niveau van de afzet in de verkooppunten waar HB aanwezig is, in het algemeen hoger is dan in de verkooppunten waar dit niet het geval is (zie overweging 46). Het niveau van de afzet van HB via verkooppunten die uitsluitend over een HB-vrieskist beschikken, is derhalve minstens even hoog als de afzet via alle verkooppunten in de relevante markt.

(156) Derhalve kan worden geconcludeerd dat in ongeveer 40 % [72] van alle verkooppunten op de relevante markt de enige vrieskisten voor het bewaren van impulsijs in het verkooppunt zijn verstrekt door HB (zie overweging 53). In haar antwoord op de mededeling van overwegingen van bezwaar heeft HB uitdrukkelijk gesteld dat zij deze conclusie niet betwist. Voorts is aangetoond dat ongeveer 40 % van alle impulsijsverkoop in de relevante markt geschiedt via deze categorie verkooppunten (zie overweging 155). Deze verkooppunten kunnen alleen HB-producten in voorraad nemen in de hierboven beschreven zin. De overeenkomsten die betrekking hebben op de in deze categorie verkooppunten geplaatste vrieskisten zijn een identificeerbaar onderdeel van het net van vrieskistovereenkomsten van HB.

[71] De vervreemding door HB van vrieskisten ter plaatse in de eerste helft van 1996 heeft geen merkbare gevolgen gehad voor deze beoordeling; afgezien van het feit dat de vervreemde vrieskisten gemiddeld negen jaar oud waren (zij naderden althans het einde van een normale levensduur van een vrieskist) vonden de vervreemdingen voornamelijk plaats in verkooppunten met een lage omzet (zie overweging 73).

[72] Uit het voorgaande blijkt dat dit een voorzichtig cijfer is.

4. ***Voorwaarden voor de vaststelling dat het betrokken gedeelte van HB's net van vrieskistovereenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen voor de relevante markt heeft***

(157) Een aanbieder die voor de verkoop van zijn impulsijsproducten toegang wenst te krijgen tot een verkooppunt (d.w.z. een „nieuwkomer" voor het verkooppunt), waar zich ten minste één exclusiviteitsvrieskist bevindt, slaagt hierin slechts wanneer dit verkooppunt één of meer andere dan exclusiviteitsvrieskisten heeft (dus een „open verkooppunt" is in de in overweging 148 omschreven zin), of wanneer hij de detailhandelaar ertoe kan brengen een reeds geplaatste exclusiviteitsvrieskist te vervangen, dan wel een extra vrieskist te plaatsen naast de reeds aanwezige exclusiviteitsvrieskist(en). Deze twee mogelijkheden worden in de punten i) en ii) hierna besproken in verband met de in overweging 156 geïdentificeerde verkooppunten.

i) **Waarschijnlijkheid dat een detailhandelaar tot vervanging van een HB-vrieskist kan worden overgehaald**

(158) Wanneer een concurrerende aanbieder toegang wenst te krijgen tot een verkooppunt waar de enige vrieskist(en) voor de opslag van impulsijs is of zijn geleverd door HB, kan hij trachten de detailhandelaar ertoe te bewegen een van de vrieskisten van HB te vervangen door een vrieskist die hetzij door de detailhandelaar zelf wordt gekocht of gehuurd van een andere bron dan een aanbieder van consumptie-ijs, hetzij door de concurrerende aanbieder (de „nieuwkomer") wordt geleverd.

a) *Vervanging door een eigen vrieskist van de detailhandelaar*

(159) Een detailhandelaar die de vervanging van een exclusiviteitsvrieskist overweegt, zal hiertoe slechts overgaan wanneer hij verwacht dat zijn winst hierdoor zal stijgen. Bij deze berekening moet hij rekening houden met de marktpositie van de gevestigde marktpartij(en) op de relevante markt. Een detailhandelaar die de vervanging van een HB-vrieskist overweegt, moet derhalve rekening houden met de overweldigende positie van HB op de relevante markt (zie overweging 141), met name wanneer de HB-vrieskist de enige vrieskist op het verkooppunt is. Wanneer de detailhandelaar voornemens is deze HB-vrieskist te vervangen door een eigen vrieskist, valt immers te verwachten dat de ijsproducten in deze kist in het algemeen de respectieve marktaandelen van de onderscheiden producent op de relevante markt zullen weerspiegelen. Gelet op de sterke positie van HB zal het productassortiment dat na de vervanging op het verkooppunt wordt aangeboden naar alle waarschijnlijkheid geen ingrijpende wijziging ondergaan. Het is derhalve niet aannemelijk, dat de detailhandelaar een aanzienlijke stijging van zijn winst zal verwachten door de mogelijkheid om producten van meer producenten aan te bieden.

(160) Evenmin mag worden voorbijgegaan aan het risicomijdend gedrag van detailhandelaren als factor die de aankoop van een eigen vrieskist onwaarschijnlijk maakt: van de onzekerheid over toekomstige resultaten en het algemene ongemak van de aankoop en het onderhoud van een eigen vrieskist gaat een niet-geringe ontmoedigende werking uit, met name voor kleine detailhandelaren. Bedacht moet worden dat onzekerheid over toekomstige resultaten vooral kleine detailhandelaren zal ontmoedigen, voor wie het aan een dergelijke investering inherente risico (zie hieronder) ernstige gevolgen kan hebben en deze investering dus minder aantrekkelijk zal zijn.

(161) De voor de aanschaf van een eigen vrieskist benodigde investering en de kosten van onderhoud hebben een ontmoedigende uitwerking op de detailhandelaar, die hierdoor de mogelijkheid verliest een vrieskist in bruikleen te krijgen, waarvan het onderhoud door de aanbieder HB wordt verzorgd. Hoewel de detailhandelaar indirect voor deze dienst betaalt (zie de overwegingen 76 tot en met 79), zijn de schaalvoordelen bij de aankoop, de plaatsing en het onderhoud, die kunnen worden bereikt door grote aanbieders van ijs als HB, niet haalbaar voor kleine detailhandelaren, en vormen daardoor een prikkel om een vrieskist van de aanbieder te aanvaarden. Voor de invoering van gedifferentieerde prijzen in 1995 betekende het beleid van HB van inclusieve prijzen, dat eigen vrieskisten nog minder aantrekkelijk waren. Aangezien dit element deel uitmaakte van de prijs die over de gehele linie voor het ijs in rekening werd gebracht, financierde een detailhandelaar met een eigen vrieskist indirect het vrieskistenbestand van HB, zonder het voordeel te genieten van een door HB geleverde vrieskist. Deze investering vormt bovendien voor de detailhandelaar verloren kosten wanneer hij zijn vrieskist niet gemakkelijk weer van de hand kan doen. Dergelijke kostenoverwegingen zijn met name relevant voor detailhandelaren met liquiditeits- of kredietbeperkingen, om welke redenen ook, en dus met name voor de kleinere verkooppunten. Uit het onderzoek van

Lansdowne is gebleken dat deze commerciële of kostenoverwegingen voor detailhandelaren onmiskenbaar de aanschaf van een eigen vrieskist ontmoedigden (zie de overwegingen 100 en 104).

(162) De noodzaak de betrekkingen te verbreken met de aanbieder die de vrieskist heeft verstrekt, is een bijkomend beletsel, met name wanneer die aanbieder een sterke machtspositie als die van HB inneemt. Het enkele feit dat zo weinig detailhandelaren ervoor gekozen hebben vrieskisten te kopen of te huren voor de opslag van impulsijs in Ierland, vormt reeds een bevestiging van deze analyse. Voorafgaand aan de vervreemding van vrieskisten door HB in 1996 hadden slechts zeer weinig detailhandelaren in Ierland gekozen voor de aanschaf van eigen vrieskisten (zie het onderzoek van Rosslyn, overweging 107, dat in april 1996, dus vóór de vervreemding van vrieskisten door HB, is uitgevoerd). De meeste vrieskisten die in 1996 door HB aan detailhandelaren werden overgedragen, werden [. . .] geleverd en vormen een groot deel van de eigen vrieskisten van detailhandelaren op de relevante markt. De huurkoopregeling voor vrieskisten van HB, die in 1995 werd ingevoerd, wekte weinig belangstelling bij de detailhandelaren (zie de overwegingen 70 en 71), ondanks HB's stellige overtuiging dat de voorwaarden aantrekkelijk zouden blijken; slechts 11 % van de door Lansdowne ondervraagde detailhandelaren die nog geen eigen vrieskist in eigendom of huurkoop hadden, gaf blijk van enige interesse in de regeling van HB. Uit het marktonderzoek van Rosslyn bleek, dat van de 26 % van alle ondervraagde detailhandelaren die verklaarden bereid te zijn een vervangende of aanvullende vrieskist te plaatsen, 82 % niet bereid was zelf een vrieskist te kopen en 80 % geen andere dan een exclusiviteitsvrieskist zou huren.

(163) HB heeft aangevoerd, dat het bij verkooppunten met meer dan één vrieskist van HB waarschijnlijker is dat de detailhandelaar een van deze kisten zal vervangen door een eigen kist en de andere kist(en) zal handhaven. Opgemerkt moet worden dat de meeste verkooppunten in de relevante categorie (d.w.z. de verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken) slechts een enkele HB-vrieskist hebben voor de verkoop van impulsijs (zie overweging 153) en dat in de meeste overige verkooppunten slechts twee vrieskisten staan. Bij de verkooppunten met twee of meer HB-vrieskisten is het uitsluitend aannemelijk dat de detailhandelaar een of meer vrieskisten zal vervangen, wanneer hij verwacht dat de nieuwe vrieskist ten minste dezelfde omzet van impulsijs oplevert als de vrieskist(en) die wordt (worden) vervangen. Hoewel dit niet uitgesloten is, is gebleken dat detailhandelaren zeer zelden voor deze handelwijze kiezen (zie onder). Hoewel de sterke marktpositie van HB de voornaamste reden voor deze terughoudendheid bij de vervanging van HB-vrieskisten zal zijn, is deze houding ten minste voor een deel toe te schrijven aan de zojuist beschreven nadelen van het kopen van een eigen vrieskist.

(164) Het marktonderzoek dat de Commissie als uitgangspunt heeft genomen, getuigt van het feit dat vervanging van door de aanbieder geleverde vrieskisten door eigen vrieskisten of vrieskisten van concurrenten van de gevestigde aanbieder zeer ongebruikelijk is (zie overweging 111), en dat de terughoudendheid van de detailhandelaar in dit verband zich bijzonder duidelijk laat vaststellen (zie de overwegingen 104, 112 en 119). Voorts wijst het marktonderzoek erop, dat vervanging van HB-vrieskisten door niet door HB geleverde vrieskisten zeer zeldzaam is: in de afgelopen vijf jaar waren 785 van alle vrieskisten die door verkooppunten werden vervangen HB-vrieskisten en bestond 74 % van de ter vervanging geplaatste vrieskisten eveneens uit HB-vrieskisten (zie overweging 111), in de meeste gevallen grotere exemplaren (zie overweging 74).

(165) Het onderzoek heeft tevens uitgewezen dat detailhandelaren in het algemeen niet geïnteresseerd zijn in een dergelijke vervanging. In het onderzoek van Lansdowne werden specifieke vragen gesteld aan detailhandelaren die slechts een of meer HB-vrieskisten hadden en dus uitsluitend impulsijsproducten van HB ten verkoop konden aanbieden. Deze detailhandelaren werd onder meer gevraagd of zij belangstelling hadden om andere merken dan HB in hun assortiment te voeren. Slechts 25 % antwoordde hierop bevestigend. 76 % van deze detailhandelaren (die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikten en belangstelling voor andere merken hadden) gaf te kennen de HB-vrieskist (of een van de HB-vrieskisten) in geen geval te zullen vervangen door een eigen — gekochte of gehuurde — vrieskist (zie de overwegingen 102 tot en met 104).

b) *Vervanging door een vrieskist van een andere aanbieder*

(166) Een detailhandelaar die de vervanging van een vrieskist van een aanbieder door een van een andere aanbieder afkomstige vrieskist overweegt, zal slechts tot vervanging overgaan wanneer hij verwacht dat die zal leiden tot een hogere winst [73]: in het algemeen moet hij ervan overtuigd

[73] Het verkooppunt dat een exclusiviteitsvrieskist van een gevestigde aanbieder vervangt door een exclusiviteitsvrieskist van een concurrent van die aanbieder, wordt onbereikbaar voor de (voormalige) gevestigde aanbieder, indien het diens enige vrieskist in het verkooppunt betrof, en blijft buiten het bereik van derde aanbieders die niet reeds aanwezig zijn in het verkooppunt.

zijn, dat er meer vraag is naar de producten van de nieuwe aanbieder en dat de vrieskist van de nieuwkomer meer winst zal opleveren dan die van de gevestigde aanbieder. De detailhandelaar ondervindt geen stimulans om tot vervanging over te gaan, wanneer de nieuwkomer een minder bekende ijsproducent is dan de reeds aanwezige aanbieder(s), wanneer deze over een minder uitgebreid of minder populair productassortiment beschikt of wanneer de aangeboden vrieskist kleiner is of de voorwaarden minder aantrekkelijk zijn. Wanneer de exclusiviteitsvrieskist de enige vrieskist in het verkooppunt is, zouden deze detailhandelaren feitelijk afstand doen van de mogelijkheid om de impulsijsproducten van de vervangen aanbieder aan te bieden, omdat producenten de vrieskisten vrijwel uitsluitend onder voorbehoud van exclusiviteit blijken te leveren.

(167) Voor detailhandelaren die de vervanging van een HB-vrieskist door een vrieskist van een andere aanbieder overwegen, werkt de positie van HB op de relevante markt nog sterker ontmoedigend dan in het geval van vervanging door een eigen vrieskist van de detailhandelaar. Dit geldt vooral wanneer de HB-vrieskist de enige vrieskist in het verkooppunt is: deze detailhandelaren doen feitelijk afstand van de mogelijkheid impulsijsproducten van HB aan te bieden [74]. De detailhandelaar zal hiertoe slechts overgaan wanneer hij verwacht dat deze vervanging tot een hogere winst zal leiden en zal de vrieskist daarom vrijwel zeker niet vervangen wanneer de HB-vrieskist de enige vrieskist in het verkooppunt is. Geen van de productassortimenten van HB's concurrenten is zo bekend of zo uitgebreid als dat van HB. Derhalve vormen deze in het algemeen voor de detailhandelaar geen bevredigend alternatief voor de producten van HB.

(168) Het risicomijdend gedrag van vele detailhandelaren, het ongemak en de gevestigde betrekkingen met de huidige aanbieders zijn eveneens factoren die het onwaarschijnlijker maken dat een detailhandelaar de vrieskist van een aanbieder zal vervangen door de vrieskist van een andere aanbieder. Wanneer de vrieskist van de huidige aanbieder niet door een eigen vrieskist, maar door de vrieskist van een andere aanbieder wordt vervangen, komt dit vrijwel altijd neer op een weigering om verder zaken te doen met de eerstgenoemde aanbieder. Deze overwegingen gelden des te meer voor de vervanging van een HB-vrieskist, gelet op de sterke marktpositie van deze onderneming. Zelfs wanneer een verkooppunt twee of meer HB-vrieskisten heeft en geen andere, is de vervanging van een of meer van deze HB-vrieskisten onwaarschijnlijk in verband met de sterke marktpositie van HB: de waarschijnlijkheid van vervanging wordt bepaald door de mate waarin de detailhandelaar verwacht dat hij met de nieuwe vrieskist een hogere winst zal behalen. Het eerdergenoemde marktonderzoek bevestigt dat deze vervanging onwaarschijnlijk is.

(169) De vraag of het waarschijnlijk is dat een HB-vrieskist zal worden vervangen door een van een concurrent afkomstige vrieskist, moet ook worden onderzocht vanuit het oogpunt van die concurrent. Zoals reeds opgemerkt, zal deze aanbieder zich de noodzakelijke investering slechts getroosten, wanneer hij een bevredigend rendement verwacht in de vorm van een hogere omzet. Gelet op HB's positie op de relevante markt, is het waarschijnlijk dat een andere aanbieder van ijs dan HB een lager rendement op een dergelijke investering zal behalen. Dit concurrentienadeel ten opzichte van de grootste aanbieder op de markt maakt het in bepaalde gevallen minder waarschijnlijk dat een detailhandelaar een vrieskist door deze concurrent aangeboden zal krijgen.

(170) Bedacht moet worden dat het empirisch bewijs, afkomstig van de marktstudie waarop de Commissie zich baseert, erop wijst dat de vervanging van een door de aanbieder geleverde vrieskist in het algemeen, en van HB-vrieskisten in het bijzonder, vrijwel altijd resulteert in de plaatsing van nieuwe vrieskisten die van dezelfde aanbieder afkomstig zijn (zie overweging 111). 82 % van de door Lansdowne ondervraagde detailhandelaren die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikten en belangstelling voor andere merken toonden, verklaarde niet voornemens te zijn de HB-vrieskist (of een van de HB-vrieskisten) te vervangen door een vrieskist van een andere aanbieder van ijs (zie overweging 104). Vele detailhandelaren noemden in dit verband als voornaamste redenen de toonaangevende positie en de populariteit van HB's producten.

(171) De vrieskistovereenkomsten van HB worden gesloten voor onbepaalde duur. Elke overeenkomst blijft van kracht, totdat HB of de detailhandelaar schriftelijk, met inachtneming van een opzegtermijn van twee kalendermaanden, te kennen geeft de overeenkomst te willen beëindigen [75].

[74] Het inleveren van de HB-vrieskist kan ook tot gevolg hebben dat de detailhandelaar HB's meeneemijsproducten niet meer kan aanbieden, omdat deze soms in dezelfde vrieskist worden bewaard als impulsproducten (zie overweging 42). Deze bijkomende consequentie maakt de vervanging van een HB-vrieskist door die van een andere producent nog minder aantrekkelijk.

[75] Dat HB klaarblijkelijk niet de hand houdt aan deze vereiste (zie boven), kan slechts gedeeltelijk als verzachtende factor worden aangemerkt, omdat de detailhandelaren wellicht niet of niet voldoende bekend zijn met deze praktijk.

Ondanks het feit dat detailhandelaren zich in het algemeen ervan bewust zijn dat de overeenkomsten op korte termijn kunnen worden beëindigd, is de onbepaalde duur van de overeenkomsten een bijkomende factor die detailhandelaren ervan kan weerhouden het initiatief tot beëindiging te nemen, ongeacht of de vervanging een eigen vrieskist of een vrieskist van een andere aanbieder betreft.

ii) **Waarschijnlijkheid dat een detailhandelaar tot plaatsing van een extra vrieskist kan worden overgehaald**

(172) Daarnaast kan een concurrerende aanbieder die toegang wenst te krijgen tot een verkooppunt waar de enige vrieskist(en) voor de opslag van impulsijs is of zijn geleverd door HB, trachten de detailhandelaar ertoe te bewegen naast de vrieskist(en) van HB een vrieskist te plaatsen die hetzij door de detailhandelaar zelf wordt gekocht of gehuurd van een andere bron dan een aanbieder van consumptie-ijs, hetzij door de concurrerende aanbieder (de „nieuwkomer") wordt geleverd.

(173) Bij deze beslissing al dan niet een extra vrieskist te plaatsen, moet de detailhandelaar rekening houden met de beperkte ruimte die inherent is aan elk verkooppunt, en met name aan de verkooppunten op de relevante markt (zie overweging 43). De detailhandelaar moet overtuigd zijn van de economische zin van deze beslissing. In het algemeen deelt een detailhandelaar zijn verkoopruimte in, overeenkomstig zijn perceptie van de potentiële omzet die met die ruimte valt te behalen [76]. Met name zal hij rekening houden met een verscheidenheid van factoren, waarvan sommige in het onderstaande nader aandacht krijgen. Volgens de bevindingen van het onderzoek van Lansdowne vond 87 % van de onderzochte verkooppunten het niet economisch verantwoord om ruimte te reserveren voor de plaatsing van een extra vrieskist (zie overweging 96). Ook uit het marktonderzoek blijkt een algemene onwil bij de meeste detailhandelaren om extra vrieskisten te plaatsen (zie het onderzoek van Lansdowne, overwegingen 97-100, het onderzoek van Rossly, overweging 112, en het onderzoek van B&A, overweging 119). Uit het onderzoek van Lansdowne blijkt bijvoorbeeld dat slechts 40 % van de 25 % detailhandelaren die slechts HB-ijs aanboden en belangstelling voor andere merken toonden bereid was een extra vrieskist te plaatsen; het onderzoek van B&A wees erop, dat slechts [. . .] % van de detailhandelaren met slechts één vrieskist bereid was de plaatsing van een extra vrieskist te overwegen.

(174) Voor de verkoop van impulsijs is de toegankelijkheid en zichtbaarheid van de vrieskist van essentieel belang. Niet alle verkoopruimte in een verkooppunt is derhalve geschikt [77] (zie de overwegingen 10 en 43). Tezelfdertijd moet de ruimte die wel geschikt is ook beschikbaar zijn voor het uitstallen van andere producten, met name impulsproducten. De verkoop van deze andere producten is in het algemeen niet seizoengebonden en kan een hogere jaaromzet van de gebruikte ruimte opleveren. Het reserveren van ruimte voor vrieskisten voor de verkoop van impulsijs zal in het algemeen rechtstreeks verband houden met de bijdrage van deze vrieskisten aan de omzet.

(175) De plaatsing van een extra vrieskist die eigendom is van de detailhandelaar of afkomstig is van een andere producent dan HB heeft als onmiddellijk gevolg dat een bredere verscheidenheid van producten kan worden aangeboden. Deze uitbreiding van het productassortiment leidt echter niet automatisch tot een hogere omzet van impulsijs voor dat verkooppunt. Hoewel de algehele omzet van impulsijs van dat verkooppunt een toename kan vertonen, zal deze omzet niet noodzakelijkerwijs stijgen tot het niveau dat een detailhandelaar zou verwachten van de extra ruimte die hij hieraan wijdt. Niet alleen is het onwaarschijnlijk dat de nieuwe vrieskist dezelfde omzet zal voortbrengen als de reeds aanwezige vrieskisten voorheen opleverden, maar ook de reeds aanwezige vrieskisten zullen niet langer hun vroegere omzet genereren. Alleen wanneer de gehele omzet van de nieuwe vrieskist uitsluitend kan worden toegeschreven aan de specifieke vraag naar de producten van de nieuwe aanbieder, die losstaat van de vraag naar enige andere impulsijsproducten in het verkooppunt, zal de omzet van de reeds aanwezige vrieskist(en) geen nadeel ondervinden van de nieuwe vrieskist. Uit het oogpunt van de detailhandelaar is de plaatsing van een extra vrieskist slechts interessant wanneer hij verwacht dat de extra vraag

[76] De „Qualitative Study" van B&A, volgens welke detailhandelaren in het algemeen instinctief en niet precies te werk gaan bij de berekening van het winstpotentieel (zie de overwegingen 122 en 123), doet niets af aan de geldigheid van deze zienswijze: aan hun instinctieve berekeningen zullen dezelfde basisoverwegingen ten grondslag liggen.

[77] Zie Beschikking 78/172/EEG van de Commissie in de zaak Liebig (1978), PB L 53 van 24.2.1978, blz. 20, overweging 9.

waartoe de nieuwe vrieskist aanleiding geeft, de verloren mogelijkheid om de ruimte op andere wijze te gebruiken compenseert. Dat detailhandelaren volgens het onderzoek van B&A op grote schaal merken uit hun assortiment verwijderen, strookt met deze overwegingen inzake de beschikbaarheid van ruimte; de betrokken detailhandelaren kunnen tot de conclusie zijn gekomen dat de verkoop van het ijs van een aanbieder de ruimte die de vrieskist van die aanbieder innam, niet rechtvaardigde.

(176) De sterke marktpositie van HB op de relevante markt betekent dat het zeer onwaarschijnlijk is dat een detailhandelaar een eigen vrieskist zal plaatsen in een verkooppunt dat reeds over een of meer HB-vrieskisten beschikt. Door de verscheidenheid en populariteit van het productassortiment van HB is het aannemelijk dat de extra winst die met de plaatsing van een eigen vrieskist naast de HB-vrieskist zal worden behaald, beperkt zal zijn. De reeds in algemene zin beschreven nadelen van deze plaatsing zullen zich in dit geval nog duidelijker voordoen.

(177) Voorts is de meest efficiënte wijze om de capaciteit van een verkooppunt te verhogen teneinde aan een stijging van de consumentenvraag te voldoen het frequenter bijvullen van een zo klein mogelijk aantal vrieskisten, en niet de plaatsing van extra vrieskisten ([78]). Het plaatsen van extra vrieskisten voor de producten van elke aanbieder leidt tot een duidelijk efficiencyverlies voor de detailhandelaar.

(178) Een bijkomende factor die plaatsing van een extra vrieskist nog onwaarschijnlijker maakt, is de grotere ruimte die de nieuwe vrieskisten van HB innemen (zie overweging 74). Dit maakt het vanzelfsprekend onwaarschijnlijker dat een detailhandelaar nog meer ruimte aan de verkoop van impulsijsproducten zal besteden.

(179) Ook de mogelijkheid van vervanging van een reeds aanwezige HB-vrieskist door twee (of meer) kleinere vrieskisten moet worden onderzocht. Hoewel deze optie mogelijk niet leidt tot een uitbreiding van de ruimte die aan de opslag van impulsijs gewijd wordt, en voor sommige detailhandelaren aantrekkelijk lijkt (zie het onderzoek van Lansdowne beschreven in overweging 104), ligt deze minder voor de hand door het feit dat aanbieders vrieskisten lijken te leveren die ontworpen zijn om ruimte te kunnen bieden aan hun gehele productassortiment en dus meer ruimte innemen wanneer de aanbieders een compleet assortiment aanbieden, zoals met name HB (zie overwegingen 74 en 75 m.b.t. HB-vrieskisten). Het zal in elk geval doorgaans voor een detailhandelaar niet mogelijk zijn om een vrieskist van een aanbieder te krijgen voor het precieze assortiment en aantal producten dat hij wil uitstallen. Het plaatsen van een groter aantal kleinere vrieskisten zal bovendien het streven van een detailhandelaar om een compleet assortiment van alle soorten impulsijsproducten aan te bieden, bemoeilijken. Uit het oogpunt van de aanbieder hebben zeer kleine vrieskisten het nadeel dat zij de mogelijkheid van expansie op de relevante markt beperken. Voorts moet worden opgemerkt dat de kosten van aankoop, plaatsing, onderhoud en het gebruik van twee vrieskisten aanzienlijk hoger zijn dan het geval is bij één vrieskist die tweemaal zo groot is.

(180) HB heeft aangevoerd dat het gemiddelde aantal vrieskisten per verkooppunt mogelijk zal blijven stijgen, zoals de afgelopen vijf jaar het geval blijkt te zijn geweest: het onderzoek van Rosslyn wees op een stijging van het gemiddelde aantal vrieskisten van 1,22 in 1991 tot 1,42 in 1996, terwijl het onderzoek van Lansdowne uitkwam op een gemiddelde van 1,50. Het is echter duidelijk, dat er een grens is aan het aantal vrieskisten dat een detailhandelaar bereid is te plaatsen voor de verkoop van impulsijs. Dit blijkt niet alleen uit het zeer geringe aantal verkooppunten dat meer dan twee vrieskisten heeft ([79]), maar ook uit het gebrek aan belangstelling van detailhandelaren voor de plaatsing van extra vrieskisten: het onderzoek van Lansdowne leverde in dit verband gedetailleerde gegevens over de houding van de detailhandelaren op (zie de overwegingen 97 tot en met 100 en 103). Met name dient te worden vermeld dat detailhandelaren 1,57 (gemiddeld) beschouwden als het optimale aantal vrieskisten in het hoogseizoen, waarbij zij aantekenden (op basis van de cijfers betreffende het gemiddelde aantal vrieskisten waarover verkooppunten beschikken) dat de markt wat vrieskisten betreft min of meer verzadigd is; hierdoor is toetreding of expansie in de toekomst derhalve des te onwaarschijnlijker.

([78]) Dit wordt bevestigd door de „Qualitative Study" van B&A, volgens welke detailhandelaren de voorkeur gaven aan het frequent bijvullen van een vrieskist boven de plaatsing van een extra vrieskist (zie overweging 123).

([79]) 7 % volgens Lansdowne, 4 % volgens Rosslyn, en [...] % volgens B&A, welke laatste studie echter meer aandacht besteedde aan grotere verkooppunten (zie overweging 86).

(181) Afgezien van de in het voorgaande genoemde algemene overwegingen betreffende de waarschijnlijkheid dat een detailhandelaar een vrieskist zal plaatsen naast de reeds aanwezige HB-vrieskisten, moet over de in overweging 172 genoemde specifieke mogelijkheden nog het volgende worden opgemerkt.

a) *Plaatsing van een eigen vrieskist naast een HB-vrieskist*

(182) De meeste ontmoedigende factoren die onder i, a), werden beschreven met betrekking tot de aankoop van een eigen vrieskist zijn ook in dit scenario van toepassing. Een detailhandelaar zal worden afgeschrokken door het risico dat is verbonden aan een dergelijke (waarschijnlijk verloren) investering. Het ongemak van de aanschaf en het onderhoud van een vrieskist heeft ook een sterk ontmoedigende uitwerking op detailhandelaren.

b) *Plaatsing van een exclusiviteitsvrieskist van een andere aanbieder naast een HB-vrieskist*

(183) Uit het oogpunt van de aanbieder zijn de in overweging 169 genoemde (en in het navolgende verder behandelde) factoren ten minste in gelijke mate van toepassing. Wanneer een aanbieder een extra vrieskist aanbiedt, in plaats van een vervangende vrieskist, zullen zijn winsten worden beperkt door de concurrentie van de reeds aanwezige aanbieder(s), terwijl een vervangende vrieskist in het verkooppunt niet hoeft te concurreren met de verwijderde vrieskist. Indien die reeds aanwezige aanbieder HB is, is het nog onwaarschijnlijker dat een detailhandelaar, gezien de sterke positie van HB op de relevante markt, een extra exclusiviteitsvrieskist van een andere aanbieder zal plaatsen in een verkooppunt dat reeds over een of meer HB-vrieskisten beschikt. Door de grotere verscheidenheid en populariteit van het HB-assortiment ten opzichte van dat van haar concurrenten, is de extra winst die kan worden verwacht van de plaatsing van de vrieskist van een ander aanbieder naast de HB-vrieskist, beperkt ([80]).

([80]) De plaatsing van een extra exclusiviteitsvrieskist betekent dat het verkooppunt onbereikbaar blijft voor derde aanbieders die niet reeds in het verkooppunt aanwezig zijn.

iii) **Conclusie**

(184) Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd, dat de vrieskistovereenkomsten van HB, die gesloten zijn voor vrieskisten die in verkooppunten worden geplaatst waar de enige vrieskist(en) is (zijn) geplaatst door HB, aan de in overweging 143 genoemde voorwaarden voldoen en derhalve tot gevolg hebben dat de mededinging op de relevante markt wordt beperkt. Gelet op deze conclusie kan worden gesteld dat deze categorie verkooppunten in feite exclusief is gebonden aan de verkoop van de impulsijsproducten van HB. De toegang van concurrerende aanbieders tot deze verkooppunten is daardoor afgesneden.

5. *Overige relevante marktomstandigheden*

i) **Vrieskistexclusiviteit als aanzienlijke logistieke en financiële belemmering voor toetreding en uitbreiding door concurrerende aanbieders**

(185) Dat aanbieders doorgaans exclusiviteitsvrieskisten aan detailhandelaren leveren, maakt de toegang tot de relevante markt, en expansie op die markt, moeilijk (zie de overwegingen 147 tot en met 156). Een meerderheid van de verkooppunten is slechts in staat de impulsijsproducten van één aanbieder te koop aan te bieden. Dit vormt derhalve een aanzienlijke belemmering voor de mededinging tussen aanbieders.

(186) Het is duidelijk, dat de verstrekking van exclusiviteitsvrieskisten een logistieke belemmering vormt voor toetreders tot de markt en voor uitbreiding op de markt door reeds aanwezige aanbieders. In overweging 4 is uiteengezet, dat het in verkooppunten met uitsluitend HB-vrieskisten moeilijk is de detailhandelaar ertoe te bewegen deze vrieskisten te vervangen of extra vrieskisten te plaatsen voor het uitstallen van impulsijs. Bovendien blijkt uit overweging 4, dat dit niet alleen algemeen geldt voor HB-vrieskisten in verkooppunten met uitsluitend HB-vrieskisten, maar ook voor exclusiviteitsvrieskisten in verkooppunten in het algemeen. Hoewel andere aanbieders niet de sterke marktpositie van HB hebben, verstrekken zij vrieskisten aan detailhandelaren op vergelijkbare voorwaarden en worden deze kisten geplaatst in verkooppunten met dezelfde ruimtebeperkingen. Het onge-

mak voor de detailhandelaren, hun risicomijdend gedrag en hun onwil de betrekkingen met de gevestigde aanbieders te verbreken, zijn alle factoren die tot deze logistieke belemmering voor concurrerende aanbieders bijdragen.

(187) Het marktonderzoek dat de Commissie als uitgangspunt heeft genomen, illustreert deze algemene logistieke belemmering. De drie marktonderzoeken tonen aan dat detailhandelaren doorgaans de reeds aanwezige exclusiviteitsvrieskisten slechts vervangen door andere vrieskisten van dezelfde aanbieder, en dat zij in het algemeen niet geneigd zijn ruimte te reserveren voor de plaatsing van extra vrieskisten (zie de overwegingen 164, 165 en 173).

(188) De verstrekking van exclusiviteitsvrieskisten vormt ook een financiële drempel voor toetreding tot of uitbreiding op de markt. Wanneer een aanbieder van impulsijs op de relevante markt — ongeacht of het een nieuwe of een reeds gevestigde aanbieder betreft — zijn producten aangeboden wil zien in een verkooppunt waar uitsluitend exclusiviteitsvrieskisten aanwezig zijn (d.w.z. de meeste verkooppunten op de relevante markt; zie overweging 149), maar er niet in slaagt de detailhandelaar ertoe te bewegen een eigen niet-exclusiviteitsvrieskist te kopen, kan deze nieuwe aanbieder zijn doel slechts bereiken door de detailhandelaar zelf een vrieskist ter beschikking te stellen voor de opslag van zijn producten. Afgezien van de moeite die hij zich moet getroosten om de detailhandelaar ertoe over te halen het aanbod te accepteren (zie boven), zijn de kosten van de levering van een dergelijke dienst zeer aanzienlijk.

(189) De uitgaven die gemoeid zijn met de aanschaf van een vrieskistenbestand voor plaatsing in verkooppunten, dat toereikend is voor een levensvatbaar distributieniveau van de producten van een aanbieder, maken het voor kleine en zelfs voor middelgrote ondernemingen zeer moeilijk om tot de relevante markt toe te treden en hun aanwezigheid te handhaven. Daarnaast zijn er de lopende onderhoudskosten, die slechts kunnen worden gedragen wanneer een minimumaantal vrieskisten van de aanbieder in een redelijk geconcentreerd geografisch gebied aanwezig is. De twee kleine producenten van impulsijsproducten die in Ierland actief waren, Valley (momenteel in liquidatie) en Leadmore, hebben beide de afgelopen tijd ernstige financiële moeilijkheden ondervonden en hun toevlucht moeten zoeken tot samenwerking bij de distributie met nieuwkomers op de markt (Valley met Mars en Leadmore met Nestlé). HB, Mars, Nestlé, Dale Farm en Häagen Dazs maken alle deel uit van grote multinationale concerns. Afgezien van het grotere risico dat de financiering van een dergelijke investering voor kleine ondernemingen meebrengt, kunnen grote ondernemingen ook schaalvoordelen verwezenlijken bij zowel de aanschaf als het onderhoud van vrieskisten die buiten het bereik van kleine ondernemingen liggen, waardoor de toetredingskosten voor laatstgenoemde ondernemingen navenant stijgen.

(190) De verscheidenheid aan producten van een aanbieder is ook een factor van belang. Hoe geringer de verscheidenheid, des te moeilijker is de investering te rechtvaardigen. Wanneer een aanbieder slechts een of twee producten aanbiedt, zal hij de detailhandelaar vrijwel zeker geen vrieskist aanbieden en derhalve geen toegang tot het verkooppunt krijgen. Dit werkt met name in het nadeel van nicheaanbieders van impulsijs en beperkt hun mogelijkheden om toegang tot grootschalige distributie te krijgen.

(191) Gevestigde aanbieders, die op een groot aantal verkooppunten vrieskisten hebben, worden door deze kostendrempel beschermd tegen toetreding van concurrenten tot de verkooppunten waar zij aanwezig zijn: het bestaan van een aantal netten van exclusiviteitsvrieskisten, die zich uitstrekken tot vrijwel alle verkooppunten op de relevante markt, heeft tot gevolg dat de kosten van toetreding voor nieuwe concurrenten en van uitbreiding voor alle aanbieders op de relevante markt stijgen. Het is niet aannemelijk, dat detailhandelaren vrieskisten zullen aanvaarden van aanbieders die geen voorwaarden bieden die ten minste even gunstig zijn als de door de reeds aanwezige aanbieder geboden voorwaarden of de voorwaarden die in het algemeen op de markt gelden. In de context van de relevante markt betekent dit, dat de aanbieder bereid moet zijn een moderne vrieskist aan te bieden op basis van „bruikleen" (dus zonder directe betaling) en van onderhoud door de aanbieder. Een nieuwkomer zal bovendien doorgaans niet dezelfde opbrengsten van de plaatsing van een vrieskist verwachten als een gevestigde aanbieder, althans niet voordat zijn positie op de markt gevestigd is. Het voordeel van een gevestigde positie leidde ertoe dat de enige nieuwe toetreders tot de relevante markt in de laatste jaren „ruim bij kas" waren: Mars, Häagen Dazs en Nestlé. De kosten van de toetreding van Mars worden geïllustreerd door de investering van Mars in vrieskisten in 1994 als percentage van de in dat jaar met

ijsproducten behaalde omzet (zie overweging 80). Deze zware investering in vrieskisten gaat ten nadele van de overige investeringsbehoeften van de aanbieder, vooral gedurende de periode na de toetreding, wanneer de aanbieder de kosten van zijn investering in vrieskisten nog niet heeft teruggverdiend bij de detailhandelaar.

(192) HB is met afstand de belangrijkste gevestigde aanbieder op de relevante markt. De duurzaam sterke positie van HB op deze markt is in het voorgaande gedetailleerd uiteengezet. HB's vrieskistennet is het grootste op de relevante markt, ongeveer driemaal zo groot als dat van de belangrijkste concurrent, en de meeste verkooppunten beschikken over een vrieskist van HB. De vrieskisten van HB zijn doorgaans ook groter dan die van haar concurrenten en het vrieskistenbestand is de laatste jaren ingrijpend gemoderniseerd.

(193) HB heeft zich in dit verband op het standpunt gesteld, dat een distributiesysteem, waarbij vrieskisten beschikbaar worden gesteld aan detailhandelaren op voorwaarde van exclusiviteit, gelet op alle omstandigheden van de relevante markt, niet neerkomt op een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1. HB heeft verklaard dat de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, juncto artikel 3, onder g), ruimte laat voor een systeem waarbij de ijsaanbieders onder meer concurreren door vrieskisten aan verkooppunten te leveren. Deze zienswijze is voornamelijk gebaseerd op de omstandigheid dat het systeem handelsgebruik is op de relevante markt en elders, en dat de mededinging op de relevante markt ook de concurrentie bij de levering van vrieskisten aan detailhandelaren op basis van exclusiviteit omvat. Zowel nieuwkomers als gevestigde marktdeelnemers ondervinden deze concurrentie bij de levering van vrieskisten.

(194) Hierop kan worden geantwoord, dat de mededinging op de relevante markt de ijsproducenten niet zou mogen dwingen vrieskisten te verstrekken als onvermijdelijke voorwaarde door aanwezigheid op de markt voor de levering van impulsijs aan detailhandelaren. In de meeste gevallen waarin aanbieders voor de verkoop van hun producten toegang tot een verkooppunt wensen dat niet over een „open" vrieskist beschikt, lijkt deze dwang een realiteit. Bovendien kan de concurrentie tussen merken op het vlak van de consument niet worden vervangen door concurrentie bij de toegang tot het niveau van de detailhandel. Dit geldt vooral voor impulsproducten, omdat de concurrentie binnen het verkooppunt plaatsvindt en niet tussen verkooppunten (zie overweging 195 e.v.). In het onderhavige geval heeft de noodzaak om bij de levering van vrieskisten te concurreren tot gevolg, dat de mededinging op de markt voor impulsijs aanzienlijk wordt beperkt. Het behoeft geen betoog, dat de concurrentie tussen de ijsaanbieders bij de levering van vrieskisten aan detailhandelaren op zich niet onwenselijk is; eerst wanneer deze levering door alle aanbieders op voorwaarde van exclusiviteit geschiedt, wegen de schadelijke gevolgen voor de mededinging op de relevante markt zwaarder dan de eventuele economische voordelen van deze praktijk.

ii) **Overige mededingingsbeperkende gevolgen van de genoemde belemmering voor toetreding en uitbreiding**

(195) Er zijn ten minste twee bijkomende factoren die de toetreding tot de relevante markt bemoeilijken: ten eerste betekent de relatief gering ontwikkelde onafhankelijke groothandel in impulsijs in Ierland, dat de toegang tot distributie via deze tussenpersonen moeilijker wordt, en ten tweede vormen de kracht van de bestaande merken op de relevante markt, en de merkentrouw van de consument, een geducht beletsel voor nieuwe toetreders. Erkend wordt dat de actieve merkbekendheid in de sector consumptie-ijs, evenals dat het geval is bij de meeste consumptiegoederen met een hoge omzetsnelheid, van essentieel belang is. Wat dit aangaat hebben Mars en Nestlé beide aanzienlijk voordeel gehad bij de kracht van hun respectieve merken in de sector snoepwaren, waar zij vaak hetzelfde merk hanteren als voor hun ijsproducten. De andere nieuwkomer, Häagen Dazs, geniet een zeer grote internationale merkbekendheid en heeft aanzienlijke bedragen geïnvesteerd in reclame; desondanks blijft haar marktaandeel zeer gering. De bijzondere kracht van het merk HB op de relevante markt, en die van het assortiment dat onder deze merknaam wordt aangeboden, is een beletsel voor concurrentie met HB.

(196) Nieuwkomers zijn ten gevolge van de reeds beschreven toetredingsdrempels in de praktijk in vele gevallen uitgesloten van toegang tot een verkooppunt. Waar toegang mogelijk is, gaat dit gepaard met hoge kosten, wat vooral een belemmering vormt voor kleine en middelgrote onderne-

mingen. De reeds aanwezige aanbieders worden in hun mogelijkheden voor expansie op de markt dienovereenkomstig beperkt. De relatieve numerieke en gewogen distributiecijfers van de onderscheiden ijsaanbieders tonen duidelijk aan, hoe moeilijk het is om grootschalige distributie te bereiken (zie de overwegingen 46 tot en met 52). Geen van de aanbieders benadert het distributieniveau van HB. Zo behaalde Mars een hogere marktpenetratie in het jaar volgend op haar toetreding (toen detailhandelaren haar producten in HB-vrieskisten hadden geplaatst) dan in de meer dan vijf jaren die sindsdien zijn verstreken (zie de overwegingen 47 en 48). Het distributieniveau van Nestlé, die in 1994 de markt betrad, is numeriek vrijwel gelijk gebleven en gewogen slechts licht gestegen (zie overweging 50). De effectiviteit van deze belemmeringen blijkt duidelijk uit de reacties van HB op de toetreding van Mars tot de markt in 1989 (zie de overwegingen 64 tot en met 68). Uit bedrijfsdocumenten blijkt dat HB's vastberadenheid om de vrieskistexclusiviteit te handhaven niet ingegeven werd door haar bezorgdheid over eventuele „piraterij" van haar eigendom, maar doordat de onderneming deze exclusiviteit als een zeer nuttig middel beschouwde om de daadwerkelijke toetreding en uitbreiding van de nieuwe concurrent te controleren.

(197) Zoals reeds opgemerkt, gaat de zware investering in vrieskisten ten koste van andere investeringsbehoeften en leidt de allocatie van middelen door aanbieders die daarvan het gevolg is, tot een vervalsing van de mededingingskrachten op de relevante markt. Concurrenten die verplicht zijn om, vooral bij toetreding, zo intensief in de fysieke distributie te investeren, kunnen zich genoodzaakt zien andere aspecten van de marketing van hun producten te verwaarlozen. Deze marketing (reclame, verkoopbevordering enz.) is echter met name in het stadium van de marktintroductie van onmisbaar belang, in welk stadium ook in vrieskisten moet worden geïnvesteerd. Nieuwe marktdeelnemers of aanbieders die willen uitbreiden worden door deze distributiekosten ook beperkt in hun vermogen om te innoveren en nieuwe producten te ontwikkelen, wat niet alleen nadelig is voor deze aanbieders, maar ook voor de consument.

(198) Zoals reeds is aangetoond, hebben netten van exclusiviteitsvrieskisten tot gevolg dat het aantal producten van concurrenten dat een verkooppunt kan aanbieden, zeer beperkt is. Aangezien de concurrentie bij impulsproducten overwegend binnen het verkooppunt plaatsvindt in verband met het spontane karakter van de vraag, die wordt ingegeven door de aankoopimpuls (zie overweging 12), wordt de concurrentie tussen merken (en daarmee tussen aanbieders) op de relevante markt in ernstige mate beperkt. Wanneer een verkooppunt slechts de producten van één aanbieder kan verkopen, wordt de concurrentie op het niveau van de consument zelfs geheel uitgesloten: de concurrentie speelt zich slechts af tussen de verschillende producten van dezelfde aanbieder. Dit is het geval voor meer dan de helft van de verkooppunten op de relevante markt, die uitsluitend over exclusiviteitsvrieskisten beschikt ([81]). Onder deze omstandigheden zal de prijsconcurrentie tussen aanbieders beperkt zijn ([82]). De consumenten ondervinden daardoor het nadeel van zowel een beperktere keuze als een geringere prijsconcurrentie.

(199) Het nadelige gevolg van de exclusiviteitsvrieskistennetten voor detailhandelaren is dat hun vermogen om de producten van concurrerende aanbieders te verkopen, wordt beperkt, waardoor zij minder mogelijkheden hebben om een selectie te maken uit de productassortimenten van deze aanbieders in overeenstemming met de werkelijke of verwachte vraag. Deze beperking kan leiden tot gemiste kansen voor de detailhandelaar om efficiënter, en daarmee winstgevender, te worden bij de keuze van zijn productaanbod: vaak zal een detailhandelaar producten in exclusiviteitsvrieskisten bewaren die hij zonder deze exclusiviteit niet noodzakelijkerwijs in zijn aanbod zou opnemen. De netten van exclusiviteitsvrieskisten kunnen in vele gevallen ook een inefficiënte allocatie van ruimte binnen een verkooppunt in de hand werken (zoals reeds uiteengezet): de detailhandelaar zal ernaar streven, zijn onvermogen om alle door hem gewenste producten in zijn verkooppunt te kunnen aanbieden, te compenseren door de plaatsing van meer vrieskisten te aanvaarden, waardoor de inefficiënte ruimte-indeling van zijn verkooppunt nog duidelijker aan het licht komt.

([81]) 56 % volgens het onderzoek van Lansdowne, overweging 92; ten minste 60 % volgens het onderzoek van Rosslyn, overweging 108. HB ondervindt rechtstreekse concurrentie binnen het verkooppunt van andere ijsmerken in [. . .] van de door B&A onderzochte verkooppunten waar HB-producten worden verkocht (zie overweging 116).

([82]) In juni en juli 1995 voerde Mars een speciale prijsactie, waarbij de aanbevolen detailhandelsprijzen (en daarmee ook de handelsprijzen) van haar ijsjes met meer dan 20 % werden verlaagd. HB reageerde hier niet op (zie schrijven van Mars van 9 augustus 1996). Mars herhaalde deze actie in de zomer van 1996, wederom zonder reactie. De actie had ook geen nadelige gevolgen voor het marktaandeel van HB, dat in deze periode een toename kende.

(200) De vrieskistovereenkomst van HB, die het grootste en meest uitgebreide net van exclusiviteitsovereenkomsten vormen, dragen in aanzienlijke mate bij tot de reeds genoemde mededingingsbeperkende gevolgen. In het geval van het net van HB worden deze gevolgen nog beklemtoond door de sterke marktpositie van HB. In verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken (ongeveer 40 % van alle verkooppunten op de relevante markt), ondervindt HB op het vlak van de consument in het geheel geen concurrentie van andere merken.

6. *Waarschijnlijkheid dat de handel tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed*

(201) Wanneer, zoals hiervoor beschreven, de betrokken vrieskistovereenkomsten van HB tot gevolg hebben, dat detailhandelaren niet de keuzevrijheid hebben de impulsijsproducten van concurrerende aanbieders in voorraad te nemen en te koop aan te bieden, wordt deze aanbieders de toegang tot deze verkooppunten belet, ongeacht de locatie van de aanbieders en de oorsprong van de producten. Deze beperking voor detailhandelaren en aanbieders heeft tot gevolg, dat de penetratie van de Ierse markt voor buitenlandse concurrenten moeilijker wordt, waardoor de omvang van de handel in ijsproducten mogelijk geringer is dan anders het geval zou zijn. De mogelijkheden voor buitenlandse aanbieders om zich op de Ierse markt voor impulsijs te vestigen, worden nadelig beïnvloed door de vrieskistovereenkomsten, wat bijdraagt tot de consolidatie van de markten volgens nationale grenzen [83]. Bovendien is er een aanzienlijke handel in ijsproducten tussen Ierland en andere lidstaten, zoals onder andere blijkt uit het feit dat alle ijsproducten van Mars (uit Frankrijk) en een deel van de ijsproducten van HB worden ingevoerd (zie de overwegingen 25 en 29). De vrieskistovereenkomsten van HB kunnen derhalve de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.

7. *Ernst van de gevolgen*

(202) Het onderzochte gedeelte van HB's net van vrieskistovereenkomsten, dat in overweging 184 werd besproken, valt slechts onder het verbod van artikel 85, lid 1, wanneer het de mededinging en de handel tussen lidstaten in aanmerkelijke mate ongunstig beïnvloedt. Vastgesteld is, dat het onderzochte gedeelte van HB's vrieskistovereenkomstennet betrekking heeft op de vrieskisten van ongeveer 40 % van alle verkooppunten op de relevante markt, ofwel ongeveer 40 % van de totale omzet van impulsijs op de relevante markt. Dit op zich al, maar in het bijzonder in combinatie met de vèrstrekkende mededingingsbeperkende gevolgen van de verschillende netten van exclusiviteitsovereenkomsten van de aanbieders op de relevante markt in het algemeen, en met name tegen de achtergrond van de overige relevante marktomstandigheden, toont duidelijk een aanmerkelijke beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, aan, alsmede een aanmerkelijke ongunstige invloed op de handel tussen lidstaten.

(203) Derhalve kan worden geconcludeerd, dat het gedeelte van HB's net van vrieskistovereenkomsten dat betrekking heeft op verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken, aan alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 1, voldoet.

(204) HB heeft gesteld, dat de Commissie het beginsel van een gelijke behandeling niet in acht heeft genomen, omdat haar bevindingen uitsluitend betrekking hebben op HB's net van exclusiviteitsvrieskisten en niet op dat van HB's concurrenten op de relevante markt, waardoor met betrekking tot de mededingingssituatie sprake is van vooringenomenheid tegen HB. Hiertegen kan worden ingebracht, dat de Commissie eveneens rekening heeft gehouden met alle mededingingsbeperkende gevolgen van de andere netten van exclusiviteitsvrieskisten op de markt. De Commissie heeft evenwel in haar onderzoek niet kunnen vaststellen, dat enig ander (deel van een) aanbiedersnet dan het relevante gedeelte van het net van HB een aanzienlijke bijdrage tot de afscherming van de relevante markt heeft geleverd (zie overweging 95).

(205) HB heeft betoogd, dat artikel 85, lid 1, niet de eis stelt dat alle belemmeringen voor de verkrijgbaarheid van impulsijsproducten van verschillende producenten voor alle verkooppunten op de relevante markt moeten worden opgeheven. In dit verband wees HB op de redenering van het Hof in Delimitis [84] en concludeerde zij dat er slechts sprake dient te zijn van toegang voor concurrenten tot het minimale aantal verkooppunten dat nodig is voor de economische exploitatie van een distributie-

[83] Zie het arrest Langnese, r.o. 119 tot en met 124.

[84] Zaak C-234/89.

systeem (r.o. 21 van het arrest). Volgens HB dient slechts enige uitbreiding op de markt voor concurrenten mogelijk te zijn. HB stelt, dat aan deze voorwaarden wordt voldaan wanneer een aanbieder in staat is om, tegen welke kosten ook, een minimale mate van marktpenetratie te bereiken en winstgevende activiteiten te ontplooien.

(206) Dienaangaande moet worden beklemtoond, dat dit soort exclusiviteitsovereenkomsten niet per se als inbreuken op artikel 85, lid 1, moeten worden beschouwd zonder acht te slaan op de omstandigheden waaronder deze overeenkomsten zich voordoen (zie overweging 129). Evenmin wordt gesuggereerd, dat artikel 85, lid 1, de eis stelt dat alle belemmeringen voor de verkrijgbaarheid van impulsijsproducten van verschillende producenten voor alle verkooppunten op de relevante markt moeten worden opgeheven. Wanneer evenwel het exclusiviteitsovereenkomstennet van een aanbieder (of een gedeelte daarvan), gelet op alle omstandigheden van de relevante markt, de hiervoor beschreven zeer aanzienlijke mededingingsbeperkende gevolgen oplevert, waardoor tevens de handel tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed, is dit net van overeenkomsten onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

(207) HB heeft voorts aangevoerd, dat de voorwaarde van exclusiviteit in haar vrieskistovereenkomsten buiten het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, valt als nevenrestrictie bij de — volgens HB — anderszins legitieme doelstelling van die overeenkomsten, te weten de levering van installaties aan detailhandelaren om hen in staat te stellen consumptie-ijs op te slaan voor de verkoop ([85]). Hierop moet worden geantwoord, dat een beperking zich slechts aan de toepassing van artikel 85, lid 1, onttrekt wanneer deze direct verband houdt met en objectief noodzakelijk is voor die doelstelling. Aangezien er geen objectief noodzakelijk verband bestaat tussen de verstrekking van vrieskisten aan detailhandelaren voor de opslag van impulsijs en de voorwaarde van exclusiviteit, kan deze voorwaarde niet als nevenrestrictie worden aangemerkt.

(208) HB is van mening, dat de redenering van de Commissie gebreken vertoont voorzover zij vaststelt dat vrieskistovereenkomsten, die feitelijk op elk moment kunnen worden beëindigd (daar HB de opzeggingstermijn van twee maanden blijkbaar niet afdwingt), kunnen leiden tot een feitelijke binding als bedoeld in overweging 184. Een „tijdelijke relatie" van dit type verdraagt zich volgens HB niet met het bestaan van een dergelijke binding. De Commissie deelt deze opvatting niet. De vrieskistovereenkomsten zijn van onbeperkte duur en voor de beëindiging daarvan is een initiatief van een der partijen noodzakelijk. In plaats van aan te tonen dat de contractuele betrekking tijdelijk is, blijkt uit het bewijsmateriaal het tegendeel. De economische realiteit, zoals bevestigd door het marktonderzoek, is dat detailhandelaren die uitsluitend HB-vrieskisten plaatsen deze zeer zelden vervangen door eigen vrieskisten of vrieskisten van andere aanbieders (zie overweging 158 en volgende). De vrieskistovereenkomsten van HB worden in vrijwel alle gevallen vervangen door identieke vrieskistovereenkomsten (zie overweging 111).

(209) HB aanvaardt evenmin dat er bewijzen zijn dat de in overweging 184 beschreven categorie verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken, afgeschermd is van de concurrenten, noch dat er enig oorzakelijk verband is tussen dit mededingingsbeperkend gevolg en de exclusiviteitsclausule in de vrieskistovereenkomsten van HB die betrekking hebben op deze verkooppunten. In dit verband is het voornaamste criterium de mate waarin deze detailhandelaren tevreden zijn met hun huidige leveringsovereenkomsten. HB betoogt dat verkooppunten waar geen belangstelling is voor opname van andere merken in het aanbod dienen te worden uitgesloten van enige zorgvuldige berekening van het afschermingseffect. HB wijst ook op de blijkbaar geringe consumentenvraag naar andere merken dan die van HB in de betrokken verkooppunten als waarschijnlijke oorzaak voor dit gebrek aan belangstelling.

(210) Ook dit betoog kan de Commissie niet aanvaarden. Een overeenkomst tussen elke twee partijen kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 85, lid 1, ongeacht de motivatie die de partijen hebben voor het sluiten van de betrokken overeenkomst. Meer in het bijzonder zal een exclusieve afnameovereenkomst van welk type ook in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, wanneer deze tot gevolg heeft dat andere aanbieders op een merkbare wijze worden uitgesloten, ook wanneer de aan de exclusiviteit gebonden partij op enig moment zelf te kennen geeft niet geïnteresseerd te zijn in de merken van die andere aanbieders. Wat de vermeende geringe consumentenvraag naar andere merken dan HB betreft, moet worden opgemerkt dat het onvermogen van concurrenten om toegang te krijgen tot grootschalige distributie voor hun impulsproducten een van de voornaamste redenen is voor het ontbreken van deze vraag, met name

([85]) HB heeft verklaard dat de exclusiviteitsclausule noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat de voordelen van het systeem volledig worden benut, en heeft hierbij aangetekend dat deze clausule niet onredelijk beperkend is en daarom als nevenrestrictie buiten de reikwijdte van artikel 85, lid 1, valt.

waar het producten betreft die onlangs geïntroduceerd zijn (zie de overwegingen 12 en 44). Zonder de exclusiviteitsclausule zou het gemakkelijker zijn, detailhandelaren ertoe te bewegen ook andere producten in hun assortiment op te nemen, omdat het dan niet nodig zou zijn de vrieskist van de aanbieder te vervangen of een extra vrieskist te plaatsen. Het is aannemelijk, dat deze uitbreiding van het merkenassortiment in het verkooppunt tot een grotere consumentenvraag naar andere merken dan HB zal leiden.

8. *Eigendomsrechten*

(211) HB heeft aangevoerd dat de toepassing van artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag [86] op de exclusiviteitsclausule in haar vrieskistovereenkomsten zou neerkomen op een inbreuk op haar eigendomsrechten in strijd met artikel 222 van het EG-Verdrag, omdat de producten van andere aanbieders hierdoor in haar vrieskisten kunnen worden opgeslagen.

(212) De Commissie wijst dit argument van de hand. In de communautaire rechtsorde is het eigendomsrecht, zoals dit bepaald is in artikel 222 van het EG-Verdrag, gewaarborgd in overeenstemming met de beginselen die de grondwetten van de lidstaten gemeen hebben. In de grondwetten van alle lidstaten wordt echter erkend dat de uitoefening, los gezien van de essentie, van eigendomsrechten in het openbaar belang en in de mate die in dit opzicht noodzakelijk is, aan beperkingen kan worden onderworpen [87].

(213) Als een van de fundamentele bepalingen van het Gemeenschapsrecht dient artikel 85 het openbaar belang. Bovendien heeft de toepassing van artikel 85, lid 1, in de onderhavige procedure geen betrekking op HB's gebruik van haar eigendom, maar op de beperkingen die zij oplegt aan anderen, die haar eigendom mogen gebruiken. Bovendien zou de uitoefening door HB van haar eigendomsrechten in de onderhavige zaak slechts worden beperkt in de mate die noodzakelijk is om te waarborgen dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst (artikel 3, onder g), van het EG-Verdrag).

(214) Als algemeen beginsel vindt deze benadering haar weerslag in de groepvrijstellingen van de Commissie voor onder meer het verbod om in concurrerende producten te handelen, zoals vervat in exclusieve afnameovereenkomsten (zie Verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie [88], gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Oostenrijk, Finland en Zweden, artikel 8, lid 2, onder b)) en de voor vrijstelling in aanmerking komende verplichtingen in overeenkomsten betreffende technologieoverdracht (Verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie [89], artikel 1). In deze verordeningen worden de beperkingen die de eigenaren van eigendomsrechten aan de gebruikers van deze rechten opleggen, onder bepaalde omstandigheden vrijgesteld en zij vallen derhalve in eerste instantie onder het verbod van artikel 85, lid 1 [90].

(215) HB heeft betoogd, dat de exclusiviteitsclausules in haar vrieskistovereenkomsten analoog zijn aan de categorie verplichtingen die overeenkomstig bijvoorbeeld artikel 2 van Verordening (EG) nr. 240/96 is geoorloofd, met name de verplichtingen genoemd in lid 1, onder 2) en 8), van dat artikel, welke betrekking hebben op specifieke „technische toepassingsgebieden" en de verlening van onderlicenties. Deze analogie gaat om de volgende redenen niet op:

(216) Ten eerste zou een beperking van het type „toepassingsgebied" betrekking hebben op het gebruik van de vrieskist voor de opslag van ijs en niet van andere productcategorieën, terwijl de exclusiviteitsvoorwaarde in de vrieskistovereenkomst van HB het gebruik van de vrieskist voor de opslag van vergelijkbare producten van andere aanbieders beperkt. Zelfs wanneer de beperking van het type „toepassingsgebied" als vergelijkbaar met de exclusiviteitsvoorwaarde in HB's vrieskistovereenkomsten wordt beschouwd, sluit artikel 2 van Verordening (EG) nr. 240/96 de mogelijkheid niet uit, dat dergelijke verplichtingen in bepaalde omstandigheden de mededinging kunnen beperken, zoals hier het geval is.

(217) Ten tweede maakt de onderhavige procedure geen inbreuk op het recht van HB om als eigenaar andere partijen dan de detailhandelaar het gebruik van de vrieskist te ontzeggen. De procedure is veeleer bedoeld om de detailhandelaar in staat te stellen zijn commerciële keuzevrijheid uit te oefenen ten aanzien van de producten die hij in zijn

[86] Deze aangelegenheid wordt verder besproken in het aan artikel 86 gewijde gedeelte.
[87] Zaak 44/79, Hauer, Jurispr. 1979, blz. 3727, r.o. 18.
[88] PB L 173 van 30.6.1983, blz. 5.
[89] PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2.
[90] Zie ook Beschikking 88/491/EEG van de Commissie, Aalsmeer Bloemenveilingen, PB L 262 van 22.9.1988, blz. 27.

verkooppunt wenst aan te bieden. Bijgevolg richt de procedure zich tegen de contractuele bepalingen inzake de voorwaarden waarop de detailhandelaar de eigendom kan gebruiken die de rechthebbende hem, tegen betaling van huur, ter beschikking heeft gesteld.

(218) HB heeft voorts aangevoerd, dat zij een aanzienlijk mededingingsnadeel zou lijden indien concurrenten de detailhandelaren ertoe konden bewegen de vrieskisten van HB ook voor de opslag van hun producten te gebruiken en deze concurrenten aldus de kosten zouden kunnen vermijden van de verstrekking van hun eigen vrieskisten aan verkooppunten. HB stelt dat andere producenten aldus zouden profiteren van haar investering.

(219) Wat dit argument betreft, mag niet uit het oog worden verloren dat het uiteindelijk de detailhandelaren zijn die voor de beschikbaarstelling van de vrieskisten betalen, en niet HB. Ook behoeft er geen objectief verband te bestaan tussen de exclusiviteitsclausule in de vrieskistovereenkomsten van HB en de regelingen voor de terugbetaling van haar investeringen in deze vrieskisten. Dat dit kostenelement wordt doorberekend in de prijs die HB de detailhandelaren voor haar ijs in rekening brengt, is een keuze die HB uit eigen commerciële beweegredenen heeft gemaakt. Andere methoden zijn denkbaar om de investering in vrieskisten terug te verdienen, waarbij wordt vermeden dat de detailhandelaar deze kosten uitsluitend via de prijzen die hij voor HB-producten vraagt, afwentelt op de consumenten. De toepassing van artikel 85, lid 1, op het exclusiviteitsbeding in de vrieskistovereenkomsten van HB zou er bijvoorbeeld niet aan in de weg staan, dat HB de detailhandelaar een afzonderlijke huurvergoeding voor de vrieskist aanrekent die voldoende is om de gehele investering te dekken. Hoewel HB stelt dat een dergelijke huurvergoeding bijkomende transactiekosten als administratie- en inningskosten zou meebrengen, zouden deze voor HB geen te zware belasting vormen, omdat de onderneming reeds haar afnemers factureert in samenhang met het ijs zelf en zorgdraagt voor de inning van de betalingen van deze afnemers.

(220) HB stelt in dit verband voorts, zoals in overweging 230 wordt beschreven, dat de invoering van een afzonderlijk huursysteem aanzienlijke kosten zou meebrengen en onaantrekkelijk voor de detailhandelaren zou kunnen blijken, waardoor deze zouden worden gestimuleerd om over te stappen op concurrenten van HB voor de verstrekking van vrieskisten „in bruikleen". De Commissie kan op dit argument slechts hetzelfde antwoord geven als zij in overweging 231 heeft gedaan.

B. ARTIKEL 85, LID 3

(221) De bepalingen van artikel 85, lid 1, kunnen om volgende redenen niet op grond van artikel 85, lid 3, buiten toepassing worden verklaard voor de tussen HB en detailhandelaren gesloten vrieskistovereenkomsten, die betrekking hebben op verkooppunten waar de enige vrieskist(en) is (zijn) geleverd door HB.

1. *Verbetering van de verdeling der producten*

(222) De eventuele verbeteringen van de distributie waartoe het onder artikel 85, lid 1, vallend gedeelte (zie overweging 203) van HB's net van vrieskistovereenkomsten aanleiding geeft, moeten worden afgewogen tegen de beperkende gevolgen van deze overeenkomsten, en met name tegen de mate waarin zij de toegang voor concurrerende aanbieders van ijs op de relevante markt tot het detailhandelsniveau, en uiteindelijk tot het niveau van de consument, beperken.

(223) De mededingingsbeperkende gevolgen van het relevante gedeelte van HB's net van vrieskistovereenkomsten zijn in grote lijnen vergelijkbaar met de gevolgen van exclusieve afnameovereenkomsten. In overweging 5 van Verordening (EEG) nr. 1984/83 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten wordt opgemerkt dat exclusieve afnameverplichtingen „in het algemeen een verbetering van de distributie tot gevolg hebben", daar zij „de leverancier in staat stellen de afzet van zijn waren nauwkeuriger en voor een langere tijd van tevoren te organiseren en de wederverkoper gedurende de looptijd van de overeenkomst een geregelde aanvoer naar behoefte waarborgen" en „de betrokken ondernemingen daardoor de mogelijkheid krijgen het risico van marktschommelingen te beperken en de distributiekosten te verlagen".

(224) De vrieskistovereenkomsten van HB kunnen bepaalde of alle in overweging 5 van genoemde verordening genoemde voordelen meebrengen voor HB zelf en voor de detailhandelaren die partij zijn bij deze overeenkomsten. Dat deze overeenkomsten voordelig kunnen zijn voor de partijen bij deze overeenkomst, wil echter nog niet zeggen dat zij bijdragen tot een verbetering van de verdeling in de zin van artikel 85, lid 3. Hiertoe moeten de overeenkomsten aanmerkelijke objectieve voordelen in het algemeen belang opleveren van een zodanige aard, dat deze opwegen tegen de nadelen die de overeenkomsten veroorzaken op het gebied van de mededinging([91]).

([91]) Zie gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449; zie ook het arrest Langnese, r.o. 180.

(225) Een objectief voordeel van deze aard die exclusieve afnameovereenkomsten kunnen opleveren, is dat de mededinging tussen producten van verschillende fabrikanten wordt gestimuleerd (overweging 6 van Verordening (EEG) nr. 1984/83). Het is duidelijk, dat de betrokken vrieskistovereenkomsten de positie van HB op de relevante markt aanzienlijk versterken, met name ten opzichte van potentiële concurrenten. De versterking van de positie van een onderneming die een zodanig gewicht op de markt heeft als HB leidt echter niet tot meer, maar tot minder mededinging, omdat het net van overeenkomsten van deze onderneming een aanzienlijke belemmering vormt voor toetreding tot de markt door andere ondernemingen en voor uitbreiding op de markt door de reeds aanwezige concurrenten.

(226) HB heeft bijvoorbeeld gewezen op het belang van reclameactiviteiten op de plaats van verkoop voor de verkoop van merkproducten; de exclusiviteitsvoorwaarde stelt HB in staat haar producten- en merkenbestand tezamen uit te stallen in één „HB-blok", waarbij de merken elkaar versterken en de producten beter zichtbaar zijn en een prominentere plaats in het verkooppunt krijgen. Volgens HB betekent de omvang van haar assortiment dat een HB-vrieskist in het algemeen in de consumentenvraag naar verschillende soorten impulsijsproducten zal voorzien. HB wijst erop, dat bepaalde HB-producten (met name laaggeprijsde impulsproducten met een geringe winstmarge) zonder deze exclusiviteit zouden kunnen worden verdrongen. De voordelen voor HB van de exclusiviteitsclausule leiden zonder meer tot een versterking van haar marktpositie en dragen met name in verkooppunten met uitsluitend exclusiviteitsvrieskisten, en meer nog in verkooppunten met uitsluitend HB-exclusiviteitsvrieskistenbij tot hoge drempels voor toetreding tot en uitbreiding op de markt, zoals beschreven in de overweging 130 e.v.

(227) De ruime beschikbaarheid van vrieskisten in verkooppunten voor de verkoop van impulsijsproducten, die de gehele geografische markt bestrijkt, en voor een groot deel het gevolg is van het vrieskistennet van HB, kan worden gezien als een objectief voordeel (voor de distributie van producten) in het algemeen belang. In dit opzicht heeft HB gesteld, dat het niet vanzelfsprekend is dat het voor haar commercieel aantrekkelijk zal blijven om vrieskisten te verstrekken aan alle verkooppunten die voorheen een vrieskist van haar ontvingen, wanneer de exclusiviteitsclausule in haar vrieskistovereenkomsten zou komen te vervallen. HB heeft aangevoerd dat de stopzetting van de levering van vrieskisten voor een aantal detailhandelaren tot gevolg zou hebben dat zij de verkoop van impulsijs zouden beëindigen, omdat zij de voor de plaatsing van een eigen vrieskist benodigde investering niet zouden kunnen rechtvaardigen.

(228) In dit verband moet worden opgemerkt dat het onwaarschijnlijk is dat detailhandelaren niet langer vrieskisten — op welke voorwaarden ook — van HB zouden krijgen aangeboden, behoudens in een klein aantal gevallen, wanneer HB zou worden beperkt in haar mogelijkheden om een exclusiviteitsverplichting voor deze vrieskisten op te leggen. De commerciële realiteit voor een onderneming als HB, die haar sterke positie op de markt wenst te handhaven, is dat zij ernaar zal streven in zoveel mogelijk verkooppunten aanwezig te zijn, zelfs in verkooppunten met een lagere omzet van impulsijs. Zoals reeds uiteengezet, zijn een ruime zichtbaarheid en verkrijgbaarheid belangrijk voor alle impulsproducten. De noodzaak een zekere omzet en winst te behalen vormt voor een aanbieder van ijs, vooral wanneer deze over een productassortiment en een marktaandeel als HB beschikt, een toereikende stimulans om ervoor te zorgen dat detailhandelaren in staat blijven de producten van deze aanbieder op te slaan voor de verkoop aan consumenten. Zelfs wanneer de vrieskisten in een verkooppunt niet langer zouden zijn onderworpen aan exclusiviteit, is het waarschijnlijk dat de in die vrieskisten opgeslagen producten min of meer de verschillende marktaandelen van de onderscheiden producenten op de relevante markt zullen weerspiegelen. HB kan daarom door het succes van haar assortiment verwachten dat zij een zeer aanzienlijk aandeel in de ijsomzet van deze verkooppunten zal blijven innemen. Het is derhalve niet aannemelijk dat HB het risico loopt deze omzet geheel te verliezen wanneer zij niet langer vrieskisten beschikbaar zou stellen aan verkooppunten die anders geen consumptie-ijs in hun aanbod zouden opnemen. Het is hoe dan ook het beleid van HB om slechts vrieskisten te leveren aan verkooppunten op basis van bepaalde vastgestelde financiële en handelscriteria, die een bepaald minimumrendement voor de investering van HB waarborgen (zie overweging 62), waardoor de minst belangrijke verkooppunten op de relevante markt momenteel vaak geen HB-vrieskist ontvangen. Daarnaast moet worden opgemerkt dat de recente vervreemding van vrieskisten door HB in de meeste gevallen betrekking had op verkooppunten met een lage omzet (zie overweging 73).

(229) HB voert aan dat, indien zij niet in staat is exclusiviteit voor de vrieskisten af te dwingen, er sprake is van een situatie van oneerlijke mededinging in haar nadeel als vrieskisten verstrekkende aanbieder en ten voordele van aanbieders die geen vrieskisten verstrekken. HB stelt dat andere aanbieders de detailhandelaren gunstigere voorwaarden zouden kunnen bieden, omdat zij de kosten van de beschikbaarstelling van vrieskisten niet behoeven te dragen. HB heeft verklaard dat haar natuurlijke reactie in dergelijke omstandigheden zou zijn dat zij geen vrieskisten meer aan detailhandelaren zou verstrekken. In dit verband dient te worden bedacht dat er geen sprake van is, dat de toepassing van artikel 85, lid 1, (voorzover artikel 85, lid 3, niet van toepassing is) op het exclusiviteitsbeding in de vrieskistovereenkomsten van HB elke methode om de investering in de vrieskisten terug te verdienen onmogelijk maakt. Niet elke methode behoeft tot gevolg te hebben dat andere aanbieders van ijs van de investering van HB profiteren (zie de overwegingen 218 en 219).

(230) Voorts stelt HP dat, indien zij een afzonderlijk huursysteem invoert, zij geen zekerheid heeft dat detailhandelaren nog steeds voor HB-vrieskisten zullen kiezen. Ter ondersteuning van dit argument wijst HB op de mislukking van haar huurkoopregeling uit 1995, het in het algemeen lage aantal eigen of gehuurde vrieskisten op de markt, en de volgens het onderzoek van Rosslyn geringe bereidheid van detailhandelaren om zelf vrieskisten te kopen of te huren. Onder deze omstandigheden, aldus HB, zullen detailhandelaren eerder geneigd zijn zich tot andere aanbieders op de markt te wenden, die wel vrieskisten op basis van exclusiviteit aanbieden, waardoor HB feitelijk van die verkooppunten wordt uitgesloten.

(231) Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat de mislukking van de door HB in 1995 ingevoerde huurkoopregeling zich niet louter laat verklaren door een gebrek aan belangstelling bij de detailhandelaren om zelf een vrieskist te kopen of te huren. Uit het onderzoek van Lansdowne (zie overweging 100) bleek veeleer dat de voornaamste reden de tevredenheid met de huidige regeling was. De ervaring toont aan dat detailhandelaren die voor hun vrieskisten kunnen kiezen tussen „bruikleen" en huurkoop, doorgaans voor het eerste kiezen. Dit wil niet zeggen dat detailhandelaren zonder exclusiviteit geen ijs meer zouden aanbieden: volgens het onderzoek van B&A zou meer dan [. . .] % van de detailhandelaren in deze hypothese ijs blijven aanbieden, en zou een groot aantal hiertoe zelf een vrieskist huren of kopen (zie overweging 120). Met betrekking tot HB's oordeel dat detailhandelaren zich eerder zullen wenden tot concurrenten van HB voor de verstrekking van exclusiviteitsvrieskisten „in bruikleen", kan slechts worden opgemerkt dat wanneer detailhandelaren hiertoe overgaan in zodanige mate, dat de overige netten van exclusiviteitsvrieskisten (wanneer deze de enige vrieskisten in het verkooppunt zijn) in aanzienlijke mate bijdragen tot de afsluiting van de relevante markt, het relevante deel van deze netten evenzeer met het verbod van artikel 85, lid 1, in conflict zou komen.

(232) Het valt echter niet uit te sluiten, dat HB de levering van vrieskisten aan een klein aantal verkooppunten zou beëindigen, wanneer deze bijvoorbeeld niet langer zouden voldoen aan bepaalde criteria inzake de omzet van HB-ijs of de afstand tot een HB-opslagplaats. Deze verkooppunten zullen hierdoor niet alle de verkoop van ijs moeten staken. De betrokken detailhandelaar kan besluiten een eigen vrieskist te huren of te kopen of een andere aanbieder zal hem mogelijk een vrieskist ter beschikking stellen. Andere aanbieders kunnen zeer wel het beleid voeren om vrieskisten beschikbaar te stellen aan verkooppunten met een omzet van impulsijs die niet aan het criterium voor een vrieskist van HB voldoet, wellicht tegen gunstigere voorwaarden dan de detailhandelaar zelf zou kunnen bedingen.

(233) Zelfs wanneer deze concurrenten geen vrieskisten verstrekken aan verkooppunten waar HB haar vrieskisten heeft teruggenomen of geen vrieskist wenst te plaatsen, blijft de mogelijkheid bestaan dat een vrieskist wordt geplaatst door een onafhankelijke handelaar die zijn voorraden bij meer aanbieders betrekt en hiermee in alle behoeften van het verkooppunt voorziet. Dat er thans zo weinig onafhankelijke handelaren zijn, is ten minste voor een deel te wijten aan de verplichting tot exclusiviteit van de vrieskistovereenkomsten die gebruikelijk zijn in de handel, in combinatie met het beleid van de grootste aanbieder (HB) om rechtstreeks te leveren aan vrijwel alle verkooppunten. Wanneer deze exclusiviteit wordt beëindigd, is het niet waarschijnlijk dat het aanbod van consumptie-ijs aan consumenten hierdoor in enige mate van betekenis nadelig wordt beïnvloed.

(234) De mogelijke lichte daling van het aantal verkooppunten dat impulsijs op de relevante markt aanbiedt, als gevolg van de verwijdering van de exclusiviteitsclausule uit de vrieskistovereenkomsten die HB sluit met verkooppunten waar zich uitsluitend HB-vrieskisten bevinden, moet worden afgewogen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van deze overeenkomsten. In deze beoordeling kan het voordeel dat een klein aantal verkooppunten slechts impulsijs blijft aanbieden wanneer de exclusiviteitsclausule in het net van vrieskistovereenkomsten van HB wordt gehandhaafd, niet opwegen tegen de nadelen van de beperking van de mededinging die deze overeenkomsten als geheel veroorzaken.

(235) In dit verband zij verwezen naar de huurkoopregeling die HB in 1995 heeft ingevoerd. De verwachting was, dat deze regeling detailhandelaren ertoe zou aanzetten hun eigen vrieskist te kopen, waardoor de markt een ingrijpende structurele wijziging zou ondergaan, die de mededingingsbeperkende gevolgen van HB's net in een zodanige mate zou beperken, dat de voordelen van de distributie zouden opwegen tegen deze mededingingsbeperkende gevolgen. Deze verwachting was echter misplaatst (zie overweging 71).

(236) HB heeft tevens aangevoerd, dat haar distributieregelingen de planning, logistiek en distributie efficiënter zouden maken; zij stelt dat deze regelingen de planning en het ritme van de leveringen vergemakkelijken en de distributie in zoverre efficiënter maken, dat de „bijvullingen" (de hoeveelheid die de detailhandelaar per levering afneemt) van de vrieskisten die uitsluitend HB-producten bevatten, groter zijn dan het geval zou zijn zonder exclusiviteit, en dat een hogere concentratie van HB-vrieskisten ook bijdraagt tot deze efficiencyvoordelen. Zoals reeds uiteengezet (zie overweging 224), is het feit dat de vrieskistovereenkomsten voordelig zijn voor HB en mogelijk zelfs voor de detailhandelaren, niet voldoende om een verbetering van de verdeling der producten te vormen in de zin van artikel 85, lid 3. De overeenkomsten kunnen slechts worden geacht tot een dergelijke verbetering te leiden, wanneer kan worden aangetoond dat de voordelen een objectief karakter hebben. Hoewel duidelijk is, dat de huidige distributiemethode van HB deze onderneming en de detailhandelaren bepaalde efficiencyvoordelen kan opleveren, hebben de exclusiviteitsregelingen van HB tot gevolg dat de efficiency van andere aanbieders wordt ondermijnd, omdat zij nu niet alleen moeten concurrenten bij de levering van ijs, maar ook bij de levering van vrieskisten op gunstige voorwaarden aan detailhandelaren. Hierdoor wordt de positie van HB op de relevante markt versterkt en worden de toetredings- of expansiedrempels navenant verhoogd. Als zodanig wegen de voordelen van de overeenkomsten duidelijk minder zwaar dan de nadelen van deze overeenkomsten in de vorm van een beperking van de mededinging.

(237) Bij de beoordeling van de voordelen van het vrieskistennet van HB moet rekening worden gehouden met de schaalvoordelen die zij bereikt bij de aankoop en het onderhoud van vrieskisten (zie overweging 63). HB heeft aangevoerd dat deze schaalvoordelen bijdragen tot een verbetering van de distributie van goederen in de zin van artikel 85, lid 3. De Commissie aanvaardt dat exclusiviteitsregelingen het voor een aanbieder aantrekkelijk maken een groot aantal vrieskisten te plaatsen, waardoor de aankoop- en leveringskosten dalen. Deze exclusiviteit is echter geen noodzakelijke voorwaarde voor de verwezenlijking van dergelijke schaalvoordelen. Er is geen duidelijke aanleiding voor de veronderstelling dat HB met haar vrieskistenbestand dergelijke schaalvoordelen niet zou kunnen bereiken zonder exclusiviteit.

(238) Hoewel wordt aanvaard, dat de beschikbaarstelling van vrieskisten aan detailhandelaren door aanbieders van ijs tot een verbetering van de distributie van impulsijs leidt, onder meer omdat de detailhandelaren zich hierdoor niet langer behoeven bezig te houden met kapitaalbehoeften of het ongemak van het kopen en onderhouden van vrieskisten, volgt uit de voorgaande overweging dat deze voordelen ook kunnen worden verwezenlijkt zonder de exclusiviteitsvoorwaarde. Evenmin kan worden gesteld dat HB's net voor de detailhandelaren louter voordelen voor de distributie oplevert. Zoals besproken in overweging 199, brengt dit net ook nadelen mee, omdat het de keuzevrijheid van de detailhandelaar ten aanzien van de producten die hij in zijn aanbod opneemt aanzienlijk vermindert en tevens aanleiding geeft tot een inefficiënt gebruik van de ruimte binnen het verkooppunt.

2. ***Een billijk aandeel in de voordelen voor de gebruiker***

(239) In verkooppunten waar alleen HB-vrieskisten zijn geplaatst, is de vrijheid van de detailhandelaren ten aanzien van het in voorraad houden en ten verkoop aanbieden van ijs van concurrerende aan-

bieders beperkt. Dit gedeelte van het HB-net beperkt derhalve de keuze aan impulsijsproducten voor de consument, aangezien in deze verkooppunten alleen impulsijsproducten van HB worden verkocht. Zelfs wanneer er een ander verkooppunt in de nabijheid is dat producten van andere aanbieders verkoopt, is dit alternatief niet gelijk aan een ruimere keuze binnen één verkooppunt, omdat consumenten van impulsijs zich niet zullen verplaatsen voor de aankoop en een aankoopbeslissing evenmin zullen uitstellen. Een dergelijk alternatief zal zich overigens zelden voordoen. Bovendien zal een consument die producten uit verschillende assortimenten wenst te kopen het ongemakkelijk vinden om hiervoor verschillende verkooppunten te moeten bezoeken. Voor een impulsaankoop zal hij zich deze moeite doorgaans niet getroosten. Door deze beperkte keuze kan niet worden gesteld dat de consument deelt in enige vermeende voordelen van de vrieskistovereenkomsten van HB. Gelet op de beperking van de mededinging tussen merken door het net van HB, zal de prijsconcurrentie tussen aanbieders ook geringer zijn, zulks evenzeer ten nadele van de consument (zie overweging 198).

(240) Met betrekking tot de schaalvoordelen bij de aankoop en het onderhoud van vrieskisten en de vermeende efficiencyvoordelen voor de distributie (zie overweging 222 e.v.) van de exclusiviteitsclausule in de vrieskistovereenkomsten van HB moet worden opgemerkt dat er, gelet op de omstandigheid dat HB economisch in staat is om een daadwerkelijke mededinging te verhinderen (zie overweging 255 e.v.), geen garantie is dat deze voordelen zullen worden doorgegeven aan de consument.

3. *Onmisbaarheid*

(241) De exclusiviteitsvoorwaarde in het relevante gedeelte van HB's vrieskistovereenkomstennet zou slechts als onmisbaar voor de verwezenlijking van de vermeende voordelen kunnen worden beschouwd, wanneer deze het minst beperkende middel was om deze voordelen te bewerkstelligen. HB heeft niet overtuigend aangetoond, dat deze vermeende objectieve voordelen, die leiden tot een algemene verbetering van de productie en de distributie ten gunste van onder meer de consument, niet even effectief zouden kunnen worden verwezenlijkt wanneer de exclusiviteit met betrekking tot HB's producten zou worden opgeheven, waardoor de levering van vrieskisten zou worden losgekoppeld van de levering van ijs in de in overweging 219 bedoelde zin.

4. *Mogelijkheid de mededinging ten aanzien van een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen*

(242) In dit verband moet aandacht worden besteed aan de toetredingsdrempels op de relevante markt en de gevolgen daarvan voor de bestaande mededingingsverhoudingen. Deze zijn gedetailleerd besproken in overweging 30 e.v. Uit die analyse kan worden geconcludeerd dat HB's vrieskistovereenkomstennet in het algemeen, en het gedeelte dat betrekking heeft op verkooppunten met uitsluitend HB-vrieskisten in het bijzonder, een aanzienlijke drempel voor toetreding tot de markt of uitbreiding op de markt vormt. Deze drempels leiden weer tot een geringere mate van mededinging tussen aanbieders op de markt. Als zodanig, en met name in combinatie met de sterke positie van HB op de relevante markt, dragen zij in aanmerkelijke mate bij tot de uitschakeling van de mededinging op die markt.

(243) Dat de mededinging wordt uitgeschakeld, blijkt duidelijk uit het zeer hoge percentage detailhandelaren op de relevante markt dat thans uitsluitend HB-ijsproducten te koop kan aanbieden ten gevolge van het exclusiviteitsbeding in het relevante deel van HB's net van vrieskistovereenkomsten: ongeveer 40 % van alle verkooppunten op de relevante markt behoort tot die categorie; de omzet in deze verkooppunten bedraagt tevens ongeveer 40 % van de totale omzet van impulsijs op de relevante markt (zie de overwegingen 156 en 184).

(244) HB's machtspositie op de relevante markt, die in het onderstaande wordt besproken, stelt haar in staat een daadwerkelijke mededinging op die markt te verhinderen. Als zodanig moet deze positie als een belangrijke belemmering voor de mededinging op de markt worden aangemerkt. De merkreputatie van HB's impulsijsproducten, die gedurende vele jaren is opgebouwd, vormt ook een aanzienlijk beletsel voor enige verandering in de mededingingsstructuur van de relevante markt.

(245) De economische overwegingen die in het voorgaande zijn behandeld, maken duidelijk dat de mededinging op de relevante markt ernstig wordt beperkt. Deze zienswijze wordt bevestigd door het feit dat het lang geleden is dat zich enige verandering van betekenis in de mededingingsstructuur van de relevante markt heeft voorgedaan. De markt wordt duurzaam beheerst door één aanbie-

der die steeds een marktaandeel weet te handhaven van ongeveer viervijfde van de markt, terwijl het resterende deel van de markt toevalt aan een aantal kleinere aanbieders (waarvan sommige kunnen veranderen). De vrieskistovereenkomsten van HB hebben ertoe bijgedragen, dat deze structurele inertie voortduurt. Deze overeenkomsten, en met name die welke zijn gesloten met verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken, bieden HB derhalve de mogelijkheid de mededinging ten aanzien van een aanmerkelijk deel van de betrokken producten uit te schakelen in een mate die een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, onmogelijk maakt.

(246) De huurkoopregeling voor vrieskisten die HB in 1995 in het kader van de herziening van haar distributiesysteem (zie overweging 69 e.v.) heeft ingevoerd leek de Commissie op het eerste gezicht, gecombineerd met de overige wijzigingen die tezelfdertijd werden aangebracht, de mogelijkheid te bieden van een ingrijpende structurele wijziging op de markt. HB was de overtuiging toegedaan, dat de regeling detailhandelaren ertoe zou aanzetten hun eigen vrieskisten te kopen in verband met de aantrekkelijke voorwaarden die daaraan waren verbonden. De verwachting was dat de regeling zou leiden tot een aanzienlijk geringere beperking van de mededinging, waardoor de resterende exclusiviteitsvrieskisten van HB niet langer zouden kunnen worden geacht de mededinging op de markt in aanmerkelijke mate te belemmeren. Deze verwachting is evenwel niet uitgekomen.

5. ***Conclusie***

(247) Gelet op het voorgaande komen de vrieskistovereenkomsten van HB derhalve niet voor een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, in aanmerking. Het verzoek van HB om deze vrijstelling moet bijgevolg worden afgewezen. Met name moet worden opgemerkt, dat de diverse wijzigingen die HB in haar distributieregelingen heeft aangebracht (zie de overwegingen 69 tot en met 73) met het oog op ontheffing daarvan op grond van artikel 85, lid 3, in tegenstelling tot het voorlopige standpunt dat de Commissie eerder had ingenomen (zie overweging 6), niet hebben geleid tot de structurele veranderingen die ontheffing mogelijk zouden hebben gemaakt. De in dit verband relevante gegevens zijn met name vervat in de overwegingen 228, 230, 235 en 246. De Commissie kan derhalve niet langer haar „gunstige standpunt" handhaven, dat zij volgens de mededeling van 15 augustus 1995 ingevolge artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 (zie voetnoot 8) voornemens was in te nemen.

(248) HB stelt dat de weigering van de Commissie om bij beschikking een ontheffing te verlenen neerkomt op een schending van haar gewettigde verwachtingen. In dit verband stelt HB dat zij een „afspraak had gemaakt met de Commissie" en „haar deel van het akkoord" volledig en op eigen kosten heeft uitgevoerd. HB voegt hieraan toe dat de Commissie van haar gunstige standpunt is teruggekomen naar aanleiding van de mislukking van één onderdeel van de schikking, namelijk het wekken van de belangstelling van de detailhandelaren (d.w.z. de mislukking van de huurkoopregeling). HB wijst erop, dat de redenen voor deze mislukking geheel buiten haar vermogen liggen.

(249) Met de stelling dat haar gewettigde verwachtingen zijn geschonden, zoekt HB steun bij een opmerking van de Commissie dat de door HB voorgestelde maatregelen, op basis van een voorlopige beoordeling, waarschijnlijk tot gevolg zouden hebben dat het distributiesysteem van HB voor ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, in aanmerking zou komen. Dit voorlopige standpunt was verwoord in een persbericht volgend op de aanmelding van HB en later in een bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* ingevolge artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17. De stelling dat de contacten tussen de Commissie en HB hebben geleid tot een „afspraak" of „akkoord", waarbij de Commissie afstand deed van de mogelijkheid een negatieve beschikking te geven, is derhalve volslagen misleidend. Het spreekt vanzelf dat de Commissie er hoe dan ook niet mee zou kunnen instemmen af te zien van de tenuitvoerlegging van regels die objectief van toepassing zijn. Geen van de voorlopige opmerkingen van de Commissie die zojuist zijn beschreven, kunnen aanleiding geven tot gewettigde verwachtingen die een latere maatregel van de Commissie, die niet in overeenstemming is met deze eerdere opmerkingen, ongeldig zouden maken. In het persbericht is uitdrukkelijk gewezen op het voorlopige karakter van het oordeel van de Commissie. Een bekendmaking op grond van artikel 19, lid 3, kan uit de aard der zaak niet meer dan een aankondiging van de voorlopige voornemens van de Commissie omvatten, waarvan de publicatie tot doel heeft de meningen van derden in te winnen voordat een definitief standpunt wordt ingenomen.

(250) Zoals eerder opgemerkt (zie de overwegingen 235 en 246), was de voorlopige beoordeling van de Commissie gebaseerd op de verwachting dat de herziene distributieregelingen via een evolutie in de richting van meer eigen vrieskisten bij detailhandelaren, zouden leiden tot een aanzienlijke vermindering van het afschermingseffect van de vrieskistovereenkomsten van HB. Dat deze verwachting niet is waargemaakt, is niet te wijten aan de

omstandigheid dat HB de voorgestelde wijzigingen niet heeft uitgevoerd, maar aan het feit dat deze wijzigingen niet het door HB beoogde effect in de zin van open verkooppunten heeft gebracht.

(251) De kritiek van HB betreft met name het feit dat de beoordeling van de Commissie is gebaseerd op de mislukking van slechts één onderdeel van deze herziene regelingen: de huurkoopregeling. Hierop moet worden geantwoord dat de huurkoopregeling niet slechts een van de onderdelen, maar het centrale element van de herziene regelingen was, en de sleutel tot de verwachte ontwikkeling in de richting van eigen vrieskisten voor de detailhandelaar. Dat de regeling niet de belangstelling van de detailhandelaren wekte, had onvermijdelijk tot gevolg dat het beoogde effect uitbleef. Volgens HB lijkt de Commissie ook een voorbarige conclusie te hebben getrokken ten aanzien van een maatregel die slechts op lange termijn gevolgen zou hebben. Hierover kan slechts worden opgemerkt dat de regeling ten tijde van de mededeling van punten van bezwaar in januari 1997 reeds twee hoogseizoenen van kracht was. Aangezien op dat moment nog geen enkele detailhandelaar met gebruikmaking van de regeling een vrieskist had gekocht, kon redelijkerwijs worden verwacht dat de regeling naar alle waarschijnlijkheid geen langetermijneffect zou hebben.

(252) Nadat de Commissie HB te kennen had gegeven dat niet langer leek te worden voldaan aan de voorwaarden voor een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, stelde HB nieuwe voorstellen op, die er klaarblijkelijk op gericht waren de gevolgen te garanderen die aanvankelijk met de huurkoopregeling werden beoogd, en diende zij deze voorstellen bij de Commissie in. De voorstellen laten zich als volgt samenvatten: i) het exclusiviteitsbeding voor twee typen kleinere vrieskisten die HB aan detailhandelaren had verstrekt, zou beperkt worden tot vijf jaar; ii) na afloop van deze vijf jaar zou de detailhandelaar de mogelijkheid hebben om de vrieskist, vrij van enige bindingsvoorwaarden, naar eigen inzicht te gebruiken; iii) na een overgangsperiode van twaalf maanden zou een verkooppunt met een dergelijke vrieskist in aanmerking komen voor betaling van een bedrag ineens in verband met de gedifferentieerde prijzen.

(253) De Commissie is van oordeel dat deze voorstellen het distributiesysteem van HB niet in aanmerking doen komen voor een ontheffing, voornamelijk om de volgende redenen: i) het voorstel zou beperkt blijven tot twee typen kleinere vrieskisten en, wat van meer belang is, de keuze van de verkooppunten die voor dit voorstel in aanmerking komen, zou bij HB liggen, en niet bij de detailhandelaar zelf, zoals het geval is bij de huidige huurkoopregeling; ii) de regeling zou niet met terugwerkende kracht kunnen worden toegepast, zodat de eerste gevolgen zich ten vroegste pas vijf jaar na de invoering van de regeling zouden doen gevoelen; iii) er is geen garantie dat de vrieskist gedurende deze vijf jaar, of kort daarna, niet zou worden vervangen door een exclusiviteitsvrieskist van HB, in welk geval de exclusiviteit ten voordele van HB zou voortduren.

(254) HB is van mening, dat de Commissie deze nieuwe voorstellen niet serieus heeft overwogen en dat zij in de mededeling van punten van bezwaar hadden moeten worden beoordeeld. De Commissie deelt deze opvatting niet. De redenen voor het feit dat de nieuwe voorstellen de mening van de Commissie over de mogelijkheid van ontheffing van HB's distributiesysteem, zoals in het voorgaande beschreven, niet vermogen te wijzigen, zijn uiteengezet in een brief die enige weken na ontvangst van de voorstellen aan Unilever is gezonden. Dit was een passende administratieve reactie op voorstellen die een onderneming indient om een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, te verkrijgen. Aangezien de voorstellen niet waren uitgevoerd, was het niet nodig deze te behandelen in de mededeling van punten van bezwaar. Bovendien is het standpunt van de Commissie ten aanzien van de voorstellen tijdens de hoorzitting in juni 1997 herhaald.

C. ARTIKEL 86

1. *Machtspositie*

i) **Relevante markt**

(255) De relevante markt waarvoor de positie van HB moet worden beoordeeld, is die van individueel verpakte porties impulsijs in Ierland. Er is geen aanleiding voor de veronderstelling, noch is door HB gesuggereerd, dat de geografische en productmarkten in dit verband anders zouden zijn dan die welke de Commissie in het kader van haar onderzoek uit hoofde van artikel 85 heeft afgebakend (zie overweging 120 e.v.). Ierland is een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 86.

ii) **Economische kracht**

(256) Het Hof van Justitie heeft geoordeeld ([92]) dat de in artikel 86 bedoelde machtspositie betrekking heeft op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen.

(257) Het bestaan van een machtspositie kan worden afgeleid uit een combinatie van factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend hoeven te zijn, maar tezamen met andere factoren tot een dergelijke positie aanleiding kunnen geven; een belangrijke factor in dit verband is het bestaan van een zeer aanzienlijk marktaandeel.

(258) Zeer aanzienlijke marktaandelen wijzen op zich, behalve in uitzonderlijke omstandigheden, op een machtspositie ([93]). In het AKZO-arrest ([94]) oordeelde het Hof van Justitie dat een marktaandeel van 50 % voldoende is om een machtspositie te veronderstellen. In de zaak-Hilti ([95]) verklaarde het Gerecht van eerste aanleg: „In casu staat vast, dat Hilti op de relevante markt een aandeel heeft van 70 tot 80 %. Een zo groot aandeel is op zichzelf een duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op de relevante markt.".

(259) HB heeft sinds lang een marktaandeel in volume en waarde van 75 % van de relevante markt (zie overweging 27). Door haar productievolume en het assortiment geniet de onderneming een economisch zeer sterke positie. Voor veel detailhandelaren die HB-ijs aanbieden, vormen de concurrenten geen redelijk alternatief als leveringsbron, gelet op de verscheidenheid en populariteit van HB's producten. De concurrenten van HB zouden feitelijk niet in staat zijn om aan de verlangens en verwachtingen van deze detailhandelaren te voldoen. In de praktijk is HB derhalve een onvermijdelijke handelspartner voor veel detailhandelaren op de relevante markt, zoals blijkt uit het feit dat de overgrote meerderheid ervoor kiest HB-ijs te verkopen, in veel gevallen op basis van exclusiviteit. HB's sterke positie wordt ook bevestigd door de relatieve marktaandelen en de beperkte productassortimenten van haar rivalen ([96]). Dit garandeert HB ten minste voor de nabije toekomst de handelingsvrijheid ([97]) die het bijzondere kenmerk van een machtspositie is ([98]). Deze handelingsvrijheid wordt nog vergroot door het feit dat HB voor ongeveer 40 % van de verkooppunten op de relevante markt, die ongeveer 40 % van de omzet van impulsijs op de relevante markt vertegenwoordigen, de enige leverancier van impulsijs is (zie overweging 159).

(260) Naast HB's zeer aanzienlijke marktaandeel moet ook aandacht worden besteed aan andere factoren die bijdragen tot haar economische kracht. HB maakt deel uit van een multinationaal concern, dat reeds vele jaren ijs produceert en distribueert in alle lidstaten en in veel andere landen; in veel landen zijn de bedrijven van het Unilever-concern marktleider. Hierdoor heeft HB toegang tot know-how die gebaseerd is op vele jaren ervaring met de productie en distributie van deze producten. Geen andere marktdeelnemer op de relevante markt beschikt over een dergelijke kennis en ervaring. Bovendien heeft HB een sterke positie op de aanverwante markt van diepvriesvoeding en nemen andere ondernemingen van het Unilever-concern vergelijkbare posities in op de voedingsmarkt als geheel, waardoor HB extra voordelen geniet in haar betrekkingen met de levensmiddelenhandel, het belangrijkste distributiekanaal voor impulsijs in Ierland (zie overweging 39). Voorts heeft HB een uitgebreid productassortiment, dat de meeste vooraanstaande merken op de relevante markt omvat, en een distributienetwerk dat zich over het gehele land uitstrekt. Het is ook duidelijk dat HB door haar enorme marktaandeel schaalvoordelen bij de distributie bereikt die haar concurrenten niet in dezelfde mate genieten.

(261) Gelet op al deze factoren kan worden geconcludeerd dat HB een machtspositie heeft op de markt voor impulsijs in Ierland.

([92]) Zaak 27/76, United Brands, en zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461.
([93]) Zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 41.
([94]) Zaak C-62/86, AKZO Chemie, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r.o. 60.
([95]) Zaak T-30/89, Hilti, Jurispr. 1991, blz. II-1439, r.o. 92 (in hogere voorziening bevestigd door het Hof van Justitie in zaak C-53/92-P, Jurispr. 1994, blz. I-667).
([96]) Zaak 27/76, United Brands.
([97]) Geen van de concurrenten reageerde op de prijsactie die Mars in de zomer van 1995 voerde (zie voetnoot 83).
([98]) Zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 41.

2. *Misbruik van een machtspositie*

i) **Het begrip misbruik**

(262) Het Hof van Justitie heeft misbruik van een machtspositie als volgt gedefinieerd: „Onder de in objectieve zin te verstane term misbruik vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — in zwang zijn, wordt tegengegaan [99]". Met name mogen kleine concurrenten niet de dupe zijn van gedragingen van een dominerende onderneming, welke worden vergemakkelijkt door de sterke positie van die onderneming op de markt en tot doel of gevolg hebben dat deze concurrenten van de markt worden uitgesloten.

ii) **De inbreuken**

(263) HB maakt misbruik van haar machtspositie op de relevante markt in strijd met artikel 86, omdat zij detailhandelaren (zoals beschreven in overweging 266), die niet zelf over een (gekochte of door een andere aanbieder verstrekte) vrieskist beschikken voor de opslag van impulsijs, aanzet tot het sluiten van vrieskistovereenkomsten op voorwaarde van exclusiviteit. Deze aansporing bestaat in het aanbod om een vrieskist aan detailhandelaren te leveren en het onderhoud daarvan te verzorgen zonder dat deze detailhandelaren hiervoor een rechtstreekse vergoeding hoeven te betalen.

(264) Gezien de moeite die het kost om detailhandelaren ertoe over te halen deze vrieskisten te vervangen of extra vrieskisten in deze verkooppunten te plaatsen (zoals gedetailleerd beschreven is in het aan artikel 85, lid 1, gewijde onderdeel), heeft HB's aansporing van detailhandelaren tot het aangaan van vrieskistovereenkomsten op voorwaarde van exclusiviteit, zoals in het voorgaande beschreven, tot gevolg dat deze verkooppunten de facto exclusieve verkopers van impulsijsproducten van HB worden. Dit versterkt de machtspositie van HB en komt daarmee neer op een inbreuk op artikel 86. Wanneer een dominerende aanbieder een afnemer aanzet hem exclusiviteit te verlenen om concurrerende aanbieders gedurende een aanzienlijke periode te beletten met deze afnemer zaken te doen, handelt hij in strijd met artikel 86, zoals het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg in een aantal zaken hebben bevestigd [100].

(265) Wanneer, zoals in het onderhavige geval, een marktdeelnemer over een sterke marktpositie beschikt, vormt exclusieve afname (of dit nu het doel of het gevolg is van de door deze marktdeelnemer gesloten overeenkomsten [101]) een onaanvaardbare belemmering voor de toegang tot die markt en voor de daadwerkelijke mededinging op de markt in de zin van artikel 3, onder g), van het EG-Verdrag [102]. De vrieskistovereenkomsten van HB met verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken, hebben tot gevolg dat een zeer groot aantal detailhandelaren [103] (ongeveer 40 % van alle verkooppunten op de relevante markt, die goed zijn voor ongeveer 40 % van de omzet van impulsijs op de relevante markt; zie de overwegingen 156 en 184) de vrijheid verliest om consumptie-ijs van concurrerende aanbieders in voorraad te hebben en ter verkoop aan te bieden. Deze detailhandelaren wenden zich op basis van de overeenkomsten voor alle bevoorradingsbehoeften tot HB. De toegang voor andere aanbieders tot de relevante markt wordt hierdoor bemoeilijkt. De gevolgen van een vrieskistovereenkomst met een exclusiviteitsbeding zijn in deze omstandigheden dezelfde als die van enige andere maatregelen van een dominerende aanbieder die zijn concurrenten belet zaken te doen met de betrokken afnemer [104]. Hoewel het begrip misbruik objectief is, kan worden opgemerkt dat HB zich hier niet alleen van bewust was, maar haar vrieskistovereenkomsten ook een gericht uitsluitingseffect heeft gegeven (zie overweging 64 e.v.).

(266) Aangezien HB de detailhandelaren onder de in overweging 263 beschreven omstandigheden ertoe heeft aangezet haar exclusiviteit te verlenen, gedraagt zij zich anders dan gebruikelijk is bij een normale mededinging ten aanzien van consumptie-

[99] Zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 91.

[100] Zaken 85/76, Hoffmann-La Roche, C-62/86, AKZO, en T-65/89, BPB en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389.

[101] Zaken 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 91, en 322/81, Michelin, r.o. 70.

[102] Hoffmann-La Roche, r.o. 89; BPB en BG, r.o. 68 (reeds aangehaald).

[103] In zaak T-65/89, BPB en British Gypsum, r.o. 68, verklaarde het Gerecht dat „... het sluiten van exclusieve afnameovereenkomsten met betrekking tot een aanzienlijk gedeelte van de aankopen een onaanvaardbare belemmering voor de toegang tot die markt vormt".

[104] Zaken 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 89; 322/81, Michelin, r.o. 70; C-62/86, AKZO, r.o. 149; T-65/89, BPB en British Gypsum, reeds aangehaald, en C-393/92, NV Energiebedrijf IJsselmij, Jurispr. 1994, blz. I-1477, r.o. 44.

goederen. Deze handelwijze is aantrekkelijk voor detailhandelaren, en komt neer op een stimulans, vanwege het algemene gemak daarvan, en met name vanwege het feit dat HB tevens zorgdraagt voor het onderhoud van de vrieskist, alsmede omdat detailhandelaren zich in dit opzicht geen zorgen hoeven te maken over hun kapitaalbehoeften, en evenmin over het risico dat een dergelijke investering met zich brengt. Ook krijgen de detailhandelaren hierdoor de beschikking over een vrieskist waarvan de kosten de schaalvoordelen van HB bij het verlenen van deze dienst weerspiegelen, omdat geen enkele individuele detailhandelaar deze kosten zou kunnen evenaren wanneer hij ervoor zou kiezen een eigen vrieskist te kopen. Deze praktijk gaat echter ten koste van de vrijheid van de detailhandelaren om aanbieders te kiezen op basis van de kwaliteit van de aangeboden producten. De exclusiviteit die het gevolg is van deze aansporing is niet alleen schadelijk voor de concurrenten van HB op de relevante markt, omdat marktpenetratie en expansie hierdoor moeilijker worden, maar is ook strijdig met de belangen van de detailhandelaren en uiteindelijk de consument. De detailhandelaren verliezen immers hun vrije keuze ten aanzien van de producten die zij willen aanbieden en het optimale gebruik van de ruimte, en de consumenten beschikken over een geringere keuze aan producten die zij kunnen kopen. HB maakt derhalve misbruik van haar machtspositie in de zin van artikel 86 ([105]).

(267) HB heeft aangevoerd, dat vrieskistovereenkomsten normaal handelsgebruik zijn op de voor deze procedure relevante markt en dus geen misbruik in de zin van artikel 86 vormen. Het is mogelijk dat dergelijke overeenkomsten gebruikelijk zijn op de relevante markt en dat zij voordelig zijn voor beide partijen, omdat de aanbieder hierdoor verzekerd is van een minimumomzet en de detailhandelaar zekerheid van bevoorrading heeft en het voordeel van de geboden faciliteit geniet. Deze overwegingen, die bij een normale mededinging op de markt geldig kunnen zijn, kunnen niet zonder voorbehoud worden aanvaard voor een markt waar de mate van mededinging reeds verflauwd is door de sterke marktpositie van een onderneming. Op een onderneming met een machtspositie rust een bijzondere verantwoordelijkheid om geen inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt ([106]).

(268) Voorts heeft HB verklaard, dat een verbod op de vrieskistovereenkomsten op basis van artikel 86 erop zou neerkomen dat zij wordt veroordeeld tot het schaden van haar eigen belangen en wordt gestraft voor het enkele feit dat zij een machtspositie heeft. In dit verband wijst zij op het standpunt van het Gerecht van eerste aanleg, dat het enkele feit dat een onderneming in een machtspositie overeenkomsten sluit die de mededinging beperken, niet per se neerkomt op misbruik in de zin van artikel 86 ([107]). Beklemtoond dient te worden, dat in dit opzicht voor het doel van de toepassing van artikel 86 rekening moet worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overeenkomsten worden gesloten, en met name met de gevolgen van deze overeenkomsten voor de structuur van de mededinging op de relevante markt, zoals is gedaan in de overwegingen 264 tot en met 266.

(269) HB heeft aangevoerd dat de exclusiviteitsclausule in haar vrieskistovereenkomsten gerechtvaardigd is om haar eigendom te beschermen tegen gebruik door andere aanbieders. In dit verband is HB van mening dat in het licht van het Gemeenschapsrecht aspecten van eigendomsrechten, zoals contractuele bedingen, bij uitzondering kunnen worden aangemerkt als misbruik, wanneer zij kunnen worden omschreven als „onbillijk" ([108]). HB is evenwel van mening dat de gebruikelijke voorwaarden van haar vrieskistovereenkomsten, met inbegrip van de exclusiviteitsvoorwaarde, niet als „onbillijk" kunnen worden aangemerkt.

(270) Afgezien van de eerder vermelde argumenten over de uitoefening van het eigendomsrecht in de context van artikel 85 (zie de overwegingen 211 tot en met 220), moet worden opgemerkt dat de detailhandelaren huur betalen, die begrepen is in de prijs van het consumptie-ijs, voor de apparatuur die HB hun ter beschikking stelt. Onder deze omstandigheden kan een bijkomende exclusiviteitsverplichting met betrekking tot het gebruik van de eigendom door de huurder niet worden gerechtvaardigd met een beroep op eigendomsrechten. De exclusiviteit is uitsluitend in het voordeel van de aanbieder en gaat ten koste van de keuzevrijheid van de detailhandelaar; in dit opzicht kan de exclusiviteit als onbillijk worden aangemerkt. HB gebruikt haar eigendom als lok-

([105]) Zaken 85/76, Hoffmann-La Roche, r.o. 89, en C-62/86, AKZO, r.o. 149.
([106]) Zaken 322/81, Michelin, r.o. 57, en T-65/89, BPB en British Gypsum, r.o. 67.
([107]) Zaak T-51/89, Tetra Pak, r.o. 24.
([108]) Zaak 247/86, Alsatel, Jurispr. 1988, blz. 5987, r.o. 10.

middel om exclusiviteit te verkrijgen bij de afname van goederen, welk gebruik op zich al misbruik vormt in de zin van artikel 86 ([109]).

3. *Gevolgen voor de handel tussen lidstaten*

(271) Het misbruik dat HB van haar machtspositie maakt, heeft waarschijnlijk een ongunstige invloed op de handel tussen lidstaten, zulks op dezelfde wijze als in verband met artikel 85 is beschreven (zie overweging 201).

IV. ARTIKEL 3 VAN VERORDENING NR. 17

(272) In reactie op de verzoeken van Mars en Valley, en in antwoord op het verzoek van HB om een negatieve verklaring, subsidiair ontheffing, voor haar distributieovereenkomsten, concludeert de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 dat, in Ierland en voor via de detailhandel verkochte afzonderlijk verpakte porties consumptie-ijs,

a) het exclusiviteitsbeding in de vrieskistovereenkomsten die HB heeft gesloten met verkooppunten die uitsluitend over HB-vrieskisten beschikken, een inbreuk op artikel 85, lid 1, vormt;

en

b) de wijze waarop HB detailhandelaren die niet over eigen of door andere aanbieders dan HB verstrekte vrieskisten beschikken, ertoe aanzet vrieskistovereenkomsten op basis van exclusiviteit te sluiten, door deze detailhandelaren zonder rechtstreekse vergoeding vrieskisten ter beschikking te stellen en daarvan het onderhoud te verzorgen, neerkomt op een inbreuk op artikel 86.

(273) De in overweging 272, onder a), bedoelde vrieskistovereenkomsten, die het exclusiviteitsbeding bevatten, zijn nog steeds van kracht. Ook biedt HB nog steeds vrieskisten aan op de onder b) beschreven wijze. De Commissie verplicht HB derhalve op grond van artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 ertoe aan deze inbreuken een einde te maken. Voorts verlangt de Commissie van HB dat deze de partijen waarmee zij de onder a) bedoelde overeenkomsten heeft gesloten, meedeelt dat elk van deze overeenkomsten nietig is, en dat de wijze waarop HB hen ertoe aanzet deze overeenkomsten te sluiten, neerkomt op misbruik van een machtspositie in strijd met artikel 86.

(274) HB heeft zich op het standpunt gesteld, dat de Commissie door de voortzetting van de onderhavige procedure niet in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel handelt, zoals dit voor het mededingingsrecht concreet is verwoord in de bekendmaking van 13 februari 1993 betreffende samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties ([110]). HB heeft aangevoerd, dat de onderhavige zaak, die betrekking heeft op de Ierse markt, reeds volledig is geanalyseerd en beoordeeld door het Ierse High Court (zie overweging 3), dat heeft geoordeeld dat noch artikel 85, noch artikel 86 was geschonden.

(275) Vrieskistexclusiviteit is een contractuele praktijk die door de meerderheid van ijsproducenten in alle delen van de Gemeenschap wordt toegepast. De rechtmatigheid van deze praktijk wordt niet alleen bestreden door de beide klaagsters in de onderhavige zaak, maar ook door Mars in een aanvullende klacht met betrekking tot de Duitse markt. De vrieskistexclusiviteit op de markt voor impulsijs in het Verenigd Koninkrijk vormde onlangs het voorwerp van een verslag van de Monopolies and Mergers Commission ([111]). Ten slotte heeft een Duitse ijsproducent standaardvrieskistovereenkomsten bij de Commissie aangemeld. De Commissie is verplicht haar standpunt ten aanzien van dergelijke aanmeldingen kenbaar te maken. Onder deze omstandigheden is een beschikking van de Commissie passend, om te verzekeren dat de mededingingsregels van de Gemeenschap op consistente wijze worden toegepast op de uiteenlopende vormen van exclusiviteit die door producenten van consumptie-ijs in de gehele Gemeenschap worden gebezigd.

(276) In haar bekendmaking van 13 februari 1993 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties verklaarde de Commissie dat er doorgaans niet voldoende gemeenschappelijk belang is om een zaak te onderzoeken wanneer de klaagster afdoende bescherming van haar rechten kan verkrijgen bij de nationale rechterlijke instanties (althans wanneer deze

([109]) Zie in dit verband Beschikking 88/589/EEG van de Commissie van 4 november 1988, London-European/Sabena, PB L 317 van 24.11.1988, blz. 47, en de beschikking van de Commissie van 11 juni 1992, B&I/Sealink, niet gepubliceerd, mededingingsverslag 1992, nr. 219 en 5 C.M.L.R. 255 uit 1992.

([110]) PB C 39 van 13.2.1993, blz. 6.

([111]) Report on the supply in the UK of ice cream for immediate consumption, april 1994.

instanties tezelfdertijd de vraag krijgen voorgelegd ([112]). De Commissie is voornemens zich te concentreren op procedures die een bijzonder politiek, economisch of juridisch belang voor de Gemeenschap hebben.

(277) Wanneer een zaak een dergelijk belang voor de Gemeenschap heeft, kan de Commissie zelf optreden, ook al is de zaak reeds bij een nationale rechter aanhangig gemaakt. Bij de beslissing om al dan niet zelf op te treden, weegt de overweging dat de zaak voor de Gemeenschap van belang is zwaarder dan de overweging dat de betrokken klaagster wellicht in staat is via nationale procedures genoegdoening te krijgen of de zaak reeds aanhangig heeft gemaakt.

(278) De onderhavige zaak is van bijzonder politiek, economisch en juridisch belang voor de Gemeenschap, omdat deze betrekking heeft op fundamentele vraagstukken betreffende handelspraktijken die in de gehele Gemeenschap worden aangetroffen, niet alleen op de markt voor consumptie-ijs, maar ook (zoals HB zelf heeft opgemerkt) op vele andere markten waar de aanbieders apparatuur ter beschikking stellen van wederverkopers in verband met de verkoop van goederen. Deze zaak behoort derhalve tot de categorie die de Commissie zelf zal blijven onderzoeken, zelfs wanneer nationale rechterlijke instanties zich hierover reeds hebben uitgesproken.

(279) In zijn uitspraak van 28 mei 1992 (zie overweging 3) verwees het Ierse High Court naar de beschikkingen van de Commissie van 25 maart 1992 houdende voorlopige maatregelen ([113]). Het High Court heeft tevens overwogen om contact op te nemen met de Commissie, alsmede om overeenkomstig artikel 177 van het EG-Verdrag een prejudiciële vraag te richten tot het Hof van Justitie. Met gebruikmaking van haar beslissingsbevoegdheid in dit verband concludeerde het High Court dat geen van beide opties noodzakelijk was om in de zaak een beslissing te kunnen geven. Het is niet in strijd met de beginselen die ten grondslag liggen aan de samenvallende bevoegdheden van de nationale rechterlijke instanties en de Commissie voor de toepassing van artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het Verdrag dat de Commissie een beschikking geeft die verschilt van een uitspraak van een nationale rechter, vooropgesteld dat de zaak een voldoende gemeenschappelijk belang vertegenwoordigt. Zoals reeds opgemerkt, bestaat dit belang in de onderhavige zaak in de beantwoording van fundamentele vraagstukken betreffende handelspraktijken die in de gehele Gemeenschap voorkomen.

([112]) Zie zaak T-24/90, Automec II, Jurispr. 1992, blz. II-2223.
([113]) Beschikkingen in zaken IV/31.533 en IV/34.072, Schöller en Langnese-Iglo.

(280) Wat HB's zorg over tegenstrijdige uitspraken betreft, en de rechtsonzekerheid die hiervan het gevolg zou zijn, moet worden opgemerkt dat het aan het Hof van Justitie staat om een definitieve uitlegging aan de betrokken Verdragsartikelen te geven. Elke beschikking van de Commissie is onderworpen aan de rechterlijke controle van het Gerecht van eerste aanleg en, in laatste instantie, op rechtsgronden, van het Hof van Justitie. Op grond van artikel 177 van het Verdrag kan ook het Ierse Supreme Court, waar een beroep tegen de uitspraak van het High Court aanhangig is, het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing verzoeken,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

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

Artikel 2

Het verzoek van Van den Bergh Foods Limited om ontheffing van het in artikel 1 omschreven exclusiviteitsbeding op grond van artikel 85, lid 3, wordt hierbij afgewezen.

Artikel 3

Van den Bergh Foods Limited maakt inbreuk op artikel 86 van het EG-Verdrag, doordat zij detailhandelaren in Ierland die geen eigen of door een andere producent van consumptie-ijs dan Van den Bergh Foods Limited beschikbaar gestelde vrieskist(en) bezitten, aanzet tot het sluiten van vrieskistovereenkomsten op voorwaarde van exclusiviteit, door deze detailhandelaren aan te bieden zonder enige directe vergoeding een of meer vrieskisten voor de opslag van afzonderlijk verpakte porties impulsijs beschikbaar te stellen en het onderhoud van deze vrieskist(en) te verzorgen.

Artikel 4

Van den Bergh Foods Limited wordt hierbij verplicht onmiddellijk een einde te maken aan de in de artikelen 1 en 3 omschreven inbreuken en zich te onthouden van enige maatregel die eenzelfde doel of gevolg heeft.

Artikel 5

Van den Bergh Foods Limited wordt hierbij verplicht, binnen drie maanden na kennisgeving van deze beschikking de detailhandelaren met wie zij thans vrieskistovereenkomsten heeft die in de in artikel 1 beschreven zin een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag vormen, van de volledige bewoordingen van de artikelen 1 en 3, alsmede van de nietigheid van deze exclusiviteitsbedingen in kennis te stellen.

Artikel 6

Deze beschikking is gericht tot:

Van den Bergh Foods Limited
Whitehall Road
Rathfarnham
IRL-Dublin 14.

Gedaan te Brussel, 11 maart 1998.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie