BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
19 februari 1993 *

In de gevoegde zaken T-7/93 R en T-9/93 R,

Langnese-Iglo GmbH, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Hamburg (Bondsrepubliek Duitsland), vertegenwoordigd door M. Heidenhain, B. M. Maassen en H. Satzky, advocaten te Frankfurt am Main, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Hoss, advocaat aldaar, Côte d'Eich 15,

en

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Neurenberg (Bondsrepubliek Duitsland), vertegenwoordigd door U. Scholz, advocaat te Neurenberg, en R. Bechtold, advocaat te Stuttgart, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Loesch & Wolter, advocaten aldaar, Rue Zithe 8,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. Langeheine, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door A. Böhlke, advocaat te Frankfurt am Main, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, representant van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Mars GmbH, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Viersen (Bondsrepubliek Duitsland), vertegenwoordigd door J. Sedemund, advocaat te Keulen, en J. Pheasant, Solicitor bij Lovell, White & Durrant te Brussel, domicilie gekozen

* Procestaal: Duits.

hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Molitor, advocaat aldaar, Rue des Bains 14 A,

interveniënte,

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikkingen van de Commissie van 23 december 1992 inzake twee procedures op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/34.072 — Langnese-Iglo GmbH en IV/31.533 en IV/34.072 — Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG),

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

De feiten

1 Bij op 19 januari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Langnese-Iglo GmbH (hierna: „Langnese") krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/34.072 — Langnese).

2 Bij op dezelfde datum ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijk verzoekschrift heeft Langnese voorts krachtens de artikelen 185 EEG-Verdrag en 104 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de tot haar gerichte beschikking van de Commissie, totdat het Gerecht uitspraak in de hoofdzaak zal hebben gedaan.

3 Bij op 20 januari 1993 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (hierna: „Schöller") krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/31.533 en IV/34.072 — Schöller).

4 Bij op dezelfde datum ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijk verzoekschrift heeft Schöller voorts krachtens de artikelen 185 EEG-Verdrag en 104 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de tot haar gerichte beschikking van de Commissie, totdat het Gerecht uitspraak in de hoofdzaak zal hebben gedaan.

5 Bij op 3 februari 1993 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschriften heeft Mars GmbH (hierna: „Mars") verzocht om toelating tot interventie in de zaken T-7/93 R en T-9/93 R ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

6 De verzoeken tot tussenkomst zijn overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht aan partijen in de hoofdzaak betekend.

7 Bij op 5 februari 1993 ter griffie van het Gerecht ingeschreven faxbericht heeft Langnese verklaard geen bezwaar te hebben tegen de interventie van Mars. Zij heeft echter verzocht, Mars slechts een bewerkte versie van haar verzoekschrift mee te delen. Hiertoe heeft zij het Gerecht een niet-vertrouwelijke versie van het verzoek in kort geding voorgelegd. Bij op dezelfde datum ter griffie van het Gerecht ingeschreven faxbericht heeft Schöller betoogd, dat het verzoek tot interventie van Mars niet-ontvankelijk is, aangezien het alleen betrekking heeft op de procedure in kort geding en interventie in dat geval volgens haar alleen mogelijk is wanneer de betrokkene voordien is toegelaten tot interventie in de hoofdzaak. Ten overvloede heeft Schöller per gelijke post een verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde, op bladzijde 8 van het verzoek in kort geding vermelde gegevens overgelegd.

8 De Commissie heeft op 3 en 4 februari 1993 opmerkingen ingediend omtrent de verzoeken in kort geding. Bij op 5 februari 1993 ter griffie van het Gerecht ingeschreven faxbericht heeft de Commissie verklaard geen bezwaren te hebben tegen de verzoeken van Mars om toelating tot interventie. Met betrekking tot de verzoeken van Langnese en Schöller om vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken uit het dossier heeft de Commissie uiting gegeven aan haar twijfel over de vraag, of de door verzoeksters aangehaalde passages inderdaad onder het zakengeheim vallen, en zich het recht voorbehouden bij eventuele toelating van Mars tot interventie in de hoofdzaak daaromtrent nadere opmerkingen in te dienen.

9 Bij griffiersbrieven van 5 en 8 februari 1993 heeft het Gerecht Mars uitgenodigd aanwezig te zijn op de terechtzitting, en haar de niet-vertrouwelijke versie van de verzoeken in kort geding en de opmerkingen van de Commissie daaromtrent doen toekomen.

10 Partijen zijn ter terechtzitting van 10 februari 1993 in hun pleidooien gehoord.

11 Voordat wordt overgegaan tot het onderzoek van de gegrondheid van de bij het Gerecht ingediende verzoeken, moet worden herinnerd aan de context van de onderhavige zaken, en in het bijzonder aan de voornaamste feiten die aan de gedingen ten grondslag liggen, zoals deze blijken uit de memories van partijen en hun mondelinge toelichtingen ter terechtzitting van 10 februari 1993.

12 Op 18 september 1991 heeft Mars bij de Commissie een klacht tegen Langnese en Schöller ingediend wegens schending van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, en aangedrongen op het nemen van voorlopige maatregelen ter voorkoming van de ernstige en onherstelbare schade die volgens haar zou voortvloeien uit het feit dat de verkoop van haar consumptie-ijs in Duitsland ernstig zou worden belemmerd door de uitvoering van met de mededingsregels strijdige overeenkomsten die Langnese en Schöller met een groot aantal detailhandelaren hadden gesloten.

13 Bij beschikking van 25 maart 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/34.072 — Mars/Langnese en Schöller — Voorlopige maatregelen) verbood de Commissie Langnese en Schöller bij wijze van voorlopige maatregel, met betrekking tot de consumptie-ijsartikelen „Mars", „Snickers", „Milky Way" en „Bounty", voor zover in individuele porties aan de eindverbruiker aangeboden, contractuele rechten uit door of ten behoeve van hen gesloten overeenkomsten uit te oefenen, voor zover detailhandelaren zich daarbij verbinden uitsluitend consumptie-ijs van deze producenten te kopen, ten verkoop aan te bieden en/of te verkopen. Voorts besloot de Commissie verordening (EEG) nr. 1984/83 van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op exclusieve afnameovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 5), niet toe te passen op de door Langnese gesloten exclusieve overeenkomsten, voor zover dat noodzakelijk was voor de toepassing van bovenbedoeld verbod. Verzoeksters in deze zaak hebben bij het Gerecht twee beroepen tot nietigverklaring van de beschikking (T-24/92 en T-28/92) ingesteld, alsmede twee verzoeken in kort geding tot opschorting van de tenuitvoerlegging ervan (zaken T-24/92 R en T-28/92 R).

14 Bij beschikking van 16 juni 1992 in de zaken T-24/92 R en T-28/92 R (Langnese en Schöller, Jurispr. 1992, blz. II-1839) heeft de president van het Gerecht de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van 25 maart 1992 opgeschort — behalve ten aanzien van de door exclusiviteitsovereenkomsten aan verzoeksters gebonden verkooppunten in tankstations — tot de eindbeschikking van de Commissie in de lopende administratieve procedure of tot het arrest in de hoofdzaak. De president heeft de Commissie voorts opgedragen, toe te zien op de uitvoering van de beschikking en het Gerecht met ingang van 1 juli 1992 maandelijks de gegevens over te leggen die haar door Mars zouden worden verstrekt over door exclusiviteitsovereenkomsten aan verzoeksters gebonden verkooppunten in tankstations, waarmee Mars overeenkomsten voor de verkoop van haar consumptie-ijsartikelen heeft gesloten.

15 Bij de bestreden beschikkingen van 23 december 1992 heeft de Commissie:

— vastgesteld, dat de door Langnese en Schöller met in Duitsland gevestigde detailhandelaren gesloten exclusiviteitsovereenkomsten betreffende de wederverkoop van consumptie-ijs in kleine verpakkingen in strijd zijn met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag (artikel 1);

— het voordeel van de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1984/83 onthouden aan de door Langnese gesloten overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden voor groepsvrijstelling, en een individuele ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag voor de door Schöller gesloten overeenkomsten geweigerd (artikel 2);

— Langnese en Schöller opgedragen binnen drie maanden na de kennisgeving van die beschikkingen de wederverkopers waarmee zij overeenkomsten zoals in artikel 1 bedoeld, hebben gesloten, van de bewoordingen van de artikelen 1 en 2 in kennis te stellen en hen op de nietigheid van de betrokken overeenkomsten te wijzen (artikel 3), en

— het Langnese en Schöller tot en met 31 december 1997 verboden overeenkomsten zoals bedoeld in artikel 1 te sluiten (artikel 4).

Ten gronde

De verzoeken tot tussenkomst

16 De verzoeken tot tussenkomst zijn binnen de gestelde termijn ingediend.

17 Met de bestreden beschikkingen is de administratieve procedure beëindigd die de Commissie had ingeleid naar aanleiding van de door Mars op 18 september 1991 tegen Langnese en Schöller ingediende klacht, inhoudende dat dezen in strijd met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag de verkoop van Mars' consumptie-ijsartikelen in Duitsland belemmerden. Door de vaststelling van de bestreden beschikkingen heeft voorts de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, waarbij de tenuitvoerlegging van de door de Commissie in haar beschikking van 25 maart 1992 getroffen voorlopige maatregelen gedeeltelijk werd opgeschort, haar werking verloren, zoals volgt uit punt 3 van het dispositief van die beschikking.

18 Onder deze omstandigheden moet Mars worden geacht een wettig belang te hebben bij haar interventie aan de zijde van de Commissie in de onderhavige korte gedingen.

De verzoeken om vertrouwelijke behandeling

19 In de fase van het kort geding lijkt het gerechtvaardigd, de verzoeken van Langnese en Schöller om vertrouwelijke behandeling van bepaalde gegevens in te willigen, aangezien deze gegevens op het eerste gezicht onder het zakengeheim lijken te vallen.

De verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging

20 Krachtens de artikelen 185 en 186 EEG-Verdrag juncto artikel 4 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling dan wel de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.

21 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt, dat de verzoeken tot verkrijging van voorlopige maatregelen, bedoeld in de artikelen 185 en 186 EEG-Verdrag, een duidelijke omschrijving moeten bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt; voorts moet de noodzaak van de gevraagde maatregel feitelijk en rechtens aannemelijk worden gemaakt. De gevraagde maatregelen moeten een voorlopig karakter hebben in die zin, dat zij niet vooruitlopen op de uitspraak in de hoofdzaak.

22 In de bestreden beschikkingen overweegt de Commissie, dat de overeenkomsten waarbij Langnese en Schöller partij zijn, in strijd zijn met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, aangezien enerzijds op de relevante markt de concurrentie tussen produkten van hetzelfde merk is uitgesloten en de concurrentie tussen produkten van verschillende merken merkbaar wordt beperkt, en daardoor anderzijds de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan worden beïnvloed. Voorts is de Commissie van oordeel, dat de bepalingen van verordening nr. 1984/83 niet van toepassing zijn op de door Langnese en Schöller gesloten leveringscontracten, aangezien zij voor onbepaalde duur in de zin van artikel 3, sub d, van genoemde verordening zijn gesloten. In ieder geval weigert de Commissie de verdere toepassing van de groepsvrijstelling op de door Langnese gesloten overeenkomsten en onthoudt zij de individuele vrijstelling aan de door Schöller aangemelde overeenkomsten, op grond dat de cumulatieve werking van deze overeenkomsten iedere concurrentie voor een belangrijk deel van de betrokken goederen uitsluit.

23 Wegens de verknochtheid van de twee verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikkingen, zijn er termen om de zaken voor het onderhavige kort geding te voegen.

Argumenten van partijen

24 De door partijen in hun memories en ter terechtzitting van 10 februari 1993 mondeling voorgedragen argumenten kunnen worden samengevat als volgt.

25 Verzoeksters betogen, dat de gevraagde opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikkingen een spoedeisend karakter heeft en feitelijk en rechtens gerechtvaardigd is. Voor het spoedeisend karakter wijzen verzoeksters op de onomkeerbare gevolgen die een onmiddellijke uitvoering van de bestreden beschikkingen zou hebben en op het ernstige nadeel dat daaruit voor hen zou voortvloeien. De gevolgen van een onmiddellijke uitvoering kunnen niet ongedaan worden gemaakt in geval van latere nietigverklaring van de beschikkingen, aangezien terugkeer naar de exclusieve binding van de verkooppunten praktisch uitgesloten is.

26 Met name zouden niet enkel al hun concurrenten voortaan alle door exclusieve overeenkomsten aan hen gebonden verkooppunten kunnen binnendringen, maar bovendien zou elk der verzoeksters van de gelegenheid profiteren om door het aanbieden van bijzonder gunstige voorwaarden haar activiteiten uit te breiden tot de verkooppunten van de ander. De exploitanten van deze verkooppunten zouden hun winst verhogen en later niet bereid zijn naar exclusiviteitsovereenkomsten terug te keren. Het zou niet meer mogelijk zijn, in het gehele afzetgebied een regelmatige bevoorrading van de talrijke kleine, traditionele verkoopinrichtingen te handhaven, omdat de besteldienst niet langer rendabel zou zijn. Ook zou het verlies van de exclusiviteit van hun verkooppunten afbreuk doen aan het in de bestreden beschikkingen niet verboden exclusieve gebruik van de diepvrieskisten die zij aan een aantal detailhandelaren ter beschikking stellen. De exploitanten van de verkooppunten zouden immers vaak zowel de produkten van verzoeksters als die van hun concurrenten opslaan in de hun door verzoeksters ter beschikking gestelde diepvrieskisten.

27 Door dit alles zouden de distributiesystemen van verzoeksters ten gronde worden gericht en zouden zijzelf ernstige en onherstelbare schade dreigen te lijden, wat zou rechtvaardigen, dat de uitvoering van de bestreden beschikkingen wordt opgeschort (beschikkingen van de president van het Hof van 31 maart 1982, zaak 43/82 R, VBVB, Jurispr. 1982, blz. 1241, en 13 juni 1989, zaak 56/89 R, Publishers Association, Jurispr. 1989, blz. 1693, en beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, Langnese en Schöller, reeds aangehaald).

28 Volgens verzoeksters zou opschorting van de uitvoering van de bestreden beschikkingen ook geen nadeel voor hun concurrenten of in elk geval geen noemenswaardig nadeel voor Mars meebrengen, daar de moeilijkheden van Mars om toegang te krijgen tot de markt, niet worden veroorzaakt door de door verzoeksters gesloten exclusiviteitsovereenkomsten, doch te wijten zijn aan Mars' eigen marktstrategie.

29 Wat de fumus boni juris betreft, wijzen verzoeksters erop, dat de vraag of de beroepen uiteindelijk gegrond zijn, voorlopig open moet blijven en dat enkel moet worden vastgesteld of zij niet van alle grond ontbloot lijken te zijn (zie beschikkingen van de president van het Hof van 13 juni 1989, Publishers Association, reeds aangehaald, en van de president van het Gerecht van 16 juli 1992, zaak T-29/92 R, SPO e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2161). Zij betogen in dit verband, dat de Commissie de verenigbaarheid van de betwiste exclusiviteitsovereenkomsten met de gemeenschappelijke mededingingsregels uitdrukkelijk heeft erkend in een administratief schrijven aan Schöller van 20 september 1985, en dat het niet meer toepassen, op de bestreden overeenkomsten, van de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 1984/83 onrechtmatig is. Noch artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag noch artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste uitvoeringsverordening van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, noch verordening nr. 1984/83 geven de Commissie de bevoegdheid hun te verbieden in de toekomst exclusiviteitsovereenkomsten aan te gaan.

30 Volgens verzoeksters rechtvaardigt ook de afweging van de betrokken belangen de opschorting van de uitvoering van de bestreden beschikkingen, nu deze er vooral op gericht zijn, het belang van Mars bij een verdere vergroting van haar marktaandeel in een sector (staafijs), die slechts een te verwaarlozen segment van de markt voor consumptie-ijs vormt, te beschermen. Tegenover dit belang staat het belang

van verzoeksters om al tientallen jaren bestaande distributiesystemen voor de gehele markt voorlopig in stand te houden.

31 De Commissie is van mening, dat verzoeksters in hun verzoeken noch omstandigheden hebben aangevoerd waaruit het spoedeisende karakter blijkt, noch de noodzaak van opschorting van de uitvoering van de bestreden beschikkingen feitelijk en rechtens aannemelijk hebben gemaakt.

32 De Commissie acht de opmerkingen van verzoeksters over de kans op slagen van hun beroepen niet overtuigend. Zij kunnen met name geen beroep doen op het administratief schrijven aan Schöller, want daarin was uitdrukkelijk het voorbehoud gemaakt dat de procedure kon worden heropend. Van die heropening is Schöller op 29 november 1991 in kennis gesteld. Voorts heeft de Commissie in de bestreden beschikkingen uitvoerig aangetoond, waarom is voldaan aan de voorwaarden voor intrekking van de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 1984/83, en waarom geen individuele vrijstelling kon worden verleend voor de door Schöller gesloten exclusiviteitsovereenkomsten.

33 Naar het oordeel van de Commissie zouden de artikelen 1 en 4 van de bestreden beschikkingen hoe dan ook niet vatbaar zijn voor opschorting. Artikel 1 heeft immers slechts een declaratoir karakter, aangezien overeenkomsten als bedoeld in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, verboden zijn zonder dat daarvoor eerst een beschikking nodig is. Tegen eventuele opschorting van artikel 4 bestaan juridische bezwaren, aangezien de mogelijkheid nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten aan te gaan, bij de beschikkingen in ieder geval wordt uitgesloten. Ter terechtzitting heeft de Commissie echter verklaard, dat zij er geen bezwaar tegen heeft, dat artikel 4 van de bestreden beschikkingen wordt opgeschort, mits het verzoeksters niet wordt toegestaan de bestaande overeenkomsten te hernieuwen. Daarentegen betwijfelt de Commissie, of ook artikel 2 kan worden opgeschort. Omdat de toepassing van artikel 85, lid 3, de beoordeling van complexe economische gegevens vereist, kan de rechter in kort geding zijn oordeel niet in de plaats stellen van dat van de Commissie en besluiten tot voorlopige geldigheid van een overeenkomst die nietig is verklaard. Een eventuele opschorting mag dus geen surrogaatvrijstelling

zijn, daar de bij bedoelde overeenkomsten betrokken partijen vrij moeten blijven om zich op elk moment aan de overeengekomen regels te onttrekken.

34 Ten slotte wijst de Commissie erop, dat, gezien de resultaten van de partiële opening van de verkooppunten van verzoeksters bij tankstations, niet valt aan te nemen dat de onmiddellijke uitvoering van de bestreden beschikkingen ernstige en onherstelbare gevolgen zou hebben. Uit de ervaring tot nog toe blijkt veeleer, dat de marktpositie van verzoeksters zo solide, is dat de maatregelen van de Commissie op korte termijn geen merkbare gevolgen voor nieuwe concurrenten zullen hebben.

35 Ter terechtzitting heeft interveniënte Mars betwist, dat er voor verzoeksters een economische noodzaak bestaat om in Duitsland van exclusieve verkooppunten gebruik te maken. Langnese beschikt in andere Lid-Staten over aanzienlijke marktaandelen zonder gebruik te maken van exclusiviteitsovereenkomsten. Ook al bieden de bestreden beschikkingen Mars, alleen of te zamen met andere kleine producenten zoals Warncke, de mogelijkheid exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten, de detailhandelaren zullen, wegens de reputatie van de produkten van Lagnese en Schöller op de Duitse markt, toch van verzoeksters afhankelijk blijven. Hoe dit ook zij, Mars heeft zich ertoe verplicht, met haar verkooppunten geen exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten.

Beoordeling van de rechter in kort geding

36 In de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat de president van het Gerecht, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, in zijn beschikking van 16 juni 1992, betreffende de verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking inzake voorlopige maatregelen die de Commissie in de procedures tegen Langnese en Schöller had genomen, een voorlopige regeling heeft gelast, waardoor Mars toegang kreeg tot de tankstations waarmee verzoeksters exclusieve afnameovereenkomsten hebben gesloten. Blijkens de gegevens die de Commissie ingevolge genoemde beschikking aan het Gerecht heeft verstrekt, en naar de eensluidende mening van alle betrokken partijen, heeft deze opening van de markt, althans gedurende het door de beschikking bestreken tijdvak, Mars maar weinig succes gebracht.

37 In de tweede plaats hebben de bestreden beschikkingen, anders dan de beschikking van de Commissie van 25 maart 1992 betreffende voorlopige maatregelen, niet enkel meer ten doel Mars onbeperkte toegang te verschaffen tot de Duitse markt van consumptie-ijs, doch verklaren zij de sinds vele jaren door verzoeksters in Duitsland toegepaste distributiesystemen in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Voorts wordt in de bestreden beschikkingen voor de door verzoeksters met hun respectieve detailverkopers gesloten exclusiviteitsovereenkomsten de groepsvrijstelling overeenkomstig verordening nr. 1984/83 ingetrokken en wordt voor de door Schöller aangemelde overeenkomsten een individuele vrijstelling geweigerd, terwijl het sluiten van nieuwe exclusiviteitsovereenkomsten tot en met 31 december 1997 wordt verboden.

38 Zoals, ten slotte, de president van het Gerecht in zijn beschikking van 16 juni 1992 reeds heeft vastgesteld, verschillen partijen principieel van mening over de afbakening van de relevante markt en de feitelijke voorwaarden voor de toegang tot deze markt. In het kader van dit kort geding kunnen deze aspecten echter niet diepgaand worden onderzocht, vooral omdat de afbakening van de betrokken markt van essentiële betekenis is wanneer het gaat om de intrekking van groepsvrijstelling uit hoofde van verordening nr. 1984/83, en, wanneer het gaat om de beoordeling van ingewikkelde economische gegevens, de rechter in kort geding zijn beoordeling niet in plaats van die van de Commissie kan stellen.

39 Onder deze omstandigheden kan de rechter in kort geding zich niet op het standpunt stellen, dat de door verzoeksters aangevoerde middelen voorshands volstrekt ongegrond zijn, en dienvolgens de verzoeken tot opschorting van de uitvoering van de bestreden beschikking verwerpen (zie met name beschikking van de president van het Gerecht, Langnese en Schöller, reeds aangehaald).

40 Met betrekking tot het gevaar van ernstige en onherstelbare schade moet worden beklemtoond, dat onmiddellijke uitvoering van de bestreden beschikkingen, wat zou betekenen dat alle exclusiviteitsovereenkomsten ontbonden moeten worden en de al vele jaren op de Duitse markt bestaande distributiesystemen op losse schroeven komen te staan, kan leiden tot een ontwikkeling op die markt, waarvan moet worden aangenomen dat zij later, wanneer de beroepen in de hoofdzaak zouden worden toegewezen, slechts met de grootste moeite of in het geheel niet ongedaan

kan worden gemaakt (zie laatstelijk beschikking van de president van het Gerecht, SPO e. a., reeds aangehaald, r. o. 31). Dit geldt te meer, nu het er in casu niet enkel meer om gaat, één concurrent, namelijk Mars, toe te laten tot de door exclusieve overeenkomsten aan verzoeksters gebonden verkooppunten, zoals het geval was toen de voorlopige maatregelen werden genomen, doch ook om die verkooppunten open te stellen voor alle concurrenten, dus ook voor elk van beide verzoeksters wat de exclusieve verkooppunten van de ander betreft. Gezien de marktpositie van zowel Langnese als Schöller, valt het echter niet uit te sluiten, dat bij onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikkingen de wijzigingen die zich tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak op de markt zouden voordoen, het voor verzoeksters definitief onmogelijk zouden maken hun distributiesystemen weer op te bouwen, wanneer het Gerecht de bestreden beschikkingen nietig zou verklaren.

41 Opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikkingen kan echter ook leiden tot consolidatie van de huidige marktstructuur en zo verzoeksters in staat stellen de toegang tot de markt steeds moeilijker te maken, niet enkel voor Mars, die daardoor verhinderd wordt haar naamsbekendheid in de sector chocoladeprodukten ten volle te benutten om ook in de sector consumptie-ijs naam te verwerven, doch ook voor de andere ondernemingen die actief zijn op de markt.

42 Daarbij valt op te merken, dat ook volgens verzoeksters Mars er slechts in beperkte mate in geslaagd is toegang te krijgen tot de exclusieve verkooppunten van verzoeksters bij de tankstations. Verzoeksters schijnen voorts te erkennen, dat, gelet op de bedrijfsstrategie van Mars, hun marktpositie in de nabije toekomst praktisch geen gevaar loopt.

43 In een dergelijke feitelijke en rechtssituatie dient de rechter in kort geding de belangen van de partijen — daaronder begrepen het belang van de Commissie bij onverwijlde beëindiging van de inbreuk op de mededingingsregels van het Verdrag die zij meent te hebben vastgesteld — zodanig tegen elkaar af te wegen, dat het ontstaan van een onomkeerbare situatie en van ernstige en onherstelbare schade voor een der partijen in het geding wordt vermeden (zie laatstelijk beschikking SPO e. a., reeds aangehaald, r. o. 38).

44 Bij onderzoek van de in het dossier vervatte gegevens is gebleken dat, met name gelet op het functioneren van de — door een zekere inelasticiteit gekenmerkte — markt, het door verzoeksters gestelde onmiddellijk dreigende gevaar van ernstige en onherstelbare schade vooral voortkomt uit het openstellen van hun respectieve exclusieve verkooppunten voor elkaar, en minder uit de toegang van Mars, alleen of te zamen met andere concurrenten zoals Warncke, Eismann of Artigel, tot die verkooppunten, die overigens nog steeds in hoge mate gebonden zijn door de exclusiviteitsovereenkomsten betreffende de hun door Langnese of Schöller ter beschikking gestelde diepvrieskisten. Ook hebben verzoeksters niet aangetoond, dat een onmiddellijke toepassing van het in artikel 4 van de bestreden beschikkingen neergelegde verbod om tot 31 december 1997 overeenkomsten van het in artikel 1 bedoelde type te sluiten, tot ernstige en onherstelbare schade kan leiden. Opschorting van de tenuitvoerlegging van deze bepalingen is, althans in dit stadium, derhalve niet gerechtvaardigd.

45 Om bovenstaande redenen lijkt het passend, voorlopige maatregelen te gelasten voor zover deze strikt noodzakelijk zijn ter beperking van het gevaar van ernstige en onherstelbare schade, dat voor verzoeksters zou kunnen voortvloeien uit een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikkingen. De bescherming van de belangen van elk der verzoeksters kan in dit stadium voldoende worden gewaarborgd wanneer hun wordt toegestaan, de exclusiviteit van hun respectieve verkooppunten tegenover elkaar te doen gelden.

46 Daarbij zij eraan herinnerd, dat ingevolge artikel 108 van het Reglement voor de procesvoering een in kort geding gegeven beschikking op verzoek van een der partijen te allen tijde op grond van een wijziging in de omstandigheden kan worden ingetrokken of gewijzigd. Het ligt op de weg van verzoeksters zich tot het Gerecht te wenden, indien hun distributienetten ernstig zouden worden aangetast door het openstellen van hun exclusieve verkooppunten voor hun concurrenten.

47 Mitsdien dient bij wege van voorlopige maatregel te worden gelast, dat Langnese en Schöller zich tegenover elkaar kunnen blijven beroepen op de clausules betreffende de exclusiviteit van hun verkooppunten, totdat het Gerecht uitspraak heeft gedaan op de beroepen in de hoofdzaak. Daartoe dient in de mededelingen aan de wederverkopers, bedoeld in artikel 3 van de bestreden beschikkingen, naast de

tekst van de artikelen 1 en 2 te worden vermeld, dat krachtens deze beschikking tegenover Langnese of Schöller een beroep op de exclusieve afnameovereenkomsten kan worden gedaan.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

1) Mars wordt toegelaten tot interventie in de zaken T-7/93 R en T-9/93 R, ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

2) In het stadium van het kort geding dient het verzoek van Langnese en Schöller om enige gegevens in hun verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging vertrouwelijk te behandelen, te worden ingewilligd.

3) De zaken T-7/93 R en T-9/93 R worden gevoegd voor het kort geding.

4) Langnese en Schöller kunnen tegenover elkaar een beroep blijven doen op de clausules betreffende de exclusiviteit van hun verkooppunten, totdat het Gerecht uitspraak heeft gedaan in de beroepen in de hoofdzaak.

5) In de mededelingen bedoeld in artikel 3 van de bestreden beschikkingen, dienen de wederverkopers erop te worden gewezen, dat krachtens deze beschikking in kort geding tegenover Langnese of Schöller een beroep kan worden gedaan op de exclusieve afnameovereenkomsten.

6) De verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging worden voor het overige verworpen.

7) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 19 februari 1993.

De griffier — De president

H. Jung — J. L. Cruz Vilaça