BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

7 juli 1998 *

In zaak T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, voorheen HB Ice Cream Ltd, vennootschap naar Iers recht, gevestigd te Dublin, vertegenwoordigd door M. Nicholson en M. Rowe, Solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Elvinger, Hoss en Prussen, advocaten aldaar, Place Winston Churchill 2,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. Doherty en W. Wils, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (IV/34.073, IV/34.395 en IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited),

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

de navolgende

Beschikking

Procesverloop

1 Bij op 21 april 1998 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Van den Bergh Foods Ltd (hierna: „Van den Bergh"), voorheen HB Ice Cream Ltd (hierna: „HB Ice Cream"), krachtens artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (IV/34.073, IV/34.395 en IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited).

2 Bij op diezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte heeft zij krachtens artikel 185 van het Verdrag verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van deze beschikking totdat het Gerecht zich ten gronde heeft uitgesproken en, subsidiair, krachtens artikel 186 van het Verdrag om alle andere billijke en passende maatregelen.

3 Bij op 4 respectievelijk 11 mei 1998 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschriften hebben Master Foods Ltd, handelend onder de naam Mars Ireland and Masterfoods (hierna: „Mars"), vennootschap naar Iers recht, gevestigd te Dublin, vertegenwoordigd door P. G. H. Collins, Solicitor, en Treats Frozen Confectionery Ltd (hierna: „Treats"), vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Leeds (Engeland), vertegenwoordigd door A. Bell, Solicitor, beide domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Loesch en Wolter, Rue Goethe 11, verzocht om toelating tot interventie in deze procedure ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

4 De verzoeken om toelating tot interventie zijn overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering aan de partijen in de hoofdzaak betekend.

5 Bij op 14 mei 1998 ter griffie van het Gerecht ingeschreven faxbericht heeft Van den Bergh verklaard, geen bezwaar te hebben tegen de interventie van Mars, doch wel tegen die van Treats, omdat zij onvoldoende belang heeft bij de uitkomst van het geding. Zij heeft gevraagd, de partijen die om toelating tot interventie hebben verzocht, slechts gedeelten van haar verzoekschrift en van de bestreden beschikking te doen toekomen. Hiertoe heeft zij een opsomming gegeven van de informatie die haars inziens een geheim of vertrouwelijk karakter heeft.

6 De Commissie heeft op 13 mei 1998 haar schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend. Bij op 20 mei 1998 ingeschreven afzonderlijke akten heeft zij verklaard geen bezwaar te hebben tegen de beide interventies. Met betrekking tot het verzoek om vertrouwelijke behandeling heeft zij een aantal voorbehouden gemaakt.

7 Bij brieven van 27 mei 1998 heeft de griffie van het Gerecht verzoeksters tot interventie verzocht ter terechtzitting aanwezig te zijn en heeft het hun de niet-vertrouwelijke versie van het verzoek in kort geding alsmede de opmerkingen van de Commissie over dit verzoek toegezonden.

8 Partijen zijn op 9 juni 1998 in hun mondelinge opmerkingen gehoord.

9 Bij faxberichten van 12 en 25 juni 1998, respectievelijk 23 en 24 juni 1998, hebben Mars en verzoekster de griffie van het Gerecht informatie over de voor de Supreme Court (Ierland) aanhangige procedure gezonden. Die stukken zijn aan de andere partijen meegedeeld.

De feiten van het geding

10 Van den Bergh, een 100 % dochtermaatschappij van Unilever NV/plc, is de belangrijkste Ierse ijsproducent, met name van ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie. Zij stelt in Ierland vrieskisten ter beschikking van de verkooppunten die haar ijs verkopen, onder voorwaarde dat die vrieskisten uitsluitend voor dat ijs worden gebruikt.

11 In maart 1990 stelde Mars bij de High Court beroep in, teneinde met name te doen vaststellen, dat de exclusiviteitsclausule in de overeenkomsten waarbij de vrieskisten van HB Ice Cream ter beschikking werden gesteld, ingevolge het nationale recht en de artikelen 85 en 86 van het Verdrag nietig was. HB Ice Cream diende een afzonderlijke vordering in ter verkrijging van een rechterlijk verbod aan Mars, de detaillisten aan te moedigen de exclusiviteitsvoorwaarden van die overeenkomsten te schenden. In april 1990 wees de High Court in de loop van die procedure de vordering van HB Ice Cream toe en stelde zij voorlopige maatregelen vast.

12 Op 28 mei 1992 sprak de High Court zich ten gronde over de twee vorderingen uit. Zij verwierp het beroep van Mars, omdat zij het beleid inzake exclusief gebruik van vrieskisten van HB Ice Cream noch in strijd met de nationale noch met de communautaire mededingingsregels achtte. Voorts gaf zij ten gunste van HB Ice

Cream een definitieve beschikking houdende verbod aan Mars, de detaillisten aan te moedigen haar ijs in de vrieskisten van HB Ice Cream te bewaren.

13 Op 4 september 1992 ging Mars van het vonnis van de High Court in hoger beroep. Tijdens de mondelinge behandeling voor de Supreme Court op 10 juni 1998 maakte deze rechterlijke instantie haar voornemen kenbaar, het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag een prejudiciële vraag voor te leggen, daar zij van mening was, dat in het bij haar aanhangig geding vragen over de uitlegging van het Verdrag rezen. Zij wees er voorts op, dat het bevel van de High Court tijdens het onderzoek van het hoger beroep niet zou worden ingetrokken.

14 Gelijktijdig met de procedure voor de Ierse rechterlijke instanties diende Mars op 18 september 1991 op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), bij de Commissie een klacht in tegen HB Ice Cream. Die klacht hield in, dat HB Ice Cream aan een groot aantal detaillisten vrieskisten leverde die uitsluitend voor producten van dat merk mochten worden gebruikt.

15 Op 29 juli 1993 verklaarde de Commissie in een aan HB Ice Cream gezonden mededeling van punten van bezwaar, dat haar distributiestelsel in strijd was met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

16 Na gesprekken met de Commissie diende HB Ice Cream, hoewel zij het standpunt van de Commissie betwistte, voorstellen in om in aanmerking te komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Die voorstellen werden op 8 maart 1995 aan de Commissie gezonden, die zich in een persbericht van 10 maart 1995 op het standpunt stelde, dat de voorgestelde wijzigingen op het eerste gezicht de verlening van een ontheffing mogelijk maakten. Vervolgens werd op 15 augustus 1995 een bekendmaking uit hoofde van artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB C 211, blz. 4).

17 Van oordeel, dat de uiteindelijk aangebrachte wijzigingen niet de verwachte resultaten in termen van vrije toegang tot de verkooppunten hadden opgeleverd, zond de Commissie HB Ice Cream op 22 januari 1997 een nieuwe mededeling van punten van bezwaar, waarover HB Ice Cream opmerkingen indiende.

18 Bij de bestreden beschikking van 11 maart 1998 verklaart de Commissie

— dat de exclusiviteitsclausule, opgenomen in de overeenkomsten inzake de levering van vrieskisten die in Ierland tussen Van den Bergh en de detaillisten waren gesloten, voor vrieskisten geplaatst in verkooppunten die voor de opslag van individueel verpakt ijs voor onmiddellijke consumptie uitsluitend beschikken over door Van den Bergh geleverde apparatuur en die noch over hun eigen vrieskist noch over (een) vrieskist(en) van een andere ijsproducent beschikken, een inbreuk vormt op de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (artikel 1);

— dat het door Van den Bergh krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag ingediende verzoek om een ontheffing voor de in artikel 1 bedoelde exclusiviteitsclausule wordt afgewezen (artikel 2);

— dat het feit dat Van den Bergh de Ierse detaillisten die noch over een eigen vrieskist noch over een vrieskist van een andere ijsproducent beschikken, aanmoedigt om partij te worden bij overeenkomsten inzake de levering van vrieskisten waarin een exclusiviteitsbepaling is opgenomen, door hun voor te stellen vrieskisten te leveren voor de opslag van individueel verpakt ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie, en het onderhoud daarvan te verzorgen zonder dat dit voor hen directe kosten meebrengt, een inbreuk vormt op de bepalingen van artikel 86 van het Verdrag (artikel 3);

— dat Van den Bergh de in de artikelen 1 en 3 bedoelde inbreuken onmiddellijk dient te beëindigen en geen maatregelen mag nemen die hetzelfde doel of gevolg hebben (artikel 4);

— dat Van den Bergh de detaillisten met wie zij thans gebonden is door overeenkomsten inzake de levering van vrieskisten, die in artikel 1 als strijdig met de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn aangemerkt, binnen drie maanden na de betekening van de beschikking op de hoogte dient te stellen van de volledige tekst van de artikelen 1 en 3 en hun moet meedelen, dat de betrokken exclusiviteitsclausules van nul en gener waarde zijn (artikel 5).

19 De beschikking bevat een juridische analyse waarop de Commissie de toepassing van artikel 85 van het Verdrag baseert.

20 Zij merkt in het bijzonder op (punt 157 van de beschikking), dat

„een leverancier die zijn ijs voor onmiddellijke consumptie wil gaan verkopen op een verkooppunt (dat wil zeggen een nieuwkomer op dit verkooppunt) waar ten minste reeds één voor een andere leverancier gereserveerde vrieskist aanwezig is, dit alleen kan doen op voorwaarde dat dit verkooppunt over een vrieskist beschikt waarvoor geen exclusiviteitsvoorwaarde geldt (...), of dat hij de detaillist kan overtuigen een ter plaatse gereserveerde vrieskist te vervangen of een extra vrieskist te plaatsen, naast de gereserveerde vrieskist(en)".

21 Op basis van een marktonderzoek achtte zij het onwaarschijnlijk (punten 153-183 van de beschikking), dat de detaillisten een van die maatregelen treffen. Zij leidt hieruit af, dat de betrokken verkooppunten in feite aan verzoekster gebonden zijn (punt 184 van de beschikking).

22 Voorts wordt in de beschikking vastgesteld, dat de overeenkomsten niet in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, aangezien zij niet bijdragen tot een verbetering van de distributie van de producten (punten 222-238), de consumenten geen gelijkwaardig deel van de daaruit voortvloeiende

winst geven (punten 239 en 240), niet noodzakelijk zijn ter verkrijging van de aangevoerde voordelen (punt 241) en HB Ice Cream de mogelijkheid laten, de mededinging op de betrokken markt voor een groot deel uit te schakelen (punten 242-246).

23 Aangaande de toepassing van artikel 86 van het Verdrag is de Commissie van mening, dat verzoekster op de Ierse markt van individueel verpakt en voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs een machtspositie heeft.

24 Zij stelt (punt 263):

„[HB Ice Cream] maakt in die zin misbruik van haar machtspositie op de betrokken markt, dat zij detaillisten (...) die voor de opslag van voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs niet beschikken over een eigen vrieskist of over een vrieskist van een andere ijsleverancier dan [HB Ice Cream], aanmoedigt overeenkomsten inzake de terbeschikkingstelling van vrieskisten te aanvaarden waarin een exclusiviteitsvoorwaarde is opgenomen. Deze schending van artikel 86 heeft de vorm van een aanbod de detaillisten vrieskisten te leveren alsmede die te onderhouden, zonder dat dit voor hen directe kosten meebrengt."

In rechte

De verzoeken tot interventie

25 De verzoeken tot interventie van Mars respectievelijk Treats moeten afzonderlijk worden onderzocht.

26 Aangaande het verzoek van Mars moet worden vastgesteld, dat met de bestreden beschikking de administratieve procedure is beëindigd die de Commissie had ingeleid naar aanleiding van de door Mars op 18 september 1991 ingediende klacht, dat de levering, door HB Ice Cream, aan een groot aantal detaillisten van vrieskisten waarvoor een exclusiviteitsclausule geldt, en de voorwaarden waaronder de vrieskisten ter beschikking van de detaillisten werden gesteld, haar door een beperking van de mededinging de toegang tot de detailverkooppunten beletten om haar voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs in Ierland te distribueren. Voorts staat vast, dat Mars actief heeft deelgenomen aan de administratieve procedure voor de Commissie. Ten slotte heeft het voor de nationale rechter nog steeds aanhangige geding tussen verzoekster en Mars, gelijk eerstgenoemde in haar stukken zelf heeft beklemtoond, betrekking op de wettigheid, ten opzichte van de communautaire mededingingsregels, van de exclusiviteitsclausule in de overeenkomsten inzake de terbeschikkingstelling van vrieskisten van HB Ice Cream in Ierland.

27 Onder deze omstandigheden heeft Mars belang bij haar interventie in dit kort geding ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

28 Treats, de andere verzoekster tot interventie, voert in wezen twee gronden aan voor haar stelling, dat zij belang heeft bij de beslissing van het geding. In de eerste plaats is zij in Groot-Brittannië en Noord-Ierland actief op de markt van voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs en heeft zij gedurende vele jaren geprobeerd op de Ierse markt door te dringen. Die pogingen zijn echter vergeefs geweest als gevolg van het grote aantal detaillisten die gebonden zijn door de exclusiviteitsclausule in de met verzoekster gesloten overeenkomsten inzake de levering van vrieskisten. In de tweede plaats heeft Treats deelgenomen aan de administratieve procedure voor de Commissie.

29 Verzoekster voert hiertegen aan, dat zij niet op de hoogte is van enige serieuze poging van Treats om door te dringen op de Ierse markt van voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs, en dat die vennootschap daarom niet kan stellen belang te hebben bij de beslissing van een geding betreffende die markt. Bovendien heeft Treats enkel in beperkte mate deelgenomen aan de administratieve procedure voor

de Commissie en na maart 1995 geen belangstelling meer getoond. Ten slotte ligt het eventuele belang van Treats in de redenering die tot de beschikking heeft geleid, en niet in de beslissing van het geding.

30 Opgemerkt zij echter, dat, gelijk Treats in haar mondelinge opmerkingen heeft uiteengezet, haar verkoop aan Ierse groothandelaren tussen 1994 en 1997 is verdrievoudigd en dat haar distributeur in Noord-Ierland begonnen is op de Ierse markt te verkopen. Bovendien hebben de verkopen van Treats op de Ierse markt voornamelijk betrekking op voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs.

31 Onder deze omstandigheden moet worden erkend, dat Treats voldoende belang heeft bij haar interventie in dit kort geding ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

Het verzoek om vertrouwelijke behandeling

32 In het stadium van het kort geding moet het verzoek van Van den Bergh om vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie worden ingewilligd, aangezien die informatie op het eerste gezicht als geheim of vertrouwelijk in de zin van artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering kan worden aangemerkt.

Het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging

33 Op grond van artikel 185 van het Verdrag juncto artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de

omstandigheden zulks vereisen, de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling gelasten.

34 Artikel 104, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering preciseert, dat een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging slechts kan worden ontvangen, indien de verzoeker tegen die handeling beroep heeft ingesteld bij het Gerecht. Artikel 104, lid 2, bepaalt, dat een dergelijk verzoek een duidelijke omschrijving moet bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen feitelijk en rechtens, op grond waarvan de maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (fumus boni juris). Voorts moet de gevraagde maatregel voorlopig zijn in die zin, dat zij niet vooruitloopt op de rechtspunten of feitelijke punten in geding, noch de gevolgen van de later in het hoofdgeding te nemen beslissing bij voorbaat ongedaan maakt (beschikking van de president van het Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22).

35 Onderzocht moet worden, of in casu aan die voorwaarden is voldaan.

Argumenten van partijen

36 Verzoekster herinnert eraan, dat zij in haar beroep in de hoofdzaak de nietigverklaring van de litigieuze beschikking vordert, voor zover de Commissie daarin een schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag vaststelt.

37 In dit verband stelt zij in het bijzonder, dat de bestreden beschikking kennelijke feitelijke beoordelingsfouten bevat, die tot rechtsdwalingen hebben geleid. Zij betwist de stelling van de Commissie, dat de exclusiviteitsclausule in de overeenkomsten inzake de terbeschikkingstelling van vrieskisten leidt tot een afscherming van de Ierse markt van ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie.

38 De Commissie is er in het bijzonder ten onrechte van uitgegaan, dat alle detaillisten die enkel over vrieskisten van HB Ice Cream beschikken, „feitelijk gebonden" zijn en dat de Ierse markt van ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie daadwerkelijk „afgegrendeld" is.

39 Aangaande de feitelijke binding betoogt verzoekster, dat de overeenkomsten inzake de terbeschikkingstelling van vrieskisten in de praktijk zonder voorafgaande kennisgeving door de detaillist kunnen worden opgezegd. Deze kan dan besluiten de door HB Ice Cream ter beschikking gestelde vrieskist te vervangen door een eigen vrieskist of door een vrieskist van een andere leverancier, dan wel door twee kleinere vrieskisten, waarvan er één of ook beide van een andere onderneming dan HB Ice Cream kunnen zijn. Bovendien heeft de detaillist die over een door haar geleverde vrieskist beschikt, altijd de mogelijkheid een tweede vrieskist te plaatsen. De Commissie heeft de mogelijkheden van de detaillisten om de aan HB Ice Cream toebehorende vrieskisten te vervangen of extra vrieskisten te plaatsen, dus verkeerd beoordeeld. Haar conclusie (in punt 184 van de beschikking), dat de verkooppunten die uitsluitend over een (of meer) vrieskist(en) van verzoekster beschikken, „door een exclusiviteitsclausule voor de verkoop van ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie feitelijk gebonden kunnen worden geacht [aan HB Ice Cream]", is daarom onjuist.

40 Met betrekking tot de mate van afscherming van de betrokken markt herinnert verzoekster eraan, dat de verkooppunten die uitsluitend over een (of meer) door haar geleverde vrieskist(en) beschikken, volgens de beschikking ongeveer 40 % van de markt en 40 % van de verkopen op de betrokken markt vertegenwoordigen. Deze conclusie is echter onjuist, aangezien rekening is gehouden met verkooppunten die niet in aanmerking moeten worden genomen. Volgens de berekeningen van verzoekster bedraagt de mate van afscherming van de markt ongeveer 6 %.

41 Verzoekster wijst er voorts op, dat bij de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van een verkeerde rechtsopvatting is uitgegaan. Volgens een kwalitatieve benadering van de toepassing van deze bepaling op verticale overeenkomsten, een benadering die de High Court in haar vonnis van 28 mei 1992 reeds heeft gevolgd, kan de in de overeenkomsten met detaillisten voorziene exclusiviteit niet binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Een kwantitatieve benadering leidt tot dezelfde conclusie. In casu is de concrete beperking van de

mededinging in de zin van de rechtspraak immers onvoldoende om artikel 85, lid 1, van het Verdrag toe te passen (arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935; arresten Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie, T-7/93, Jurispr. blz. II-1533, en Schöller/Commissie, T-9/93, Jurispr. blz. II-1611).

42 Tevens stelt zij, dat de Commissie met de weigering haar een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen, een beoordelingsfout heeft gemaakt, aangezien de vier cumulatieve voorwaarden van deze bepaling zijn vervuld. De uit de exclusiviteitsclausule voortvloeiende voordelen zouden een dergelijke ontheffing normaliter rechtvaardigen: vermindering van de distributiekosten van ijs, een ruime geografische beschikbaarheid van ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie, schaalvoordelen op het gebied van de aankoop en het onderhoud van vrieskisten, verbetering van de „merchandising", betere zichtbaarheid van het product en bescherming van de kwaliteit van het product. De Commissie heeft eerder zelf toegegeven, dat de exclusiviteit noodzakelijk is om de voordelen voortvloeiende uit de tussen verzoekster en haar detaillisten gesloten overeenkomsten te verkrijgen.

43 Ook bij de toepassing van artikel 86 van het Verdrag op de feiten van de onderhavige zaak heeft de Commissie een beoordelingsfout gemaakt, aangezien zij zich voornamelijk heeft gebaseerd op een vermeende afscherming als gevolg van de overeenkomsten inzake de terbeschikkingstelling van vrieskisten van HB Ice Cream.

44 Aangaande de spoedeisendheid van de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking betoogt verzoekster, dat de aanpassing van die overeenkomsten aan het dispositief van de bestreden beschikking tot gevolg heeft, dat de detaillisten de aan haar toebehorende en door haar onderhouden vrieskisten onmiddellijk of binnen korte tijd zullen vullen met door andere producenten vervaardigd ijs. Dit betekent een financiële schade en een commerciële ontwikkeling die zij nadien onmogelijk kan terugdraaien. Indien de door de beschikking rechtstreeks getroffen detaillisten gewend zijn producten van derden in haar vrieskisten te plaatsen, zal zij later, ingeval de beschikking in de hoofdzaak nietig wordt verklaard, enorme praktische problemen krijgen om de exclusiviteitsbepaling opnieuw op te leggen.

45 Ten slotte weegt verzoekster de betrokken belangen af, dat wil zeggen de schade die haar door de tenuitvoerlegging van de beschikking kan worden berokkend, enerzijds, en het belang van de Commissie om de door haar beweerdelijk vastgestelde schending van de mededingingsregels te beëindigen, anderzijds. In haar schriftelijke opmerkingen beklemtoont zij met name, dat de Supreme Court het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag een prejudiciële vraag kan stellen over de verenigbaarheid met de verdragsregels van de exclusiviteitsclausule in de met de detaillisten gesloten overeenkomsten. Indien de tenuitvoerlegging van de beschikking niet wordt opgeschort, kan dit er bovendien toe leiden, dat de werking van de volledig uitvoerbare beschikking van de High Court in gevaar wordt gebracht, ja zelfs ontdoken kan worden.

46 De Commissie is van mening, dat het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging, voor zover het betrekking heeft op de artikelen 1 tot en met 3 van de beschikking, niet-ontvankelijk is, aangezien die bepalingen niet ten uitvoer kunnen worden gelegd.

47 Voorts herinnert zij aan de bewoordingen van de beschikking en wijst zij erop, dat een exclusiviteitsvoorwaarde voor vrieskisten volgens de beschikking op zich niet strijdig is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. In de bijzondere situatie van de Ierse markt van voor consumptie bestemd ijs kunnen overeenkomsten die zich klaarblijkelijk tot de invoering van een exclusiviteitsvoorwaarde voor vrieskisten beperken, echter tot gevolg hebben, dat de verkooppunten in feite aan een exclusiviteitsclausule worden onderworpen (in die zin arresten Langnese-Iglo/Commissie en Schöller/Commissie, reeds aangehaald). De verkooppunten die feitelijk aan de exclusiviteitsclausule zijn gebonden, vertegenwoordigen ten minste 40 % van de markt en 40 % van de verkopen op de betrokken markt. Essentieel voor haar beoordeling is daarom het economische gevolg van de overeenkomst. In dit verband betwist zij, dat de mate van afscherming van de markt op 6 % kan worden geraamd, gelijk verzoekster stelt.

48 Bovendien stelt zij op geen enkele wijze gebonden te zijn aan het door de High Court in het geding tussen verzoekster en Mars gewezen vonnis, in het kader waarvan het gemeenschapsrecht is toegepast. Dit vonnis is gebaseerd op de situatie in 1992, terwijl de bestreden beschikking rekening houdt met een marktonderzoek uit 1996 en met marktaandelen in 1997. Bovendien heeft verzoekster tussen 1992

en 1997 het door de High Court onderzochte stelsel gewijzigd en heeft de Commissie voor haar beoordeling rekening gehouden met de in 1995 door het Gerecht gewezen arresten Langnese-Iglo/Commissie en Schöller/Commissie (reeds aangehaald).

49 Aangaande de toepassing van artikel 86 van het Verdrag herinnert de Commissie er hoofdzakelijk aan, dat het begrip misbruik een objectief begrip is.

50 Voor het overige betwist de Commissie alle middelen en argumenten van verzoekster. Zij concludeert dat verzoekster, in het licht van de rechtspraak, de fumus boni juris niet heeft aangetoond.

51 Verzoekster heeft noch de spoedeisendheid aangetoond noch de gestelde schade, die zou bestaan in een daling van de verkoop. Met betrekking tot de schade in verband met het voordeel dat de concurrenten van Van den Bergh eraan ontlenen, stelt de Commissie, dat laatstgenoemde haar investering bij de detaillisten op verschillende manieren kan terugkrijgen. Ten slotte blijkt in casu niet, dat verzoekster zonder de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking in een situatie kan komen te verkeren die haar bestaan zelf bedreigt of een definitief verlies van haar marktaandeel betekent (zie, onder meer, beschikking van de president van het Gerecht van 7 november 1995, Eridania e.a./Raad, T-168/95 R, Jurispr. blz. II-2817, punt 42).

52 In haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen heeft Mars betoogd, dat zij er een rechtstreeks belang bij heeft om Van den Bergh op de markt van de betrokken producten te beconcurreren. Haars inziens moet de rechter in kort geding bij zijn beoordeling rekening houden met de belangen van de consumenten, de detaillisten en de leveranciers.

53 Treats is van mening, dat de beschikking onverwijld ten uitvoer moet worden gelegd, teneinde de structurele belemmeringen die de toegang tot de Ierse markt van de betrokken producten blokkeren, uit de weg te ruimen.

Beoordeling door de rechter in kort geding

— *De fumus boni juris*

54 Vastgesteld moet worden, dat partijen het fundamenteel oneens zijn over de reële situatie met betrekking tot de toegang tot de betrokken markt en over de mate van afscherming van die markt. Verzoekster betwist immers, dat de detaillisten die slechts over door haar ter beschikking gestelde vrieskisten beschikken, „feitelijk gebonden" zijn en dat de Ierse markt van ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie daadwerkelijk is „afgegrendeld".

55 Met betrekking tot het tweede discussiepunt beklemtoont verzoekster, dat het feit dat ongeveer 40 % van alle verkooppunten uitsluitend is uitgerust met vrieskisten die zij hun ter beschikking heeft gesteld, niet betekent, dat 40 % van de verkooppunten ontoegankelijk is geworden voor concurrerende leveranciers. Toen zij de mate van afscherming van de markt berekende, heeft de Commissie ten onrechte alle verkooppunten die over ten minste twee aan haar toebehorende vrieskisten beschikken, meegerekend, aangezien dit natuurlijk verkooppunten zijn die over voldoende ruimte beschikken om een vrieskist te plaatsen die aan de detaillist of aan een andere leverancier toebehoort.

56 Beklemtoond moet worden, dat, indien het Gerecht inderdaad zou vaststellen, dat de Commissie bij de beoordeling van de mate van afscherming van de markt een fout heeft gemaakt, dat zeker belang zou hebben voor de beoordeling van de omvang van de beperking van de mededinging op die markt in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

57 Verzoeksters betoog over de mate van afscherming van de markt rechtvaardigt dus een grondig onderzoek. Een dergelijk onderzoek kan echter niet plaatsvinden in het kader van dit kort geding.

58 Daar de verlening van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag afhangt van de beoordeling die eerder op grond van artikel 85, lid 1, plaatsvond, staat het evenmin aan de rechter in kort geding zich uit te spreken over het betoog, dat aan de voorwaarden voor een ontheffing is voldaan.

59 Bovendien blijkt uit een eerste onderzoek van de beschikking, dat de beoordeling van verzoeksters gedraging, door de Commissie verricht op grond van artikel 86 van het Verdrag, zeer nauw verband houdt met de beoordeling krachtens artikel 85, lid 1, van de overeenkomsten die HB Ice Cream voor de distributie van haar voor onmiddellijke consumptie bestemd ijs in Ierland heeft gesloten, overeenkomsten op grond waarvan zij aan de verkooppunten die haar producten in voorraad hebben, onder voorbehoud van exclusiviteit, vrieskisten levert. De beoordeling van de Commissie in de zin van artikel 86 van het Verdrag berust immers op de volgende vaststelling: „Wanneer, zoals in casu, een marktdeelnemer een machtspositie op de markt bezit, vormt de exclusieve levering (of dat nu het doel of het gevolg van de door die marktdeelnemer gesloten overeenkomsten is) een onaanvaardbare belemmering voor de toegang tot die markt (...)" (punt 26 van de beschikking). De stelling dat er sprake is van een exclusieve levering, berust op de overweging, dat het bijzonder moeilijk is de detaillisten ervan te overtuigen hun door HB Ice Cream geleverde vrieskisten te vervangen door een uit andere bron afkomstige vrieskist of nieuwe vrieskisten te plaatsen. Het is echter juist dit uitgangspunt dat verzoekster in geding brengt wanneer zij de beoordeling van de reële situatie met betrekking tot de toegang tot de betrokken markt en de mate van afscherming van die markt betwist, die de Commissie in de beschikking heeft gegeven.

60 Ten slotte blijkt, dat voor de bevoegde nationale rechter een vraag aan de orde is gesteld over de wettigheid, in verband met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, van de exclusiviteitsclausule in verzoeksters overeenkomsten met de detaillisten

inzake de terbeschikkingstelling van vrieskisten. Bij vonnis van 28 mei 1992 heeft deze rechter geoordeeld, dat die exclusiviteitsclausule niet in strijd was met de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag.

61 Gelet op het voorgaande kan niet worden gesteld, dat verzoeksters middelen op het eerste gezicht iedere grondslag missen.

— *De spoedeisendheid*

62 Volgens vaste rechtspraak moet de spoedeisendheid van een verzoek om opschorting worden beoordeeld aan de hand van de vraag, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is om te voorkomen dat de partij die de opschorting vraagt, ernstige en onherstelbare schade lijdt. Met name wanneer het intreden van de schade afhangt van een aantal factoren, volstaat het, dat zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien (zie, met name, beschikking Hof van 29 juni 1993, Duitsland/Raad, C-280/93 R, Jurispr. blz. I-3667, punten 32 en 34).

63 In casu brengt onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking mee, dat de exclusiviteitsclausule voor vrieskisten die in de in artikel 1 van de beschikking bedoelde verkooppunten zijn geplaatst, komt te vervallen. De tenuitvoerlegging impliceert dus, dat een distributiestelsel dat sinds vele jaren op de Ierse markt van kracht is, wordt gewijzigd. Wordt de tenuitvoerlegging van de beschikking niet geschorst, dan zullen de concurrenten van Van den Bergh op de betrokken markt, zoals Mars en Treats, immers onmiddellijk proberen hun producten in de voorheen minder gemakkelijk toegankelijke verkooppunten te verkopen, door die producten in de vrieskisten van verzoekster op te slaan. In dit opzicht is het seizoensgebonden karakter van de betrokken producten, die voornamelijk gedurende de zomerperiode worden verkocht, van belang.

64 Onder deze omstandigheden heeft de wijziging van verzoeksters distributiestelsel als gevolg van het vervallen van de exclusiviteitsclausule een ernstig en onherstelbaar karakter.

65 Enerzijds zal, indien de beschikking door het Gerecht nietig wordt verklaard, voor de vergoeding immers moeilijk kunnen worden vastgesteld, hoe groot de financiële schade van Van den Bergh is, aangezien zij niet voldoende nauwkeurig zal kunnen vaststellen, in hoeverre de vastgestelde vermindering van de verkoop het gevolg is geweest van een sterkere concurrentie op de markt dan wel van het wisselvallige weer in het hoogseizoen.

66 Anderzijds kan de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking een marktontwikkeling teweegbrengen waarvan moet worden aangenomen, dat zij achteraf, indien het beroep in de hoofdzaak slaagt, zeer moeilijk of zelfs in het geheel niet kan worden teruggedraaid. De rechter in kort geding is van oordeel, dat verzoekster in dit verband terecht aanvoert, dat het na de nietigverklaring van de beschikking door het Gerecht voor haar bijzonder moeilijk zal zijn de detaillisten, na een periode van verschillende maanden waarin zij andere, in haar vrieskisten opgeslagen producten hebben verkocht, opnieuw aan de exclusiviteitsclausule te houden.

67 De opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking kan echter tegelijkertijd bijdragen tot consolidatie van de huidige marktstructuur, waardoor de concurrenten van Van den Bergh, waaronder Mars en Treats, wordt belet hun producten te verkopen in verkooppunten van detaillisten die aan de exclusiviteitsclausule zijn gebonden.

68 In een dergelijke situatie feitelijk en rechtens dient de rechter in kort geding de betrokken belangen af te wegen, waaronder het belang van de Commissie om een daadwerkelijke mededinging te herstellen.

69 Zo moet het risico van verzoekster, dat haar distributiestelsel wordt gewijzigd, worden afgewogen tegen het belang van de Commissie om de inbreuk op de communautaire mededingingsregels die zij meent te hebben vastgesteld, onmiddellijk te doen beëindigen. Dienaangaande moet worden beklemtoond, dat de door de Commissie veroordeelde praktijk om in overeenkomsten inzake de levering van vrieskisten een exclusiviteitsclausule op te nemen, een praktijk is die op de betrokken markt sinds lange tijd bestaat. Bovendien valt de lange duur van de administratieve procedure die tot vaststelling van de litigieuze beschikking heeft geleid, ten dele toe te schrijven aan pogingen van de Commissie verzoekster aan te sporen om, met inachtneming van de aan haar kenbaar gemaakte punten van bezwaar, de met de detaillisten gesloten distributieovereenkomsten voor ijs bestemd voor onmiddellijke consumptie te wijzigen. Zo heeft verzoekster na toezending van de eerste mededeling van punten van bezwaar in juli 1993, waarin de Commissie tot de voorlopige conclusie was gekomen, dat het toen bestaande distributiestelsel in strijd was met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, een aantal verplichtingen op zich genomen, die zij in maart 1995 aan de Commissie heeft meegedeeld, teneinde een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verkrijgen. Naar aanleiding van die verplichtingen wilde de Commissie een beschikking krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag geven en publiceerde zij in augustus 1995 een bekendmaking uit hoofde van artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 in het Publicatieblad. Alleen omdat de Commissie van mening was, dat de aangebrachte wijzigingen uiteindelijk niet de verwachte resultaten in termen van toegang tot de verkooppunten hadden opgeleverd, zond zij verzoekster in januari 1997 een nieuwe mededeling van punten van bezwaar. Onder deze omstandigheden kan de Commissie zich niet beroepen op het spoedeisend karakter van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking.

70 Bovendien moet rekening worden gehouden met het feit, dat de nationale rechter bij wie het geding tussen Mars en verzoekster aanhangig is, heeft geoordeeld dat haar distributiestelsel niet in strijd was met de bepalingen van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, en een permanent bevel tegen Mars heeft uitgevaardigd. Dit vonnis van de High Court van 28 mei 1992 wordt thans in hoger beroep door de Supreme Court onderzocht. Van oordeel, dat in de bij haar aanhangige zaak vragen betreffende de uitlegging van het Verdrag rezen, heeft de Supreme Court ter terechtzitting van 10 juni 1998 haar voornemen kenbaar gemaakt, het Hof krachtens artikel 177 van het Verdrag een prejudiciële vraag te stellen, en het permanente verbod tegen Mars niet opgeheven. Op het eerste gezicht blijkt er wat de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag betreft, dus geen eenstemmigheid tussen de Commissie en de nationale rechter te bestaan.

71 Ook al is de Commissie verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging en de oriëntatie van het communautaire mededingingsbeleid, zij heeft geen exclusieve bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 85, lid 1, en 86, aangezien zij haar bevoegdheid tot toepassing van die bepalingen deelt met de nationale rechter (arrest Delimitis, reeds aangehaald, punten 44 en 45). In casu volgt uit deze verdeling van bevoegdheden tot toepassing van de communautaire mededingingsregels, dat de beschikking van de Commissie van 11 maart 1998 tegen het vonnis van de High Court uit 1992 ingaat.

72 Daar een dergelijke tegenstrijdigheid in strijd is met het algemene rechtszekerheidsbeginsel, moeten de negatieve gevolgen ervan zoveel mogelijk worden beperkt. In de zeer bijzondere omstandigheden van de onderhavige zaak moet de voor de nationale rechter ingeleide procedure in afwachting van het arrest van het Gerecht in de hoofdzaak niet in gevaar worden gebracht, te meer daar die rechter enerzijds reeds voornemens is het Hof om een prejudiciële beslissing te vragen teneinde de zaak in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te kunnen behandelen, en anderzijds het permanente bevel niet heeft opgeheven.

73 Gelet op een en ander, kan het belang van de Commissie om de inbreuk te doen beëindigen, niet zwaarder wegen dan verzoeksters belang om het ingevoerde stelsel niet in gevaar te brengen, of het belang om een tegenstrijdigheid in de toepassing van de verdragsbepalingen te vermijden, voordat het Gerecht zich ten gronde heeft kunnen uitspreken.

74 Kortom, de onmiddellijke toepassing van de litigieuze beschikking terwijl de procedure ten gronde aanhangig is, brengt het gevaar mee, dat verzoekster ernstige en onherstelbare schade lijdt en dat een situatie van rechtsonzekerheid ontstaat. Het feit dat de op de markt aanwezige concurrenten van Van den Bergh wegens de vermeende structurele belemmeringen moeilijkheden ondervinden om de distributie van hun producten te verzekeren, kan niet zwaarder wegen dan de aldus vastgestelde risico's.

75 Onder deze omstandigheden is de uitkomst van de belangenafweging, dat de tenuitvoerlegging van de beschikking moet worden opgeschort.

76 Gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak is de rechter in kort geding van oordeel, dat de in punt 74 supra genoemde risico's een fundamenteel bezwaar opleveren tegen onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking waarvan de opschorting is gevraagd, en dat daarom geen rekening moet worden gehouden met het bezwaar van de Commissie, dat die opschorting niet de artikelen 1, 2 en 3 van de beschikking kan betreffen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

1) Master Foods Ltd en Treats Frozen Confectionery Ltd worden toegelaten tot interventie in zaak T-65/98 R ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

2) De door Van den Bergh Foods Ltd ingediende verzoeken om vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie in haar verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging en in de beschikking van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (IV/34.073, IV/34.395 en IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited), worden voor de kortgedingprocedure ingewilligd.

3) De tenuitvoerlegging van deze beschikking van de Commissie wordt geschorst tot de uitspraak van het arrest van het Gerecht in de hoofdzaak.

4) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 7 juli 1998.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf