ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer — uitgebreid)

22 maart 2000 *

In de gevoegde zaken T-125/97 en T-127/97,

The Coca-Cola Company, gevestigd te Wilmington, Delaware (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, en N. Levy, Barrister van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger en Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

Coca-Cola Enterprises Inc., gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door P. Lasok, QC, en M. Reynolds, Solicitor van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Zeyen, Beghin en Feider, advocaten aldaar, Rue Charles Martel 56-58,

verzoeksters,

tegen

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

verweerster,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

The Virgin Trading Company Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC van de Schotse balie, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. May, advocaat aldaar, Grand-Rue 31,

en

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Financiën, en C.-D. Quassowski, Regierungsdirektor bij dit ministerie, als gemachtigden, Graurheindorferstraße 108, Bonn,

interveniënten,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van een gedeelte van de overwegingen van beschikking 97/540/EG van de Commissie van 22 januari 1997 waarin een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-overeenkomst (zaak nr. IV/M.794 — Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB) (PB L 218, blz. 15),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, V. Tiili, J. Pirrung, A. W. H. Meij en M. Vilaras, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 8 juli 1999,

het navolgende

Arrest

Partijen

1 Verzoekster, The Coca-Cola Company (hierna: „TCCC"), en de vennootschap naar Engels recht Cadbury Schweppes plc (hierna: „CS") zijn houdster van verschillende merken voor alcoholvrije koolzuurhoudende dranken die in Groot-Brittannië en andere landen worden verkocht. Zij leveren aan onafhankelijke bottelbedrijven de concentraten en ingrediënten die voor de bereiding van de onder deze merken verkochte dranken worden gebruikt, en verlenen hun het recht, hun dranken binnen een bepaald grondgebied te distribueren en af te zetten.

2 Amalgamated Beverages Great Britain (hierna: „ABGB"), een dochteronderneming van TCCC en van CS, werd belast met het bottelen, de distributie, de marketing en de verkoop van de dranken van deze vennootschappen, en liet deze werkzaamheden uitvoeren door haar dochtermaatschappij, Coca-Cola & Schweppes Beverages Ltd (hierna: „CCSB").

3 Coca-Cola Enterprises Inc. (hierna: „CCE") is het grootste bottelbedrijf van de producten van TCCC ter wereld. Zij is opgericht in 1986, toen TCCC haar bottelwerkzaamheden in de Verenigde Staten begon te consolideren en 51 % van haar aandelen aan het publiek aanbood. Buiten haar activiteiten in de Verenigde

Staten werd CCE na een aantal verwervingen vanaf 1993 het bottelbedrijf van TCCC in België, Nederland en Frankrijk.

De feiten en het rechtskader van het geding

4 De onderhavige beroepen moeten worden bezien in het ruimere kader van de door de Commissie krachtens de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG en 82 EG) ingeleide mededingingsprocedures waarbij TCCC en/of haar bottelbedrijven in Europa zijn betrokken. De eerste procedure werd in september 1987 krachtens artikel 86 van het Verdrag ingeleid tegen een Italiaanse dochtermaatschappij van TCCC, The Coca-Cola Export Corporation (hierna: „TCCEC"); in de loop van deze procedure stelde de Commissie zich op het standpunt, dat TCCEC een machtspositie innam op de markt van de alcoholvrije koolzuurhoudende coladranken (hierna: „cola's"). In deze procedure verbond TCCEC, die een voorbehoud formuleerde omtrent het bestaan van een relevante markt van cola's en haar beweerde machtspositie op die markt, zich ertoe, bepaalde specifieke verplichtingen na te leven inzake de met de distributeurs in de lidstaten gesloten overeenkomsten (perscommuniqué IP/90/7). Dezelfde verbintenis ging CCE aan in de beschikking waartegen de onderhavige beroepen zijn ingesteld.

5 Blijkens het dossier werd de beweerde machtspositie van TCCC op de colamarkt andermaal aan de orde gesteld in een (...)[1] klacht wegens schending van artikel 86 van het Verdrag welke in 1993 is ingediend tegen haar dochtermaatschappij, het Franse bottelbedrijf Coca-Cola Beverages SA (hierna: „CCBSA"). Uit het dossier blijkt eveneens, dat de Commissie in augustus 1995 had gesteld, dat CCBSA een machtspositie op de Franse colamarkt innam en daarvan misbruik maakte in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

1 — Vertrouwelijke gegevens weggelaten.

6 Op 9 augustus 1996 ontving de Commissie van CCE een aanmelding krachtens verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1).

7 De aangemelde operatie betrof de overeenkomst van CS en TCCC om ABGB te liquideren door hun respectieve participaties daarin te verkopen aan CCE, die toentertijd niet actief was in Groot-Brittannië.

8 Bij beschikking 97/540/EG van 22 januari 1997 verklaarde de Commissie de aangemelde operatie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89, en met de werking van de EER-overeenkomst (zaak nr. IV/M.794 — Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB) (PB L 218, blz. 15; hierna: „beschikking" of „bestreden beschikking").

9 In de overwegingen van deze beschikking stelde de Commissie onder meer vast: in de eerste plaats kan TCCC een beslissende invloed op CCE uitoefenen, zodat zij zeggenschap heeft over deze onderneming in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89; in de tweede plaats vormen de in Groot-Brittannië verkochte cola's de relevante markt voor de beoordeling van de aangemelde concentratie en in de derde plaats neemt CCSB op de Britse colamarkt een machtspositie in. Zij kwam evenwel tot de volgende conclusie (punt 214):

„Hoewel de voorgenomen operatie tot een structurele verandering leidt die ook aanleiding zou kunnen geven tot een gewijzigd gedrag van CCSB op de markt (...)

[verschillen] de mogelijkheden die rechtstreeks voortvloeien uit de voorgenomen operatie niet voldoende (...) van die welke binnen de huidige structuur van CCSB reeds bestonden om tot de conclusie te komen dat de voorgenomen operatie zou leiden tot een versterking van de machtspositie van CCSB op de colamarkt in Groot-Brittannië in de zin van artikel 2 van [verordening nr. 4064/89]."

10 In haar beschikking merkte de Commissie bovendien op, dat CCE zich ertoe had verbonden dat zolang zij zeggenschap zou hebben over CCSB, deze laatste dezelfde verbintenissen zou naleven als die welke TCCEC in 1989 had aangegaan (zie punt 4 supra), namelijk af te zien van bepaalde handelspraktijken die als onwettig worden beschouwd wanneer zij worden toegepast door een onderneming in een machtspositie. Volgens punt 212 van de beschikking nemen „deze verbintenissen (...) een deel van de bezwaren die door derden in de loop van de procedure zijn geuit, weg(...)".

Procesverloop

11 In deze omstandigheden hebben TCCC en CCE bij op 22 april 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften twee beroepen tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld (zaken T-125/97 en T-127/97).

12 Bij op 2 juni 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten heeft de Commissie in de twee zaken een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. Op 5 en 8 september 1997 hebben CCE en TCCC hun opmerkingen betreffende deze exceptie ingediend.

13 Bij op 29 september 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften heeft Virgin Trading Company Ltd (hierna: „Virgin") verzocht, in de twee zaken te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

14 Bij brieven van 16 oktober 1997 hebben TCCC en CCE het belang van Virgin om tussen te komen betwist en overeenkomstig artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering verzocht een aantal in het kader van de onderhavige zaken bij het Gerecht ingediende stukken vertrouwelijk te behandelen.

15 Bij brieven van 30 oktober 1997 heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht, in de twee zaken te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

16 Bij op 3 november 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften hebben CCE en TCCC verzocht, in de zaken T-125/97 en T-127/97 te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de andere verzoekster.

17 Bij brieven van 10 november 1997 stelde de Commissie zich op het standpunt, dat er geen grond was voor Virgin's verzoeken tot tussenkomst en de verzoeken om vertrouwelijke behandeling van TCCC en CCE, en dat geen vertrouwelijke behandeling kon worden verleend jegens de Bondsrepubliek Duitsland.

18 Bij brief van 12 november 1997 verzette de Commissie zich tegen voormelde verzoeken tot tussenkomst van CCE en TCCC.

19 Bij op 19 en 21 november 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften hebben CCE en TCCC verzocht, een aantal van hun stukken jegens de andere verzoekster vertrouwelijk te behandelen.

20 Bij brief van 7 juli 1998 verwees TCCC tot staving van de ontvankelijkheid van haar beroep naar stukken die afkomstig waren van bepaalde mededingingsautoriteiten, om aan te tonen dat met de bestreden beschikking en in het bijzonder met de vaststellingen daarin betreffende de afbakening van de relevante markt reeds in haar nadeel rekening was gehouden door rechters en mededingingsautoriteiten in Frankrijk, Italië en Litouwen. Bij brief van 28 augustus 1998 bepaalde de Commissie haar standpunt betreffende de inhoud van deze stukken.

21 Bij beschikkingen van 18 maart 1999 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht de verzoeken tot tussenkomst van Virgin en de Bondsrepubliek Duitsland in de twee zaken ingewilligd en die van TCCC en CCE afgewezen.

22 Bij dezelfde beschikking zijn de verzoeken om vertrouwelijke behandeling van TCCC en CCE jegens elkaar voorlopig ingewilligd voor de procedure betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid.

23 Bij beschikking van het Gerecht van 9 april 1999 zijn de twee zaken verwezen naar de Eerste kamer — uitgebreid.

24 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan met het oog op een uitspraak over de exceptie van niet-ontvankelijkheid. In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang krachtens artikel 64 van zijn Reglement voor de procesvoering heeft het de Commissie en CCE verzocht, een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden, en heeft het de Commissie verzocht, het verslag van de vergadering van het raadgevend comité van 7 januari 1997 alsook alle andere met het oog op deze vergadering aan de leden van dit comité meegedeelde stukken neer te leggen. Partijen zijn in hun pleidooien en antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 8 juli 1999.

25 Krachtens artikel 50 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht zijn de zaken T-125/97 en T-127/97 gevoegd voor het arrest.

Conclusies van partijen

26 In haar verzoekschrift concludeert TCCC, dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren, voor zover de Commissie in deze beschikking vaststelt: het cola-aanbod komt in Groot-Brittannië overeen met

een relevante markt, CCSB neemt op die markt een machtspositie in en TCCC heeft zeggenschap over CCE in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4046/89;

subsidiair,

— de beschikking in haar geheel nietig te verklaren, voor zover een verklaring in die zin nodig is om de voormelde vaststellingen nietig te verklaren en de verwerving van ABGB door CCE verenigbaar te verklaren in de zin van artikel 10, lid 6, van verordening nr. 4064/89;

en in beide gevallen

— de op 17 februari 1997 door CCE aan de Commissie gedane toezegging alsook de bevindingen op basis waarvan de Commissie die toezegging heeft gevraagd en verkregen, namelijk dat CCSB een machtspositie inneemt op een relevante markt die het cola-aanbod in Groot-Brittannië omvat, nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten;

— alle andere maatregelen te nemen die het Gerecht geschikt acht.

27 In haar opmerkingen betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid verzoekt TCCC het Gerecht enerzijds deze exceptie te verwerpen, dan wel te verklaren dat de toezegging alsook de betwiste bevindingen van de Commissie in de bestreden beschikking geen rechtsgevolgen teweegbrengen en anderzijds de Commissie krachtens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering te verwijzen in de kosten.

28 In haar verzoekschrift concludeert CCE, dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren, voor zover de Commissie in deze beschikking vaststelt: TCCC heeft zeggenschap over CCE in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89, het cola-aanbod in Groot-Brittannië vormt een afzonderlijke markt en CCSB neemt op die markt een machtspositie in;

subsidiair,

— de volgende in de beschikking vervatte „beschikkingen" volgens welke: TCCC zeggenschap heeft over CCE in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89, het cola-aanbod in Groot-Brittannië een afzonderlijke markt vormt en CCSB op deze markt een machtspositie inneemt, nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

29 In haar opmerkingen betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid verzoekt CCE het Gerecht, haar beroep ontvankelijk te verklaren en in elk geval de Commissie krachtens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering te verwijzen in de kosten.

30 In de twee zaken concludeert de Commissie, dat het het Gerecht behage:

— de beroepen niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

31 In haar op 12 mei 1999 neergelegde memories in interventie concludeert Virgin, dat het het Gerecht behage:

— de beroepen niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

32 In haar op 12 mei 1999 neergelegde memories in interventie concludeert de Bondsrepubliek Duitsland, dat het het Gerecht behage de beroepen niet-ontvankelijk te verklaren.

De exceptie van niet-ontvankelijkheid

Argumenten van partijen in zaak T-125/97

33 TCCC stelt, dat zij door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt en dat deze een voor beroep vatbare handeling is in de zin van artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230, vierde alinea, EG).

34 Wat haar procesbevoegdheid betreft, stelt TCCC in de eerste plaats, dat zij duidelijk door de bestreden beschikking wordt geraakt. De voornaamste vaststelling van de Commissie, dat CCSB als enig Britse bottelbedrijf van TCCC-producten op de colamarkt in Groot-Brittannië een machtspositie inneemt, is volgens haar gebaseerd op het feit dat CCSB het product van TCCC, namelijk „Coca-Cola", bottelt en distribueert. In de tweede plaats hebben zowel de vaststelling dat CCSB een machtspositie inneemt als de toezegging van CCE tot gevolg dat het commerciële gedrag van CCSB radicaal wordt beperkt ten nadele van de verkoop van TCCC-producten.

35 Ten slotte, indien de betwiste vaststelling van de Commissie dat TCCC zeggenschap heeft over CCE, gegrond was, zou daaruit volgen, dat TCCC individueel en rechtstreeks door de bestreden beschikking werd geraakt (arresten Hof van 29 maart 1979, NTN Toyo Bearing e.a./Raad, 113/77, Jurispr. blz. 1185, punt 9, en 28 februari 1984, Ford/Commissie, 228/82 en 229/82, Jurispr. blz. 1129, punt 13).

36 Wat het bestaan van een voor beroep vatbare handeling betreft, stelt TCCC, dat de vaststelling van het bestaan van een machtspositie in de beschikking voor

CCSB belangrijke en duurzame consequenties meebrengt die schadelijke rechtsgevolgen in de zin van het arrest van het Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, Jurispr. blz. 2639; hierna: „arrest IBM"), kunnen hebben.

37 In de eerste plaats legt deze vaststelling volgens haar aan CCSB een „bijzondere verantwoordelijkheid" op, zodat een gedraging die op de betrokken markt gewoonlijk als wettelijk wordt beschouwd, als een misbruik van machtspositie kan worden aangemerkt, waardoor in casu de commerciële vrijheid van deze vennootschap wordt beperkt.

38 In de tweede plaats kan deze vaststelling haars inziens door de Commissie worden gebruikt in aanhangige en toekomstige zaken. Dienaangaande stelt TCCC, dat zij geen geval kent waarin de Commissie haar standpunt betreffende de afbakening van de markt of het bestaan van een machtspositie in opeenvolgende zaken betreffende dezelfde onderneming heeft gewijzigd [beschikkingen 80/182/EEG van de Commissie van 28 november 1979 (IV/29.672 — Floral), en 82/203/EEG van 27 november 1981 [IV/30.188 — Moët en Chandon (London) Ltd] inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB 1980, L 39, blz. 51, respectievelijk PB 1982, L 94, blz. 7)]. Volgens TCCC is de mogelijkheid van een tegen haar en CCSB ingestelde vordering niet denkbeeldig. Virgin Cola Company, een concurrent van TCCC, heeft namelijk bij de Commissie een klacht ingediend wegens misbruik van machtspositie in het Verenigd Koninkrijk in strijd met artikel 86 van het Verdrag. Door de vaststelling van een machtspositie van CCSB in de bestreden beschikking kan TCCC deze grief van Virgin Cola Company in haar klacht dus niet betwisten. Evenzo heeft de Commissie in augustus 1995 tegen CCBSA een procedure ingeleid wegens misbruik van haar machtspositie op de Franse colamarkt. De kernvraag van de afbakening van de productmarkt bleef evenwel onbeantwoord in afwachting van de afloop van de procedure waarin de bestreden beschikking is vastgesteld.

39 TCCC voegt daaraan toe, dat door de litigieuze vaststelling het risico groter is dat zij in een latere zaak tot een geldboete wordt veroordeeld, en beroept zich

dienaangaande op het arrest van het Hof van 15 maart 1967, CBR Cementbedrijven e.a/Commissie (8/66—11/66, Jurispr. 1967, blz. 93).

40 In de derde plaats stelt TCCC, dat er een groot risico bestaat, dat de nationale rechters, in het bijzonder die van het Verenigd Koninkrijk, zich gebonden achten door de litigieuze vaststelling, wat haar in vergelijking tot concurrerende merkhouders en CCSB en tegenover toekomstige klagers zou benadelen (bekendmaking van de Commissie van 13 februari 1993 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, PB C 39, blz. 6, punt 20; en arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935). Dienaangaande beroept TCCC zich op het arrest van 29 juni 1978, BP/Commissie (77/77, Jurispr. blz. 1513), waarin het Hof het beroep ontvankelijk verklaarde van de verzoeker die stelde dat het feit dat de Commissie misbruik van een machtspositie had vastgesteld, in een later geding door een mogelijke klager voor de nationale rechter tegen hem kon worden aangevoerd (zie ook arresten Hof van 1 februari 1979, Deshormes/Commissie, 17/78, Jurispr. blz. 189; 24 november 1987, RSV/Commissie, 223/85, Jurispr. blz. 4617, en 31 mei 1988, Rousseau/Rekenkamer, 167/86, Jurispr. blz. 2705, punt 7; arrest Gerecht van 18 september 1996, Postbank/Commissie, T-353/94, Jurispr. blz. II-921).

41 In de vierde plaats merkt TCCC op, dat de beschikkingen van de Commissie volgens de wetgeving van bepaalde lidstaten, zoals die van het Verenigd Koninkrijk, bindend zijn voor de nationale rechters. Dienaangaande verwijst TCCC naar het arrest van de High Court of Justice in de zaak British Leyland Motor Corp. Ltd/Wyatt Interpart Co. Ltd, volgens hetwelk een arrest van het Hof van Justitie waarin uitspraak wordt gedaan over een vaststelling van de Commissie over misbruik van een machtspositie door een onderneming, kracht van gewijsde heeft krachtens de European Communities Act 1972, en een beschikking van de Commissie waartegen niet voor de gemeenschapsrechter is opgekomen, dezelfde werking moet hebben als een arrest van het Hof van Justitie (1979 CMLR 79). Zij haalt ook de uitspraak aan in de zaak Iberian UK Ltd/BPB Industries Ltd, waarin de High Court of Justice het in strijd met de openbare orde heeft verklaard, indien personen die partij waren bij een communautaire mededingingsprocedure, voor een nationale rechter de gegrondheid van een beschikking van de Commissie opnieuw mochten betwisten (1996 CMLR 601).

42 Volgens TCCC roept de toezegging van CCE rechtsgevolgen in het leven, zodat zij overeenkomstig de rechtspraak (arrest Hof van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, „Houtslijparrest", C-89/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85—C-129/85, Jurispr. blz. I-1307) een afzonderlijke en zelfstandige reden voor de ontvankelijkheid van haar beroep vormt. Door deze toezegging kan CCSB geen gebruik meer maken van potentieel rendabele commerciële strategieën die haar concurrenten wel kunnen blijven benutten, terwijl zij ook nog het risico loopt tot een geldboete te worden veroordeeld.

43 Vervolgens stelt TCCC, dat het feit dat de aangemelde operatie in de bestreden beschikking is goedgekeurd, niet afdoet aan de ontvankelijkheid van haar beroep, aangezien geen enkel tegenargument kan worden afgeleid uit het arrest van het Gerecht van 17 september 1992, NBV en NVB/Commissie (T-138/89, Jurispr. blz. II-2181; hierna: „arrest NBV en NVB").

44 In de eerste plaats hebben volgens haar de vaststelling van het bestaan van een machtspositie en de litigieuze toezegging van CCE negatieve gevolgen die losstaan van de goedkeuring van de aangemelde concentratie, en zijn zij nadelig voor deze vennootschap, aangezien zij daardoor wordt gedwongen bijzondere verplichtingen op zich te nemen en een einde te maken aan alle gedragingen die als misbruik zouden kunnen worden beschouwd.

45 In de tweede plaats is TCCC, anders dan verzoeksters in het arrest NBV en NVB, geen partij die in het kader van een procedure voor de Commissie in het gelijk is gesteld.

46 In de derde plaats ging het argument van verzoeksters in het arrest NBV en NVB, dat de overwegingen van de litigieuze beschikking in het kader van procedures voor de nationale rechter tegen hen zouden kunnen worden aangevoerd, uit van de premisse, dat de nationale rechters zich zouden aansluiten bij de beoordeling van de Commissie betreffende de restrictieve gevolgen van de aangemelde overeenkomsten, doch de vaststelling in deze beschikking dat het intracommu-

nautaire handelsverkeer niet ongunstig werd beïnvloed, zouden verwerpen. In casu betekent het risico dat nationale rechters de vaststelling van het bestaan van een machtspositie ten nadele van TCCC in aanmerking zouden nemen, evenwel niet, dat zij tegelijk elk ander deel van de bestreden beschikking verwerpen.

47 Subsidiair, ingeval het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, verzoekt TCCC het Gerecht, om ter voorkoming van voormelde risico's voor recht te verklaren, dat de vaststelling door de Commissie van het bestaan van een machtspositie, in casu niet dienstig was en geen rechtsgevolgen teweegbrengt.

48 Dienaangaande wijst TCCC erop, dat de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking op basis van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 niet definitief uitspraak behoefde te doen over de machtspositie en de omvang van de relevante markt. Dergelijke vaststellingen zijn volgens TCCC slechts nodig, indien de Commissie een beschikking geeft krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89, waarin een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt (arrest Hof van 2 maart 1983, GVL/Commissie, 7/82, Jurispr. blz. 483, punt 23). Dienaangaande verwijst TCCC naar de praktijk van de Commissie om geen uitspraak te doen over vragen waarvan bespreking geen nut heeft, vooral wanneer de aangemelde operatie op de markt kennelijk geen mededingingsbeperkend effect heeft, zoals in casu het geval was.

49 TCCC concludeert, dat het ontbreken van rechterlijk toezicht op de litigieuze vaststellingen de rechtszekerheid zou aantasten, daar de betrokken ondernemingen ofwel de gegrondheid ervan zouden moeten erkennen, ofwel zouden moeten aannemen dat zij geen rechtsgevolgen teweegbrengen; TCCC acht zich evenwel gerechtigd ondubbelzinnig haar rechten en verplichtingen te kennen, zodat zij met kennis van zaken haar voorzieningen kan treffen (arresten Hof van 9 juli 1981, Gondrand Frères en Garancini, 169/80, Jurispr. blz. 1931, punt 17, en 18 maart 1975, Deuka, 78/74, Jurispr. blz. 421).

50 Volgens de Commissie moet het beroep, voor zover het geen betrekking heeft op het dispositief van de beschikking doch alleen op bepaalde overwegingen, kennelijk niet-ontvankelijk worden verklaard. Zij herinnert eraan, dat de overwegingen van een handeling slechts kunnen worden betwist, indien zij noodzakelijk zijn ter onderbouwing van het dispositief van een bezwarende handeling (arrest NBV en NVB, punt 31). Voor zover het dispositief van de bestreden beschikking de aangemelde operatie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart, zonder daaraan voorwaarden of verplichtingen te verbinden in de zin van artikel 8, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 4064/89, brengt het evenwel geen enkel rechtsgevolg teweeg dat bezwarend kan zijn.

51 Volgens de Commissie vloeit de bijzondere verantwoordelijkheid van CCSB om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461) voort uit de rechtstreekse werking van artikel 86 van het Verdrag, zonder dat zij over deze vraag behoeft te beslissen. Dienaangaande merkt de Commissie ook op, dat nergens in het dispositief van de bestreden beschikking een machtspositie wordt geconstateerd.

52 Aangaande de mogelijke gevolgen van een dergelijke constatering in de overwegingen van de bestreden beschikking voor de behandeling van toekomstige zaken in het kader van artikel 86 van het Verdrag stelt de Commissie, dat elke beschikking op basis van dit artikel een gemotiveerde beoordeling van het bestaan van een machtspositie en van het misbruik daarvan bevat, die voor beroep bij de gemeenschapsrechter vatbaar is.

53 Met betrekking tot verzoeksters argument dat zij door de vaststelling van het bestaan van een machtspositie risico loopt om in andere zaken tot een geldboete te worden veroordeeld, stelt de Commissie, dat een dergelijke vaststelling blijkens de desbetreffende rechtspraak op zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming inhoudt (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 57). Evenmin kan volgens haar een belang betreffende een onzekere toekomstige

rechtssituatie de ontvankelijkheid van het beroep rechtvaardigen (arrest NBV en NVB, punt 33).

54 Volgens de Commissie is een nationale rechter, anders dan verzoekster stelt, alleen gebonden door het dispositief van een beschikking waarin een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, en niet door de vaststellingen die niet noodzakelijk zijn ter onderbouwing van dit dispositief. Zoals het Gerecht in het arrest NBV en NVB heeft beklemtoond, kunnen de nationale rechters in geval van twijfel bovendien steeds het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing verzoeken.

55 Tegen het argument dat haar beschikkingen volgens de wetgeving van bepaalde lidstaten, zoals die van het Verenigd Koninkrijk, bindend zijn voor de nationale rechter, brengt de Commissie in, dat de door verzoekster aangehaalde rechtspraak betrekking heeft op beschikkingen waarin misbruik van een machtspositie wordt geconstateerd, die per definitie niet voor een nationale rechter kunnen worden aangevochten indien daartegen geen beroep bij de gemeenschapsrechter is ingesteld of het beroep is verworpen, wat in casu niet het geval is. Bovendien is het volgens haar onverenigbaar met de beginselen van autonomie en voorrang van het gemeenschapsrecht om de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring afhankelijk te stellen van bijzondere kenmerken van de nationale rechtsstelsels.

56 Ten slotte betwist de Commissie, dat de door CCE gedane toezegging een grond kan zijn voor de ontvankelijkheid van het beroep, aangezien deze toezegging niet in het dispositief van de beschikking is opgenomen, daaraan geen enkele voorwaarde of verplichting is verbonden in de zin van artikel 8, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 4064/89 en zij evenmin noodzakelijk is ter onderbouwing van dit dispositief. Deze analyse wordt haars inziens voorts gestaafd door twee brieven van Drauz, directeur van de Merger Task Force van de Commissie (hierna: „MTF"), van 8 en 9 januari 1997 aan CCE.

57 In haar opmerkingen betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid stelt TCCC, dat het primaire standpunt van de Commissie, voor zover dit uitgaat van de plaats van de betwiste vaststellingen in de bestreden beschikking en niet van de rechtsgevolgen die zij teweegbrengen, in strijd is met het arrest IBM. Uitgaande van de wezenlijke rechtsgevolgen van de toezeggingen in het algemeen en zonder erop te wijzen dat de litigieuze toezegging niet in het dispositief van de betrokken beschikking stond, doch als bijlage daarbij was toegevoegd, heeft het Hof in het Houtslijparrest (reeds aangehaald) bovendien verklaard, dat deze toezegging een voor beroep vatbare handeling was.

58 TCCC bestrijdt ook de argumenten van de Commissie, volgens welke de betwiste vaststellingen niet „noodzakelijk zijn ter onderbouwing" van het dispositief van de beschikking en dus niet vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing. In de eerste plaats gaan die argumenten volgens haar eraan voorbij, dat de vaststelling van het bestaan van een machtspositie in een beschikking van de Commissie, indien zij gegrond is, rechtsgevolgen teweegbrengt, ook al is zij niet „noodzakelijk ter onderbouwing" van het dispositief van deze beschikking. In de tweede plaats kwam de Commissie op basis van de vaststelling dat CCSB een machtspositie inneemt, tot de slotsom, dat bij gebreke van afdoende bewijs dat de aangemelde operatie deze machtspositie versterkte, deze operatie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt moest worden verklaard (punt 215 van de beschikking).

59 Ook stelt TCCC, dat de rechtstreekse werking van artikel 86 van het Verdrag, anders dan de Commissie stelt, zich niet verzet tegen de ontvankelijkheid van een beroep tegen een krachtens dit artikel vastgestelde beschikking.

60 In het bijzonder kan volgens haar de vraag of een onderneming een machtspositie inneemt, slechts worden beantwoord na een complex juridisch, economisch en feitelijk onderzoek op basis van een vergelijking van vele factoren. Dat het onderzoek van de vraag van de betwiste machtspositie in de bestreden beschikking 63 alinea's beslaat, toont in casu het belang van de litigieuze vaststelling in de onderhavige zaak aan en wekt de vrees dat de Commissie deze vraag niet opnieuw zal onderzoeken in toekomstige procedures waarbij CCSB betrokken is. Bovendien bestond er geen eensgezindheid bij de leden van het raadgevend comité over het bestaan van deze machtspositie [advies van het raadgevend comité voor

concentraties, uitgebracht tijdens de 42e bijeenkomst van 7 januari 1997 betreffende een ontwerpbeschikking in zaak IV/M.794 — Coca-Cola Enterprises Inc./Amalgamated Beverages Great Britain (PB 1997, C 243, blz. 12)].

61 Volgens TCCC is het standpunt van de Commissie dat elke krachtens artikel 86 van het Verdrag vastgestelde toekomstige beschikking waarin het bestaan van een machtspositie wordt vastgesteld, steeds gemotiveerd moet zijn, niet relevant, daar het in casu gaat om de vraag of een dergelijke motivering zal berusten op vaststellingen in eerdere beschikkingen waarbij dezelfde onderneming betrokken is, zoals het geval was in beschikking 92/163/EEG van de Commissie van 24 juli 1991 (IV/31.043 — Tetra Pak II) (PB 1992, L 72, blz. 1, punten 93 en 98). In haar mededeling van de punten van bezwaar in de latere zaak nr. IV/M.833, The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, heeft de Commissie bovendien reeds naar de vaststellingen betreffende de definitie van de relevante markt in de bestreden beschikking verwezen.

62 Met betrekking tot de gevolgen van de bestreden beschikking in het kader van procedures voor nationale rechters, stelt TCCC dat, anders dan de Commissie betoogt, uit het arrest NBV en NVB niet volgt, dat een nationale rechter alleen met het dispositief van een beschikking tot toepassing van de mededingingsregels rekening moet houden. Tot staving van dit standpunt wijst TCCC enerzijds op beschikking nr. 97-C/C-12 van 23 mei 1997 van de Belgische mededingingsraad in de zaak P&G/Tambrands, en anderzijds op de beschikking „Finmeccanica/Aviofer" van de Italiaanse mededingingsautoriteit (Bullettin nr. 52/26, 1997), waarin deze autoriteiten de betrokken productmarkt hebben afgebakend op basis van vaststellingen en overwegingen betreffende de relevante markt in eerdere beschikkingen van de Commissie.

63 Zij voegt daaraan toe, dat zelfs indien een beschikking van de Commissie de nationale rechters niet bindt, zij en de nationale mededingingsautoriteiten in feite gebonden zijn aan eerdere beschikkingen van de Commissie die dezelfde partijen betreffen. Voorts is het argument van de Commissie dat TCCC via een prejudiciële vraag krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) de betwiste vaststellingen door de rechter kan laten toetsen, ook irrelevant. Indien

een nationale rechter in een toekomstige zaak waarbij dezelfde partijen betrokken zijn, rekening houdt met de vaststellingen in de bestreden beschikking, dan rijst namelijk geen enkele vraag over de geldigheid of uitlegging daarvan in de zin van artikel 177 van het Verdrag.

64 Ten slotte betwist TCCC, dat de litigieuze toezegging vrijwillig is gedaan en alleen diende tegemoet te komen aan een door derden tot uiting gebrachte vrees. Uit de beschikking tot opening van de tweede fase van de procedure blijkt namelijk, dat de Commissie van meet af aan de opmerkingen van derden vanuit mededingingsoogpunt het meest zorgen baarden (punten 24-27). Hoe dan ook volgt uit het Houtslijparrest (reeds aangehaald), dat een toezegging geen eenzijdige handeling is, die losstaat van een beschikking tot toepassing van de mededingingsregels, aangezien de uit een dergelijke toezegging voortvloeiende verplichtingen op één lijn zijn te stellen met een bevel tot beëindiging van een inbreuk. Naar het oordeel van het Hof hadden verzoeksters, door deze toezegging te doen, zich dus om hen moverende redenen enkel neergelegd bij een beslissing die de Commissie eenzijdig had kunnen nemen.

65 Interveniënte, Virgin, sluit zich aan bij de argumenten van de Commissie.

66 De Bondsrepubliek Duitsland beschouwt de betwiste vaststellingen evenmin als voor beroep vatbare handelingen in de zin van de rechtspraak. Dienaangaande verwijst zij naar de Duitse rechtspraak volgens welke de vaststelling in een beschikking dat een onderneming deelneemt aan een oligopolie haar niet tot nadeel strekt, omdat het verwerven van een dergelijke positie op de markt eigenlijk een bewijs van een zeer „goede prestatie" is en vaak in de reclame wordt aangevoerd. Bovendien moeten de betrokken ondernemingen in het kader van de controle op concentraties in Duitsland vaststellingen betreffende sterke posities op de markt, zoals een vaststelling dat een markt door een oligopolie wordt beheerst, aanvaarden.

Argumenten van partijen in zaak T-127/97

67 Volgens CCE vormen de drie vaststellingen van de Commissie in de bestreden beschikking, namelijk in de eerste plaats dat TCCC zeggenschap heeft over CCE, in de tweede plaats dat er een afzonderlijke colamarkt bestaat en in de derde plaats dat CCSB een machtspositie op die markt inneemt, alsmede de toezegging betreffende het concurrentiegedrag van CCSB beschikkingen of delen van een beschikking en zijn zij vatbaar voor beroep in de zin van artikel 173 van het Verdrag.

68 Volgens CCE is de plaats van de betwiste vaststellingen in de tekst van de bestreden beschikking irrelevant voor de vraag of het beroep ontvankelijk is. Dienaangaande verwijst zij naar het arrest IBM en de beschikking van het Hof van 30 september 1987, Brother Industries e.a./Commissie (229/86, Jurispr. blz. 3757), volgens welke uit de overwegingen van een beschikking het bestaan van een van de beschikking zelf te onderscheiden handeling kan blijken, die voor beroep vatbaar is. Bovendien dienen de betwiste vaststellingen, anders dan het geval was in het arrest NBV en NVB, tot staving van het dispositief van de bestreden beschikking.

69 In het bijzonder verandert haars inziens de vaststelling dat TCCC zeggenschap heeft over CCE, kennelijk de rechtspositie van deze laatste, aangezien CCE bij elke nieuwe verwerving rekening zal moeten houden met de activiteiten en de omzet van TCCC om de gevolgen voor de mededinging te onderzoeken. Tegen het argument van de Commissie dat deze vaststelling geen deel uitmaakt van het dispositief van de bestreden beschikking en niet noodzakelijk is ter onderbouwing daarvan, merkt CCE op, dat de tweede fase van de procedure juist is geopend, omdat de Commissie ervan overtuigd was dat deze zeggenschap werkelijk bestond.

70 Dat is volgens haar ook het geval met de betwiste vaststelling dat CCSB een machtspositie op de Britse colamarkt inneemt. Door deze vaststelling krijgen CCE en CCSB een bijzondere verantwoordelijkheid in de zin van het arrest Michelin/Commissie (reeds aangehaald). Bovendien stelt deze vaststelling tezamen met de vaststelling van de door TCCC uitgeoefende zeggenschap CCE bloot

aan een veroordeling tot geldboeten in het kader van toekomstige procedures, zelfs wanneer alleen TCCC verantwoordelijk zou zijn voor de inbreuken op de mededingingsregels. Bovendien verwijst artikel 1 van de bestreden beschikking weliswaar niet uitdrukkelijk naar de vaststelling van het bestaan van een machtspositie, doch moet dit artikel aldus worden gelezen, dat de aangemelde operatie ondanks het bestaan van die positie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard.

71 Volgens CCE vormt de litigieuze toezegging een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 173 van het Verdrag. Niet alleen roept zij rechtsgevolgen in het leven voor CCE en CCSB, doch zij dient ook tot staving van de vaststelling dat TCCC zeggenschap heeft over CCE, aangezien zij slechts van toepassing is op de dochtermaatschappijen van TCCC waarin deze meer dan 51 % van het kapitaal bezit (Houtslijparrest, reeds aangehaald). CCE merkt op, dat de Commissie, anders dan zij stelt, haar de dag na de vergadering van het raadgevend comité van 7 januari 1997 om deze toezegging heeft verzocht (zie brief van 8 januari 1997, als bijlage 2 bij het verzoekschrift gevoegd). De Commissie heeft de litigieuze toezegging evenwel aan het comité voorgelegd, alsof CCE haar reeds had gegeven. Bovendien heeft de Commissie zich reeds op deze toezegging beroepen in het kader van een andere procedure op basis van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (goedkeuring van de licentieovereenkomsten tussen CS en CCE, IP/97/148).

72 Vervolgens stelt CCE, dat zij een wettig belang heeft bij nietigverklaring van de beschikking wegens de mogelijke precedentwerking ervan voor de Commissie alsmede voor de nationale rechters en mededingingsautoriteiten. Anders dan de Commissie stelt, gaat het niet om toekomstige en onzekere gevallen, want bij haar zijn reeds twee klachten ingediend waarbij CCE is betrokken. Zo stelde de Commissie in haar beschikking 95/421/EG van 21 december 1994 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard (zaak nr. IV/M.484 — Krupp/Thyssen/Riva/Falck/Tadfin/AST) (PB 1995, L 251, blz. 18) onder verwijzing naar een op basis van het EGKS-Verdrag vastgestelde eerdere beschikking vast, dat de geografische markt de wereldmarkt was (punt 42). In haar beschikking 95/354/EG van 14 februari 1995 inzake een procedure op grond van verordening nr. 4064/89 (zaak nr. IV/M.477 — Mercedes Benz/Kässbohrer) (PB L 211, blz. 1) beriep de Commissie zich uitdrukkelijk op twee eerdere beschikkingen tot staving van haar conclusie dat er twee te onderscheiden relevante markten waren (punten 14 en 65). In zijn arrest van 9 november 1994, Scottish Football/Commissie (T-46/92, Jurispr.

blz. II-1039), verklaarde het Gerecht bovendien een beroep ontvankelijk, waarin de verzoekster zich probeerde te beschermen tegen het risico van eerdere beschikkingen van de Commissie krachtens artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"). Volgens CCE is een beschikking van de Commissie waarin een bijzondere feitelijke situatie wordt getoetst aan de mededingingsregels, onbetwistbaar van invloed op de nationale rechters en autoriteiten, ook al bindt zij hen juridisch niet.

73 Ten slotte kan een nationale rechter, aldus CCE, krachtens het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht een beschikking van de Commissie niet ongeldig verklaren en worden de nationale autoriteiten krachtens de verplichting tot loyale samenwerking uit hoofde van artikel 5 EG-Verdrag geacht geen beslissingen te nemen die in strijd zijn met die van de gemeenschapsinstellingen (arrest High Court of Justice, Iberian UK Ltd/BPB Industries, 1996 CMLR 601, en beschikking van de Franse mededingingsraad van 29 oktober 1996, nr. 96-D-67).

74 Volgens de Commissie is het beroep ook kennelijk niet-ontvankelijk, omdat het geen betrekking heeft op het dispositief van de bestreden beschikking, doch op bepaalde overwegingen daarvan, die geen voor beroep vatbare handelingen zijn in de zin van artikel 173 van het Verdrag. Zij stelt, dat de argumenten van CCE tot staving van de ontvankelijkheid van haar beroep om dezelfde redenen moeten worden afgewezen als in het kader van het beroep in zaak T-125/97 zijn uiteengezet.

75 De Commissie betwist ook het argument van CCE, dat de vaststelling dat TCCC een feitelijke zeggenschap over CCE uitoefent, rechtsgevolgen teweegbrengt ingeval laatstgenoemde zou overgaan tot nieuwe verwervingen in Europa. Zij betoogt, dat dit toekomstige en onzekere situaties betreft. Bovendien maakt deze vaststelling volgens de Commissie geen deel uit van het dispositief van de bestreden beschikking en is zij evenmin noodzakelijk ter onderbouwing daarvan.

76 Interveniënten, Virgin en de Bondsrepubliek Duitsland, voeren dezelfde argumenten aan als in het beroep in zaak T-125/97.

Beoordeling door het Gerecht

77 Volgens vaste rechtspraak zijn als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173 van het Verdrag te beschouwen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (arrest IBM, punt 9, arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a/Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 62, en arrest Gerecht van 4 maart 1999, Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie, T-87/96, Jurispr. blz. II-203, punt 37).

78 Om uit te maken of een handeling of besluit dergelijke gevolgen sorteert, moet te rade worden gegaan met de wezenlijke inhoud ervan (beschikking Hof van 13 juni 1991, Sunzest/Commissie, C-50/90, Jurispr. blz. I-2917, punt 12, en arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 63).

79 Het feit alleen dat de bestreden beschikking de aangemelde operatie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart en verzoeksters in beginsel dus niet bezwaart, ontslaat het Gerecht bijgevolg in casu niet van het onderzoek, of de betwiste bepalingen bindende rechtsgevolgen teweegbrengen die hun belangen nadelig kunnen beïnvloeden.

De vaststelling van het bestaan van een machtspositie

80 Om te beginnen zij opgemerkt dat, zoals de Commissie heeft beklemtoond, de bij artikel 86 van het Verdrag aan de ondernemingen opgelegde verplichtingen (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 57; arresten Gerecht van 10 juli 1990, Tetra Pak/Commissie, T-51/89, Jurispr. blz. II-309, punt 23, 17 juli 1998, ITT Promedia/Commissie, T-111/96, Jurispr. blz. II-2937, punt 139, en 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 112) niet veronderstellen dat de machtspositie van deze ondernemingen in een beschikking van de Commissie is geconstateerd, doch rechtstreeks uit deze bepalingen voortvloeien. Zodra een onderneming een machtspositie inneemt, moet zij namelijk volgens deze rechtspraak in voorkomend geval haar gedrag dienovereenkomstig aanpassen, zodat zij geen afbreuk doet aan een werkzame mededinging op de markt, ongeacht de eventuele vaststelling van een beschikking door de Commissie.

81 Vervolgens heeft de vaststelling door de Commissie van het bestaan van een machtspositie, ook al kan zij het beleid en de toekomstige commerciële strategie van de betrokken onderneming beïnvloeden, geen bindende rechtsgevolgen in de zin van het arrest IBM. Een dergelijke vaststelling is een uitvloeisel van de analyse van de structuur van de markt en van de daarop op het tijdstip van de vaststelling door de Commissie van een beschikking heersende mededinging. Het gedrag dat de onderneming waarvan wordt aangenomen dat zij een machtspositie inneemt, vervolgens zal moeten aannemen om geen inbreuk te maken op artikel 86 van het Verdrag, wordt dus bepaald door een aantal criteria die op elk moment de mededingingsomstandigheden op de markt weerspiegelen.

82 In het kader van een eventuele beschikking tot toepassing van artikel 86 van het Verdrag zal de Commissie de relevante markt bovendien opnieuw moeten afbakenen en de mededingingsomstandigheden opnieuw moeten analyseren, waarbij zij niet noodzakelijkerwijs zal uitgaan van dezelfde overwegingen als die welke aan de eerdere vaststelling van het bestaan van een machtspositie ten grondslag lagen.

83 Het feit dat de Commissie in het geval van een beschikking tot toepassing van artikel 86 van het Verdrag, zoals zij zelf ter terechtzitting heeft verklaard, door de litigieuze vaststelling kan worden beïnvloed, betekent in casu dus niet, dat deze vaststelling om deze reden alleen reeds bindende rechtsgevolgen teweegbrengt in

de zin van het arrest IBM. Anders dan TCCC stelt, verliest zij niet haar recht een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht in te stellen om op te komen tegen een eventuele beschikking van de Commissie waarbij een misbruik door CCSB wordt vastgesteld.

84 Aangaande de mogelijke gevolgen van de vaststelling van het bestaan van een machtspositie voor de toepassing van de mededingingsregels door de nationale rechter zij eraan herinnerd, dat de bestreden beschikking niet is vastgesteld op basis van artikel 86 van het Verdrag, maar op basis van verordening nr. 4064/89, en de bevoegdheid van de nationale rechters om artikel 86 toe te passen onverlet laat.

85 Hoe dan ook betekent de mogelijkheid dat een nationale rechter bij rechtstreekse toepassing van artikel 86 van het Verdrag met inachtneming van de beschikkingspraktijk van de Commissie tot dezelfde vaststelling van het bestaan van een machtspositie van CCSB komt, evenmin, dat de litigieuze vaststelling bindende rechtsgevolgen in het leven roept. Een nationale rechter die in het kader van een geschil tussen CCSB en een derde gedragingen van CCSB van na de bestreden beschikking moet beoordelen, is niet gebonden door eerdere vaststellingen van de Commissie. Niets belet hem immers te concluderen dat, anders dan de Commissie ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking vaststelde, CCSB geen machtspositie meer inneemt.

86 Deze conclusies worden niet ontkracht door de door TCCC tot staving van de ontvankelijkheid van haar beroep aangehaalde rechtspraak. In de eerste plaats betreft het arrest BP/Commissie (reeds aangehaald) het recht van een onderneming, een beschikking van de Commissie waarbij haar schending van artikel 86 van het Verdrag wordt verweten, door de gemeenschapsrechter op haar wettigheid te laten toetsen, ook al is haar geen geldboete opgelegd. Voor zover een beschikking waarbij misbruik van een machtspositie wordt vastgesteld, als grondslag voor een eventuele schadevordering van derden voor de nationale

rechter kan dienen, bestaat er voor degene tot wie deze beschikking is gericht, onbetwistbaar belang bij een beroep tot nietigverklaring ervan. In casu hebben verzoeksters evenwel niet een dergelijk belang aangetoond, daar de bestreden beschikking de verenigbaarheid van de aangemelde operatie met de gemeenschappelijke markt niet in twijfel trekt, noch een misbruik door CCSB stelt.

87 Wat de relevantie van het arrest Deshormes/Commissie (reeds aangehaald) betreft, zij opgemerkt, dat in dat arrest de verzoekster, die met betrekking tot haar carrièreverloop in een ingewikkelde situatie was gebracht, werd geacht een wettig, reeds bestaand en actueel belang te hebben bij een beroep tegen een besluit waarvan de gevolgen zich pas na haar pensionering zouden manifesteren. In casu zij evenwel vastgesteld, dat de eenvoudige vaststelling in de overwegingen van de bestreden beschikking van het bestaan van een machtspositie van CCSB niet beperkt is voor de eventuele ontwikkeling van haar marktpositie en geen rechtsgevolgen voor de toekomst heeft. Om dezelfde reden is evenmin het arrest Rousseau/Rekenkamer (reeds aangehaald) relevant.

88 In het arrest RSV/Commissie (reeds aangehaald) heeft het Hof weliswaar erkend, dat de verzoekster een rechtmatig belang had bij een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie waarbij zij een haar door Nederland verleende onrechtmatige steun moest terugbetalen, ook al moest zij naar Nederlands recht en in het kader van de reeds tegen haar ingestelde nationale procedures het ontvangen steunbedrag bij faillissement of surseance van betaling terugbetalen. Deze oplossing was evenwel gerechtvaardigd omdat de verzoekster zich weliswaar op basis van middelen van nationaal recht tegen deze terugbetaling kon verzetten, doch de betrokken beschikking voor de Nederlandse regering de enige rechtsgrondslag voor haar vordering tot terugbetaling zou vormen (punten 9 en 10). In casu ligt de litigieuze vaststelling evenwel niet ten grondslag aan enige andere beschikking van de Commissie tegen CCSB wegens schending van de mededingingsregels.

89 Aangaande het arrest Postbank/Commissie (reeds aangehaald) zij opgemerkt, dat het Gerecht weliswaar het beroep tegen een beschikking waarbij de Commissie derden toestaat stukken met door een verzoekster als vertrouwelijk aangemerkte gegevens aan een nationale rechter over te leggen, ontvankelijk heeft verklaard, doch dit heeft gedaan omdat het van oordeel was dat een dergelijke beschikking in strijd kan zijn met de artikelen 214 EG-Verdrag (thans artikel 287 EG) en 20

van verordening nr. 17. In casu kan de vaststelling van het bestaan van een machtspositie als zodanig evenwel niet in strijd met het gemeenschapsrecht zijn.

90 Voorts moet het argument van TCCC, dat het bestaan van een machtspositie slechts behoeft te worden vastgesteld, indien de Commissie een beschikking geeft krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 waarbij een aangemelde operatie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, als irrelevant worden afgewezen. Wanneer de Commissie overweegt een aangemelde operatie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren, moet zij namelijk haar beschikking met inachtneming van de bijzondere kenmerken van elke operatie toereikend motiveren, zodat derden de gegrondheid van haar analyse in voorkomend geval voor de gemeenschapsrechter kunnen betwisten. Weliswaar blijkt uit de beschikkingspraktijk van de Commissie, dat zij, zoals TCCC opmerkte, in het algemeen de afbakening van de relevante markt en van de daarop aanwezige marktdeelnemers slechts in detail onderzoekt, wanneer zij van plan is een beschikking tot onverenigbaarverklaring te geven, doch niets belet haar, gelet op voormelde motiveringsplicht, een dergelijke analyse te verrichten wanneer zij een beschikking tot verenigbaarverklaring geeft, in het bijzonder bij een beschikking krachtens artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89.

91 Wat ten slotte het door verzoeksters aangevoerde risico betreft, dat zij eventueel tot een geldboete kunnen worden veroordeeld wegens schending van de mededingingsregels, zij eraan herinnerd, dat niet de vaststelling van het bestaan van een machtspositie van CCSB op een gegeven tijdstip als zodanig hen eventueel kan blootstellen aan dit risico, doch een misbruik door verzoeksters van deze positie. Dienaangaande is de verwijzing door TCCC naar het arrest CBR Cementbedrijven e.a./Commissie (reeds aangehaald) niet relevant. Volgens het Hof mogen partijen bij een overeenkomst weliswaar een beschikking van de Commissie ex artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 betwisten, doch zij mogen dit omdat zij door een dergelijke beschikking de hun door het vijfde lid van dit artikel verleende rechtsbescherming namelijk definitief moeten missen en aan een ernstig risico van een geldboete worden blootgesteld (blz. 105 en 106; zie eveneens arrest Gerecht van 27 februari 1992, Vichy/Commissie, T-19/91, Jurispr. blz. II-415, punt 16). Deze immuniteit wordt evenwel enkel verleend voor de in de aanmelding beschreven activiteit, doch zij biedt geen enkele bescherming voor andere toekomstige gedragingen dan die welke in die overeenkomst worden beschreven. In casu ontneemt de bestreden vaststelling verzoek-

sters evenwel niet een rechtsbescherming die hun door een bijzondere bepaling zou zijn verleend, noch dient zij ertoe om een bijzonder gedrag van CCSB te bepalen dat reeds door de Commissie is onderzocht.

92 Uit voorgaande overwegingen volgt, dat de vaststelling van het bestaan van een machtspositie van CCSB in de bestreden beschikking als zodanig geen dwingende rechtsgevolgen heeft, zodat een betwisting van de gegrondheid ervan door verzoeksters niet-ontvankelijk is.

De vaststelling betreffende de afbakening van de relevante markt

93 Aangezien verzoeksters niet de vaststelling van het bestaan van een machtspositie van CCSB kunnen betwisten, kunnen zij zeker niet de voorafgaande vaststelling van het bestaan van een colamarkt betwisten.

De litigieuze toezegging

94 In de eerste plaats zij opgemerkt, dat CCE in haar schriftelijke memories weliswaar heeft gesteld, dat de litigieuze toezegging voor haar rechtsgevolgen teweegbracht, doch dat alleen TCCC in haar verzoekschrift om nietigverklaring van de bestreden beschikking heeft verzocht, omdat deze toezegging in de overwegingen daarvan is opgenomen. In haar antwoorden op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft CCE gepreciseerd, dat zij niet om de formele nietigverklaring van de litigieuze toezegging had verzocht, omdat deze „deel [uitmaakte] van de litigieuze beschikking en geen afzonderlijke rechtshandeling [vormde]". Ter terechtzitting voegde zij daaraan toe, dat het bij de litigieuze toezegging in feite om een handeling van haarzelf ging, zodat daartegen geen beroep tot nietigverklaring kon worden ingesteld.

95 Bijgevolg zal, aangezien CCE niet tot nietigverklaring van de beschikking heeft geconcludeerd, voor zover deze de litigieuze toezegging betrof, in de beoordeling door het Gerecht alleen rekening worden gehouden met de argumenten van TCCC betreffende de beweerde rechtsgevolgen van deze toezegging.

96 Om te beginnen dient daarbij het standpunt van de Commissie te worden afgewezen, dat verzoeksters niet kunnen worden ontvangen, wanneer zij de wettigheid van de litigieuze toezegging betwisten, omdat deze toezegging geen formele voorwaarde in de zin van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 vormde. Uit de desbetreffende rechtspraak volgt namelijk, dat een dergelijke toezegging vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring, indien uit de analyse van de wezenlijke inhoud ervan blijkt, dat zij ertoe strekt rechtsgevolgen in de zin van het arrest IBM teweeg te brengen (zie ook arrest Frankrijk e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 60-69). Bovendien zij opgemerkt, dat de Commissie in haar schriftelijke antwoorden op de vragen van het Gerecht zelf heeft verklaard, dat bepaalde toezeggingen die alleen in de overwegingen van de beschikkingen krachtens artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 worden vermeld, in voorkomend geval dergelijke gevolgen in het leven konden roepen.

97 Teneinde te bepalen of de litigieuze toezegging bindende rechtsgevolgen heeft, moet dus worden onderzocht, of de toezegging een voorwaarde voor de verenigbaarverklaring van de aangemelde operatie was, in die zin dat de Commissie bij niet-nakoming van de voorwaarde haar beschikking zou kunnen intrekken, zoals zij in haar schriftelijke antwoorden op de vragen van het Gerecht verklaarde te kunnen doen voor bepaalde krachtens artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde beschikkingen tot verenigbaarverklaring.

98 Na onderzoek van het dossier en van de antwoorden van partijen op de mondelinge vragen van het Gerecht blijkt, dat het besluit van de Commissie van 13 september 1996 om de procedure in de zin van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 in te leiden, onder meer is ingegeven door de ernstige bezwaren die door derden in de eerste fase van de procedure zijn geuit met betrekking tot de verenigbaarheid van de aangemelde operatie met de gemeen-

schappelijke markt (zie bijlage 3 bij de opmerkingen van TCCC betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid en, meer bepaald, de punten 23 e.v. van de beschikking van de Commissie krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89).

99 Uit het dossier blijkt ook, dat CCE bij brief die zij de dag na een vergadering van verzoeksters met het met mededingingsvraagstukken belaste commissielid van de Commissie, Van Miert, op 19 december 1996 heeft toegestuurd, heeft voorgesteld een aantal toezeggingen aan de Commissie te geven, voor zover dat nodig mocht zijn opdat de Commissie de aangemelde operatie kon goedkeuren. Deze brief luidde als volgt:

„Met deze voorstellen wordt beoogd, op de in de punten van bezwaar geuite zorgen in te gaan voor het geval wordt overwogen, dat de transactie dient te worden verboden. (...) Hoe dit ook zij, partijen hebben zich evenwel steeds bereid verklaard rekening te houden met de door de Commissie in de punten van bezwaar geuite zorgen door redelijke en adequate wijzigingen van vooral structurele aard in de transactie voor te stellen (...) Partijen zijn ervan overtuigd, dat de hierna voorgestelde toezeggingen die voor hen verregaande commerciële gevolgen hebben, dit doel verwezenlijken en een antwoord zijn op de in de punten van bezwaar geuite specifieke zorgen (...) Indien deze voorstellen aanvaardbaar zijn voor de Commissie, zijn partijen bereid deze formeel uit te werken en de vorm van schriftelijke verbintenissen te geven. Op deze basis moet ons inziens de transactie aan het college van Commissieleden kunnen worden voorgelegd om haar verenigbaar te laten verklaren in de zin van artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening" (gevoegd als bijlage 13 bij verzoekschrift in zaak T-125/97).

100 De dag na de vergadering van het raadgevend comité van 7 januari 1997 waarop de door CCE voorgestelde toezegging gedetailleerd is besproken, heeft de directeur van MTF op voormelde brief geantwoord bij brief van 8 januari 1997, die luidde als volgt:

„Onder verwijzing naar de brief van 20 december 1990 aan Commissielid Van Miert waarbij bepaalde toezeggingen die partijen bereid waren te doen formeel

werden aangeboden, verzoeken wij u de toezegging betreffende het toekomstige gedrag, namelijk dat zolang CCE zeggenschap heeft over CCSB, CCSB de beperkingen als gevolg van de door Coca-Cola Export Corporation in 1989 aan de Commissie gedane toezegging in acht zal nemen, schriftelijk te bevestigen. (...) Deze toezegging, indien naar behoren nagekomen, komt ons inziens tegemoet aan bepaalde zorgen van derden."

101 Weliswaar had het raadgevend comité, zoals uit het advies van dit comité blijkt, de Commissie uitdrukkelijk verzocht „ten volle rekening te houden met alle opmerkingen welke op die bijeenkomst van het comité zijn gemaakt, inzonderheid met betrekking tot de verbintenis welke The Coca-Cola Export Corporation in 1989 jegens de Commissie [was] aangegaan", en zou de brief van 8 januari 1997 aldus kunnen worden uitgelegd, dat de Commissie daarin kenbaar het voornemen maakt, de goedkeuring van de aangemelde operatie afhankelijk te stellen van de naleving, door CCSB, van diezelfde verplichtingen, doch de directeur van MTF heeft dienaangaande alle twijfel proberen uit te sluiten door in dezelfde brief te beklemtonen, dat de litigieuze verbintenis van CCE geen voorwaarde voor de goedkeuring van de aangemelde operatie was. [„De verenigbaarverklaring zou niet afhankelijk worden gesteld van uw bevestiging, maar de toezegging zou in de eindbeschikking worden vermeld. Het raadgevend comité heeft met deze handelwijze ingestemd" (zie bijlage 13 bij verzoekschrift T-125/97).]

102 Op 9 januari 1997 heeft de directeur van MTF een uittreksel van het ontwerp van de bestreden beschikking betreffende de litigieuze toezegging ter goedkeuring aan CCE gezonden. Bij brief van 13 januari 1997 bevestigde de General Counsel van CCE, dat deze toezegging schriftelijk zou worden gedaan, en hij betuigde zijn instemming met de beslissing van de Commissie om de aangemelde operatie goed te keuren zonder daaraan voorwaarden te verbinden („CCE en de andere partijen nemen met genoegen kennis van de beslissing de voorgestelde operatie onvoorwaardelijk goed te keuren en het doet mij genoegen u te kunnen bevestigen, dat zolang CCE zeggenschap zal hebben over CCSB, CCSB de door The Coca-Cola Export Corporation in 1989 aan de Commissie gegeven

toezeggingen in acht zal nemen. Wij gaan ervan uit, dat deze verzekering alle nog niet met de Commissie geregelde vragen betreffende deze operatie zal oplossen").

103 De inhoud van deze briefwisseling tussen de Commissie en CCE is weergegeven in punt 212 van de bestreden beschikking. Uit dit punt blijkt, dat de Commissie akte heeft genomen van de door CCE gegeven toezegging zonder er een formele verplichting van te maken in de zin van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 („De Commissie neemt in ieder geval nota van het feit dat CCE zich ertoe verbindt dat, zolang CCE zeggenschap heeft over CCSB, CCSB zich zal houden aan de verbintenissen die de door The Coca-Cola Export Corporation in 1989 jegens de Commissie is aangegaan. Deze verbintenissen zouden een deel van de bezwaren die door derden in de loop van de procedure zijn geuit, wegnemen.")

104 Uit een en ander blijkt, dat de Commissie zoals zij in haar correspondentie met CCE had verklaard, bij de vaststelling van de bestreden beschikking de verleende goedkeuring niet afhankelijk heeft willen stellen van de litigieuze toezegging.

105 In elk geval wordt de verklaring van TCCC dat de Commissie om deze toezegging had verzocht, weersproken door het feit dat CCE een maand na de vaststelling van de bestreden beschikking nogmaals heeft voorgesteld deze toezegging te doen, ditmaal om de goedkeuring te verkrijgen voor de tussen haar en CS gesloten exclusieve licentieovereenkomsten die weliswaar deel uitmaakten van de aangemelde operatie, doch aan artikel 85 van het Verdrag moesten worden getoetst (zie brief van CCE aan de Commissie, van 17 februari 1997, „bijgaand treft u de definitieve versie aan van de vrijwillig door CCE in deze zaak gedane toezegging", en perscommuniqué van de Commissie, IP/97/148).

106 De litigieuze toezegging heeft dus geen bindende rechtsgevolgen, in die zin dat een schending van de voorwaarden daarvan in geen enkel opzicht afdoet aan de wettigheid van de bestreden beschikking en evenmin zal leiden tot haar intrekking. Zij is dus geen voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 173 van het Verdrag, zodat het beroep van TCCC, voor zover het de wettigheid van deze toezegging betreft, niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

De vaststelling betreffende de zeggenschap van TCCC over CCE

107 Aangaande de vraag of de vaststelling van de Commissie dat TCCC zeggenschap heeft over CCE, een voor beroep vatbare handeling is in de zin van voormelde rechtspraak (zie punt 96 supra), zij opgemerkt dat de Commissie de vaststelling dat de aangemelde operatie een communautaire dimensie had in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 4064/89, uitsluitend heeft gebaseerd op de door CCE en ABGB op internationaal en communautair niveau behaalde omzet. Aangezien de omzet van TCCC, als betrokken onderneming in de zin van artikel 5, leden 1 en 4, van verordening nr. 4064/89, door de Commissie niet als een basis voor haar exclusieve bevoegdheid om de aangemelde operatie te controleren in aanmerking is genomen, brengt de litigieuze beschikking geen rechtsgevolgen teweeg voor verzoeksters (arrest Gerecht van 24 maart 1994, Air France/Commissie, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punten 45-47).

108 Deze conclusie wordt niet ontkracht door het argument van CCE, dat de litigieuze vaststelling rechtsgevolgen in het leven roept, doordat zij haar wegens de door haarzelf en TCCC behaalde totale omzet verplicht, elk toekomstig concentratieproject bij de Commissie aan te melden, omdat haar anders een geldboete krachtens de artikelen 4 en 14 van verordening nr. 4064/89 wordt opgelegd, en doordat zij haar blootstelt aan een geldboete krachtens verordening nr. 17 wegens mededingingsverstorende gedragingen van TCCC. Evenals de vaststelling betreffende het bestaan van een machtspositie hangt de vaststelling betreffende de uitoefening van een beslissende invloed door TCCC op CCE in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 namelijk af van een aantal zich voortdurend wijzigende factoren, zoals de deelneming van de aandeelhouders aan de jaarlijkse algemene vergaderingen van CCE. De bestreden beschikking heeft dus niet tot gevolg, dat de aard van de commerciële relaties of structurele of andere banden tussen TCCC en CCE voor de toekomst onherroepelijk worden gefixeerd. Zij kan dus niet als grondslag dienen om verzoeksters in eventuele procedures inzake de toepassing van de mededingingsregels te betrekken wegens de zeggenschap die TCCC volgens de Commissie ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking over CCE uitoefende.

109 Bijgevolg zijn de beroepen niet-ontvankelijk voor zover zij strekken tot nietigverklaring van de vaststelling van de Commissie dat TCCC zeggenschap heeft over CCE.

TCCC's subsidiaire conclusies tot nietigverklaring

110 Aangezien de betwiste vaststellingen van de Commissie betreffende de afbakening van de relevante markt, het bestaan van een machtspositie van CCSB en de zeggenschap van TCCC over CCE geen bindende rechtsgevolgen in het leven roepen die verzoekster in haar belangen raken, en dus geen voor beroep vatbare handelingen vormen in de zin van artikel 173 van het Verdrag, moeten de subsidiaire conclusies van TCCC tot nietigverklaring van de bestreden beschikking in haar geheel, voor zover deze nietigverklaring nodig is om deze vaststellingen nietig te verklaren, ook niet-ontvankelijk worden verklaard.

111 Mitsdien moeten de beroepen in hun geheel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Kosten

112 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Volgens artikel 87, lid 4, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht bepalen, dat andere interveniënten dan een lidstaat hun eigen kosten zullen dragen.

113 Overeenkomstig de conclusies van partijen moeten TCCC en CCE in zaak T-125/95, respectievelijk in zaak T-127/97 in de kosten worden verwezen. Interveniënte Virgin zal haar eigen kosten dragen.

114 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zal de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) **Verklaart de beroepen niet-ontvankelijk.**

2) **Verwijst The Coca-Cola Company en Coca-Cola Enterprises Inc. in zaak T-125/97, respectievelijk in zaak T-127/97 in de kosten.**

3) **Verstaat dat The Virgin Trading Company Ltd en de Bondsrepubliek Duitsland hun eigen kosten zullen dragen.**

Vesterdorf Tiili Pirrung

Meij Vilaras

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 maart 2000.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf