van het Hof, is de Commissie bij uitsluiting bevoegd voor dergelijke overeenkomsten ontheffing te verlenen in de zin van artikel 85, lid 3.

2. Een door een ambtenaar van de Commissie ondertekende brief, waarin wordt verklaard dat er voor de Commissie geen reden bestaat om uit hoofde van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag tegen een bij haar aangemeld distributiestelsel op te treden, kan niet aan derden worden tegengeworpen en bindt de nationale rechterlijke instanties niet. Hij vormt slechts een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechterlijke instanties rekening kunnen houden bij het onderzoek van de vraag of het betrokken stelsel in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

3. Een ontheffingsbeschikking krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag doet rechten ontstaan in die zin, dat partijen bij de daarin beoordeelde mededingingsregeling zich op die beschikking kunnen beroepen tegenover derden die op basis van artikel 85, lid 2, de nietigheid van de betrokken mededingingsregeling inroepen.

4. Het gedrag van een onderneming kan als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag worden beschouwd, wanneer deze onderneming op een bepaalde markt de mogelijkheid bezit zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten, en wanneer haar optreden op deze markt, met andere middelen dan bij een normale op ondernemersprestatie berustende competitie gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van de mededinging verhindert en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

In zaak 31/80,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, in het aldaar aanhangig geding tussen

1. NV L'ORÉAL, te Brussel,

2. SA L'ORÉAL, te Parijs,

en

PVBA „DE NIEUWE AMCK", te Hoboken,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J. Mertens de Wilmars, president, P. Pescatore en T. Koopmans, kamerpresidenten, Mackkenzie Stuart, A. O'Keeffe, G. Bosco en A. Touffait, rechters,

advocaat-generaal: G. Reischl
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

I — De feiten en het procesverloop

1. Verzoeksters in het hoofdgeding, de Belgische vennootschap L'Oréal NV, te Brussel, en de Franse vennootschap SA L'Oréal, te Parijs, hebben voor de president van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, zittende in kort geding, twee procedures aanhangig gemaakt tegen verweerster in het hoofdgeding, „De Nieuwe AMCK", te Hoboken. Deze procedures, die door de president van de Rechtbank van Koophandel zijn gevoegd, strekken onder meer tot verkrijging van een verklaring voor recht dat het door gedaagde te koop aanbieden of verkopen van spuitbussen haarlak Kérastase van 370 g, spuitbussen van 710 g technische salonlak Kérastase en flesjes van 150 ml evenwichtsbad voor fijne en weke haren Kérastase, waarop de uitdrukkelijke vermelding voorkomt dat zij enkel mogen worden verkocht door haarkappers-raadgevers Kérastase, alsook, desgevallend, het zich met deze produkten bevoorraden via medeplichtigheid aan contractbreuk, daden uitmaken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken. Bovendien wordt gevorderd, verweerster te verbieden de hierboven bedoelde produkten te koop aan te bieden, te verkopen of zich daarmee te bevoorraden.

2. De SA L'Oréal te Parijs is een Franse vennootschap die parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen vervaardigt en in de handel brengt. L'Oréal NV (Brussel) is een 99 % dochteronderneming van SA L'Oréal; zij brengt de L'Oréal-produkten in België in de handel. De PVBA „De Nieuwe AMCK" is een groothandel in de parfumeriesector. „De Nieuwe AMCK" maakt geen deel uit van het selectieve distributienet dat door L'Oréal is opgezet voor de verkoop van Kérastase-artikelen.

3. Voor de president van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen heeft verweerster in het hoofdgeding onder meer

gesteld dat het selectieve distributienet van L'Oréal onwettig is wegens strijd met de communautaire mededingingsbepalingen. Vezoeksters hebben echter in dit verband melding gemaakt van een door de Commissie aan L'Oréal gerichte brief van 22 februari 1978, waarin wordt gezegd dat de Commissie, gezien het bescheiden aandeel dat L'Oréal in de verschillende landen heeft in de markt van parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen, en gezien het grote aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang, meent niet krachtens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag tegen het distributiestelsel van L'Oréal te hoeven optreden, en dientengevolge de zaak als afgesloten beschouwt.

4. Bij beschikking van 17 januari 1980, heeft de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen besloten de procedure te schorsen en het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1. Komt het systeem van parallelle alleenverkoopovereenkomsten tussen producent en exclusieve importeurs, gekoppeld aan selectieve distributienetten tussen de nationale importeurs en de door hen gekozen detaillanten, gesteund op beweerde kwalitatieve en kwantitatieve selectiecriteria, ten behoeve van enkele parfumerie-artikelen uit een geheel gamma, in aanmerking voor vrijstelling, zoals voorzien in artikel 85, lid 3, van het Verdrag van Rome en is zulks in casu het geval, gemeenschapsrechtelijk gezien, voor L'Oréal NV (Brussel) en L'Oréal SA (Parijs)?

2. Is een beslissing tot rangschikking, uitgaande van een ambtenaar van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bindend, zoals deze vervat in de brief van 22 februari 1978, ondertekend door Directeur J. E. Ferry van de ‚Direction générale de la concurrence, Direction Ententes, abus de position dominante' gericht tot 1e eiseres op hoofdeis?

3. Moeten vrijstellingen gegeven bij toepassing van art. 85, lid 3, als een tolerantie aanzien worden, of scheppen zij een recht, dat gemeenschapsrechtelijk gezien, tegenstelbaar is aan derden, en is dit het geval voor L'Oréal?

4. Kunnen de gedragingen van L'Oréal, ten aanzien van derden, aangemerkt worden als een misbruik van machtspositie in de zin van art. 86 van het Verdrag van Rome?"

5. De verwijzingsbeschikking is op 23 januari 1980 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoeksters in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door W. Alexander, advocaat te Den Haag; verweerster in het hoofgeding, te dezen vertegenwoordigd door P. Goossens en L. Neels, advocaten te Antwerpen; de Franse regering, te dezen vertegenwoordigd door T. Le Roy; de regering van het Verenigd Koninkrijk, te dezen vertegenwoordigd door A. D. Preston; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door J. Temple Lang en J.-F. Verstrynge.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

A — Bij wijze van inleidende opmerking vestigen *verzoeksters in het hoofdgeding* er de aandacht op dat de verwijzingsbeschikking is gebaseerd op onjuiste feiten. De betrokken produkten zijn geen parfumerie-artikelen; zij worden niet door SA L'Oréal (Parijs) geproduceerd en door L'Oréal NV (Brussel) ingevoerd; het zijn geen luxe artikelen. Verzoeksters leggen er in het bijzonder de nadruk op, dat de selectie van kappers, die L'Oréal maakt voor de verkoop van haar haarverzorgingsprodukten, uitsluitend plaats vindt op basis van objectieve kwalitatieve criteria welke beogen de verkoop en het gebruik van de betrokken produkten onder goede voorwaarden te garanderen, en dat er geen beroep wordt gedaan op criteria van kwantitatieve orde. Op dit moment bedraagt het aantal erkende „Kérastase haarkappers-raadgevers" in België 2 556. Bij het Kérastase-contract dat L'Oréal met de haarkappers-raadgevers sluit, verbindt zij zich onder meer de haarkapper-raadgever te laten profiteren van de voor het gebruik van en het advies over de produkten noodzakelijke technische bijstand en hem voortdurend op de hoogte te houden over de wijze waarop de haarverzorging in een salon wordt georganiseerd. De kapper verbindt zich zijnerzijds de door L'Oréal georganiseerde technische informatiedagen bij te wonen of zijn personeel daarheen af te vaardigen, erop toe te zien dat voor iedere cliënt een systematisch onderzoek wordt gedaan, de gebruiksregels voor de produkten te respecteren en de verkoop van het assortiment als geheel te bevorderen. De haarkapper-raadgever verplicht zich eveneens de betrokken produkten uitsluitend aan andere erkende Kérastase haarkappers-raadgevers te leveren.

De eerste vraag

Verzoeksters in het hoofdgeding merken op, dat de vraag naar de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, slechts kan rijzen indien vaststaat dat de betrokken overeenkomsten in strijd zijn met artikel 85, lid 1. In casu is echter duidelijk dat aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling niet is voldaan. Een selectief distributiestelsel dat op kwalitatieve selectiecriteria berust, valt buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1; dit is ook door de Commissie erkend in haar beschikking van 21 december 1976 (Junghans, PB L 30 van 1977 punten 21-23) en door het Hof aanvaard in het arrest van 25 oktober 1977 (zaak 27/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, r.o. 20 en 27). Het bescheiden marktaandeel van L'Oréal bevestigt, zoals de Commissie in haar brief van 22 februari 1978 nadrukkelijk heeft gesteld, dat er in casu geen sprake is van inbreuk op artikel 85, lid 1.

Gezien het vorenstaande en in het licht van de in artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 aan de Commissie toegekende exclusieve bevoegdheid tot toepassing van artikel 85, lid 3, stellen verzoeksters voor op de eerste vraag te antwoorden als volgt:

„Beantwoording van de vraag of zekere overeenkomsten — aangenomen dat zij vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag — in aanmerking komen voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie, behoudens het toezicht van het Hof van Justitie op de betreffende beschikking."

De tweede vraag

Anders dan in de zaken 253/78, 1-3/79, 37/79 en 99/79, speelt de brief van de

Commissie van 22 februari 1978 hier slechts een zeer beperkte rol. Het is immers duidelijk dat het kwalitatieve selectiesysteem van Kérastase niet in strijd is met artikel 85, lid 1. De brief is daarom slechts ten overvloede door verzoeksters overgelegd.

Deze brief, waarin aan L'Oréal een mening van de Commissie wordt meegedeeld, heeft bij deze onderneming het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat haar overeenkomsten in hun huidige vorm verenigbaar zijn met artikel 85. De Commissie is aan deze verklaring gebonden, tenzij er op een essentieel punt wijziging optreedt in de feitelijke omstandigheden of haar blijkt dat haar onjuiste gegevens zijn verstrekt. Met de tweede vraag wordt beoogd vast te stellen welke gevolgen een dergelijke brief voor de rechter heeft. Verzoeksters merken in dit verband op, dat volgens het arrest van 6 februari 1973 (zaak 48/72, de Haecht, Jurispr. 1973, blz. 77) de nationale rechter moet beslissen of de procedure dient te worden geschorst om partijen gelegenheid te geven het oordeel van de Commissie in te winnen, tenzij hij vaststelt dat de overeenkomst door voorlopige geldigheid wordt beschermd. Slaat de nationale rechter eerstgenoemde weg in, dan is hij aan het standpunt van de Commissie gebonden. In casu heeft de Commissie reeds een oordeel gegeven over de betrokken overeenkomsten en daar de nationale rechter heeft verklaard niet zelf de eventuele invloed van het cumulatieve effect van de distributienetten in de verschillende Lid-Staten op de uitkomst van het geding te kunnen schatten, is hij aan de waardering van de Commissie op dit punt gebonden. Verzoeksters stellen daarom voor de tweede vraag te beantwoorden als volgt:

„Indien een nationale rechter meent niet zelfstandig te kunnen beoordelen of onder de omstandigheden van het geval zekere concurrentiebeperkingen in de zin van artikel 85, lid 1 — aangenomen dat hiervan sprake is — een merkbare invloed hebben op de mededinging en de handel tussen Lid-Staten en hij beschikt over een oordeel van de Commissie dienaangaande, dient hij dit oordeel te volgen."

De derde vraag

Hoewel verzoeksters menen dat deze vraag in dit geding van ieder belang is ontbloot, en dat zij zo onduidelijk is, dat zij zich slecht voor een zinvolle beantwoording leent, stellen zij toch voor ze te beantwoorden als volgt:

„Beschikkingen of verordeningen houdende toepassing van artikel 85, lid 3 — aangenomen dat hiervan sprake is —, kunnen worden tegengeworpen aan een ieder die de nietigheid inroept van een overeenkomst op grond van artikel 85, lid 2, van het EEG-Verdrag."

De vierde vraag

Verzoeksters merken op dat in de nationale procedure niet is vastgesteld dat er in casu sprake is van een machtspositie. Evenmin kan de keuze van wederverkopers op grond van „objectieve criteria betreffende de kwalificaties van de wederverkoper" een dergelijk misbruik vormen (arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r.o. 158). Verzoeksters stellen daarom het volgende antwoord voor:

„Indien een onderneming een machtspositie inneemt op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan

— hetgeen door de rechter dient te worden onderzocht — kan het kiezen van de afnemers/wederverkopers op grond van objectieve criteria betreffende de kwalificaties van de wederverkoper, zijn personeel en zijn inrichting, geen misbruik opleveren in de zin van artikel 86, tenzij deze praktijk belemmeringen opwerpt die onevenredig zijn met het beoogde doel."

B — *Verweerster in het hoofdgeding* laat aan haar antwoord op de eerste vraag, die haar in het kader van het hoofdgeding het belangrijkst voorkomt, gedetailleerde algemene opmerkingen voorafgaan onder meer over het cumulatieve effect van de contractuele afspraken tussen L'Oréal en haar erkende wederverkopers, over de aard van de litigieuze produkten, de Belgische reglementering tot beveiliging van de gezondheid der verbruikers inzake cosmetica en aërosols, de Belgische vestigingsreglementering voor kappers en andere relevante reglementeringen, het uitschakelen van de groothandelsfase en van de nevenhandel in het Kérastase distributiestelsel, over de andere, daarin besloten beperkingen en tenslotte over het merkbaar karakter van deze beperkingen en van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten. Naast deze opmerkingen over de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, wijdt verzoekster ook overwegingen aan de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3.

Uit deze opmerkingen komt naar voren, dat het Kérastase-distributiestelsel, in zijn economische en juridische context beschouwd, met artikel 85 in strijd is. De beweerdelijk objectieve selectiecriteria die door L'Oréal worden toegepast, zijn in werkelijkheid duistere kwantitatieve criteria. Mede gezien de door de Belgische wetgeving inzake cosmetica geboden bescherming van de consument en de Belgische wetgeving inzake de toegang tot het beroep van kapper, leidt het Kérastase distributiestelsel, dat niet voor alle in België werkzame kappers openstaat, ertoe dat een aanzienlijk aantal kappers dat de vereiste vakbekwaamheid bezit, wordt uitgesloten. Deze uitsluiting is niet onontbeerlijk om de bescherming van de gezondheid van de consumenten te verzekeren; zij beantwoordt uitsluitend aan een verlangen de mededinging te beperken. Trouwens, als de door L'Oréal toegepaste selectie ten doel zou hebben de consument te beschermen, dan valt niet goed in te zien waarom de groothandelsfase geheel moet worden uitgeschakeld in het Kérastase-distributiestelsel. L'Oréal verbiedt immers alle grossiers haar produkten te verspreiden, zelfs wanneer zij zich uitsluitend beperken tot de kring van erkende haarkappers-raadgevers. Door de uitschakeling van de groothandelsfase kunnen belangrijke prijsverschillen tussen Lid-Staten voor L'Oréal-produkten kunstmatig in stand worden gehouden (zie tabel op blz. 33 van de opmerkingen). De Kérastase-overeenkomsten bevatten nog andere beperkingen van de mededinging: de kappers zijn gehouden de verkoop van Kérastase-produkten te bevorderen; zij zijn eveneens gehouden tot promotie van het hele assortiment en L'Oréal behoudt zich het recht voor de door hen toegepaste tarieven te controleren. Volgens verweerster in het hoofdgeding beperken deze verschillende concurrentiebeperkingen, mede gezien de cumulatieve werking van de betrokken overeenkomsten in de verschillende Lid-Staten, de mededinging merkbaar en beïnvloeden zij de handel tussen Lid-Staten ongunstig. Aangenomen dat de litigieuze overeenkom-

sten zijn aangemeld, dan kan daarvoor toch onder geen beding ontheffing worden verleend krachtens artikel 85, lid 3, daar het duidelijk is dat de concurrentiebeperkingen die zij bevatten, onder meer gezien de wettelijke context waarbinnen zij werken, niet onmisbaar zijn voor de bescherming van de consument, die L'Oréal zegt na te streven.

De eerste vraag

Gezien de voorafgaande opmerkingen stelt verweerster in het hoofdgeding voor, op de eerste vraag te antwoorden als volgt:

„Een selectief distributiesysteem van haarverzorgingsprodukten, waarbij een selectie op grond van de vakbekwaamheid wordt doorgevoerd terwille van het gevaar dat het toepassen van het produkt zal meebrengen voor de gebruiker, is *strijdig* met artikel 85, lid 1, wanneer communautaire en nationale wetgeving reeds op sluitende wijze de beveiliging van de verbruiker van deze produkten organiseren. Voor zover het produkten betreft die uitsluitend bestemd zijn voor toepassing door professionele dienstverleners, is het, gelet op zoëven genoemde wetgeving en op de nationale vestigingswetgeving die slechts bekwame dienstverleners toelaat tot het beroep, strijdig met artikel 85, lid 1, om niet alle overeenkomstig de nationale vestigingswetgeving gevestigde dienstverleners tot het distributienet toe te laten. Evenzo is het dan strijdig met artikel 85, lid 1, om de groothandel van het distributienet uit te sluiten.

Een selectief distributiesysteem voor haarverzorgingsprodukten, dat zou verantwoord worden door de op grond van de aard der produkten vereiste distributie, strijdt met artikel 85, lid 1:

a) wanneer niet is aangetoond dat de aard der produkten deze selectieve distributie vereist, met name wanneer het produkten betreft die onder een apart merk in het verkeer worden gebracht door een onderneming die soortgelijke produkten onder andere merken in het verkeer brengt, en die niet aantoont dat eerstgenoemde produkten zodanig en objectief van de laatstgenoemde verschillen, dat voor de ene een selectieve distributie moet worden opgezet, terwijl dit voor de andere niet, of niet op dezelfde beperkende wijze, het geval is;

b) wanneer, opgezet op grond van de wenselijkheid dat de consument bij de keuze van haarverzorgingsprodukten wordt voorgelicht door vakbekwame haarverzorgers, niet alle overeenkomstig de nationale wetgeving objectief als vakbekwaam aan te merken dienstverleners tot het distributiesysteem worden toegelaten; er verder overigens criteria worden gehanteerd die niet objectief te noemen zijn, nu er niet gebruik wordt gemaakt van in de sector bestaande verschillen onder de dienstverleners; er aan de haarverzorgers bijkomende verplichtingen worden opgelegd die niet verantwoord kunnen worden door de na te streven doelstellingen, maar die integendeel ernstige mededingingsbeperkingen uitmaken, zoals de verplichting om bij te dragen tot de verkoopbevordering, welke opgelegd wordt aan de dienstverleners, waarvan het de taak is om de gebruiker deskundig, en dienvolgens objectief, bij te staan in de keuze van de op de markt voorhanden zijnde produkten; tenslotte, wanneer, zonder dat zulks

vanuit de hier genoemde doelstelling kan verantwoord worden, de groothandel in deze produkten wordt uitgesloten.

Een selectief distributiesysteem dat gelijktijdig en systematisch in meerdere Lid-Staten wordt toegepast, maakt een merkbare beperking van de mededinging uit en beïnvloedt op merkbare wijze de tussenstaatse handel, wanneer nevenhandelsstromen binnen het net worden verhinderd en met name de bevoorrading van wederverkopers in andere Lid-Staten wordt beperkt door het gebundelde effect van het verbod aan de alleen-importeurs om buiten hun concessiegebied een actief verkoopbeleid te voeren, de praktische beperking van de mogelijkheid van erkende wederverkopers om zich in andere Lid-Staten te bevoorraden, en het uitschakelen van de groothandel in de bedoelde produkten.

Het is uitgesloten dat een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, kan bekomen worden voor een selectief distributiesysteem dat, zoals datgene dat ter beoordeling van de verwijzingsrechter staat, verder gaat dan de vakhandelsbinding die volstaat voor het verwezenlijken van een nagestreefde doelstelling; dat geen objectieve kwaliteitscriteria hanteert, en bovendien verplichtingen oplegt aan de erkende wederverkopers, welke verplichtingen niet nodig zijn voor de goede distributie van de produkten; dat, tenslotte, ertoe leidt dat de nevenhandel binnen het distributienet wordt uitgesloten, minstens op ernstige wijze wordt belemmerd."

De tweede en de derde vraag

Met betrekking tot de bindende waarde van de brief van 22 februari 1978 refereert verweerster in het hoofdgeding zich aan hetgeen advocaat-generaal Reischl hierover heeft geconcludeerd in zijn conclusie in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 en in de zaken 37/79 en 99/79. De brief is noch een ontheffingsbeschikking noch een negatieve verklaring. Hij kan niet aan derden worden tegengeworpen en bindt de nationale rechter niet; laatstgenoemde blijft dus bevoegd de toelaatbaarheid van de onderhavige overeenkomsten te beoordelen in het licht van artikel 85, lid 1.

Gezien dit antwoord op de tweede vraag, is de derde vraag niet meer van belang.

C — De *Franse regering* stelt dat een selectief distributiestelsel haars inziens slechts verenigbaar kan worden geacht met de mededingingsbepalingen voor zover het op kwalitatieve en niet op kwantitatieve criteria is gebaseerd. Het is echter de taak van de gemeenschapsautoriteiten om, onder toezicht van het Hof van Justitie, vast te stellen of artikel 85, lid 3, op de onderhavige distributiestelsels van toepassing is.

Wat de tweede vraag betreft: de brief van 22 februari 1978 is noch een negatieve verklaring noch een ontheffingsbeschikking. Het betreft hier uitsluitend een standpunt van een vertegenwoordiger van de Commissie, welke eventueel kan leiden tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor „onjuiste inlichtingen".

De in de derde vraag bedoelde ontheffingsbeschikkingen kunnen aan derden worden tegengeworpen, maar in casu is er geen ontheffingsbeschikking gegeven. Een eenvoudige brief betreffende de sluiting van het dossier kan niet aan derden worden tegengeworpen.

Ten slotte meent de Franse regering dat de vierde vraag buiten het kader van artikel 177 valt, voor zover het Hof daarin wordt verzocht zich over een concreet geval uit te spreken. Het is de taak van

de Commissie inbreuken op artikel 86 vast te stellen.

D — De *regering van het Verenigd Koninkrijk* merkt op, dat de eerste vraag twee onderdelen omvat. In de eerste plaats wordt gevraagd of voor een distributiestelsel als in de vraag omschreven, krachtens artikel 85, lid 3, ontheffing kan worden verleend. De regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst in dit verband naar de gevoegde zaken 253/78, 1-3/79 en meer in het bijzonder naar de conclusie van de advocaat-generaal in deze zaken. In de tweede plaats wordt gevraagd of het distributiestelsel van L'Oréal ontheffing geniet. Deze vraag valt echter buiten het kader van artikel 177, omdat het Hof hierin wordt gevraagd zich over de toepasselijkheid van artikel 85 op een gegeven situatie uit te spreken. Bovendien is de Commissie krachtens artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 bij uitsluiting bevoegd artikel 85, lid 3, toe te passen.

De brief van 22 februari 1978 is, zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 stelde ten aanzien van de vergelijkbare brieven die daar aan de orde waren, uitsluitend de vertolking van een opvatting.

De derde vraag is binnen de context van het hoofdgeding van belang ontbloot. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk is de enige derdenwerking die een ontheffingsbeschikking heeft, dat die derden de mogelijkheid wordt ontnomen om tegenover de desbetreffende overeenkomst het verbod van artikel 85, lid 1, in te roepen. De ontheffing schept geen enkel recht dat tegenover derden kan worden ingeroepen. De vraag of de partijen bij de litigieuze overeenkomsten in casu dergelijke rechten hebben, behoort uitsluitend tot het terrein van het Belgische recht.

Met betrekking tot de vierde vraag overweegt de regering van het Verenigd Koninkrijk, dat het niet erg aannemelijk is dat artikel 86 in casu van toepassing is, gezien het bescheiden aandeel dat L'Oréal, zoals in de brief van 22 februari 1978 wordt vermeld, in de markt heeft.

E — De *Commissie* herinnert allereerst aan de administratieve actie die zij in de sector parfumerie- en toiletartikelen heeft gevoerd en die eveneens in haar opmerkingen in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 is beschreven. De brief van 22 februari 1978 die de heer Ferry aan L'Oréal heeft gestuurd nadat laatstgenoemde zich bereid had verklaard de indirecte uitvoerverboden die de betrokken distributieovereenkomsten voordien bevatten, te verwijderen, moet binen het kader van deze actie als geheel worden geplaatst.

De eerste vraag

De Commissie merkt op dat het probleem van een eventuele ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, pas aan de orde komt wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 1, is voldaan.

In dit verband onderstreept de Commissie, onder verwijzing naar met name rechtsoverweging 20 van het arrest-Metro (reeds aangehaald), dat de keuze van distributeurs op basis van zuiver kwalitatieve criteria niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt indien die criteria op uniforme wijze en zonder discriminatie op alle potentiële distributeurs worden toegepast. Wanneer daarentegen kwantitatieve criteria bij de selectie gaan spelen, heeft men in beginsel te maken met een beperking van de mededinging.

Om echter onder het in artikel 85, lid 1, genoemde verbod te vallen, moet deze beperking, gelet op het werkelijke kader waarbinnen zij moet worden geplaatst, de handel tussen Lid-Staten en de mededinging merkbaar ongunstig beïnvloeden (arrest van 25 november 1971, zaak 22/71, Béguelin, Jurispr. 1971, blz. 949, r.o. 18). In casu heeft de Commissie op grond van de haar bekende omstandigheden geoordeeld dat de beperkingen van de mededinging, die nog mochten blijven voortbestaan in de betrokken sector, niet meer merkbaar waren en in ieder geval de handel tussen Lid-Staten niet meer merkbaar ongunstig konden beïnvloeden.

Zo men niettemin moet aannemen dat de betrokken overeenkomsten onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, dan meent de Commissie dat de argumenten die tot nu toe door de ondernemingen in de sector luxe parfumerie naar voren zijn gebracht, de verlening van een ontheffing voor dergelijke overeenkomsten krachtens artikel 85, lid 3, niet kunnen rechtvaardigen.

Tenslotte merkt de Commissie op, dat niet kan worden gezegd dat haar optreden heeft geleid tot een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, voor de overeenkomsten waarop de verkooporganisatie van L'Oréal is gebaseerd. De Commissie heeft slechts gemeend dat er voor haar geen aanleiding meer bestond om krachtens artikel 85, lid 1, op te treden. De Commissie wijst er met nadruk op, dat L'Oréal bij haar weten uitsluitend een kwalitatieve selectie toepast, die dus ipso facto aan de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, ontsnapt.

De tweede vraag

Op grond van overeenkomstige overwegingen als die welke zij in de zaken 253/78, 1-3/79, 37/79 en 99/79 heeft uitgewerkt, stelt de Commissie voor deze vraag te beantwoorden als volgt:

„Het gemeenschapsrecht laat niet toe dat een brief, zoals die welke op 22 februari 1978 tot L'Oréal is gericht, wordt beschouwd als een beschikking van de Commissie. Omdat het gaat om een administratieve brief waarbij L'Oréal wordt medegedeeld dat de Commissie meent dat er voor haar, gezien de haar bekende gegevens, geen aanleiding meer bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, op te treden tegen de betrokken overeenkomsten, laat het gemeenschapsrecht niet de conclusie toe dat op zulk een brief beroep kan worden gedaan tegenover derden."

De derde vraag

De Commissie acht het niet nodig deze vraag te beantwoorden, daar in casu geen enkele ontheffing is verleend; ten overvloede verwijst zij nog naar de antwoorden op de schriftelijke vragen van het Hof in de zaken 253/78, 1-3/79, 37/79 en 99/79.

De vierde vraag

Los van de vraag of de gedragingen van L'Oréal een misbruik vormen, ziet de Commissie niet in hoe deze gedragingen onder de toepassing van artikel 86 kunnen vallen, gezien het bescheiden marktaandeel van de betrokken onderneming. De Commissie stelt daarom voor deze vraag te beantwoorden als volgt:

„De gedragingen van L'Oréal kunnen niet door artikel 86 van het Verdrag van Rome worden verboden, zolang L'Oréal geen machtspositie inneemt op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt."

III — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 23 september 1980 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door verzoeksters in het hoofgeding, te dezen vertegenwoordigd door W. Alexander, advocaat te 's-Gravenhage; verweerster in het hoofgeding, te dezen vertegenwoordigd door L. Neels, advocaat te Antwerpen; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door M. Kuyper, lid van haar juridische dienst.

Ter terechtzitting van 15 oktober 1980 heeft de advocaat-generaal conclusie genomen.

In rechte

1 Bij beschikking van 17 januari 1980, ingekomen ten Hove op 23 januari daaropvolgende, heeft de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen krachtens artikel 177 EEG-Verdrag enkele prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

2 Deze vragen zijn gesteld naar aanleiding van een geding dat door de Belgische vennootschap L'Oréal NV en de Franse vennootschap SA L'Oréal is aangespannen tegen de vennootschap „De Nieuwe AMCK" bij de president van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, zittende in kort geding. De vennootschappen L'Oréal hebben in België voor de Kérastase-haarverzorgingsprodukten een selectief distributienet opgebouwd waarvan de vennootschap „De Nieuwe AMCK" geen deel uitmaakt. Zij vorderen nu onder meer een verklaring voor recht, dat het door verweerster te koop aanbieden of verkopen van Kérastase-produkten, waarop uitdrukkelijk staat vermeld dat zij enkel mogen worden verkocht door haarkappers-raadgevers Kérastase, alsook, desgevallend, het zich met deze produkten bevoorraden via medeplichtigheid aan contractbreuk, met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden vormen. Bovendien vorderen zij dat het verweerster worde verboden, vorenbedoelde produkten ten verkoop aan te bieden, te verkopen of zich ermee te bevoorraden.

3 Verweerster in het hoofdgeding heeft zich voor de nationale rechter beroepen op de onwettigheid van het selectieve distributienet van L'Oréal, dat in strijd zou zijn met de communautaire mededingingsvoorschriften. Daar tegenover hebben verzoeksters in het hoofdgeding melding gemaakt van een brief van de Commissie, op 22 februari 1978 aan de SA L'Oréal gezonden,

waarin de Commissie de vennootschap meedeelt dat zij, gezien het bescheiden aandeel dat L'Oréal in de verschillende landen heeft in de markt van parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen, en gezien het grote aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang, meende niet krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag tegen het distributiestelsel van L'Oréal te hoeven optreden en dat de zaak dientengevolge was afgesloten.

4 De Rechtbank van Koophandel heeft daarop besloten haar uitspraak aan te houden, en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1. Komt het systeem van parallelle alleenverkoopovereenkomsten tussen producent en exclusieve importeurs, gekoppeld aan selectieve distributienetten tussen de nationale importeurs en de door hen gekozen detaillanten, gesteund op beweerde kwalitatieve en kwantitatieve selectiecriteria, ten behoeve van enkele parfumerie-artikelen uit een geheel gamma, in aanmerking voor vrijstelling, zoals voorzien in artikel 85, lid 3, van het Verdrag van Rome en is zulks in casu het geval, gemeenschapsrechtelijk gezien, voor L'Oréal NV (Brussel) en L'Oréal SA (Parijs)?

2. Is een beslissing tot rangschikking, uitgaande van een ambtenaar van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bindend, zoals deze vervat in de brief van 22 februari 1978, ondertekend door Directeur J. E. Ferry van de ‚Direction générale de la concurrence, Direction Ententes, abus de position dominante' gericht tot 1e eiseres op hoofdeis?

3. Moeten vrijstellingen gegeven bij toepassing van art. 85, lid 3, als een tolerantie aanzien worden, of scheppen zij een recht, dat gemeenschapsrechtelijk gezien, tegenstelbaar is aan derden, en is dit het geval voor L'Oréal?

4. Kunnen de gedragingen van L'Oréal, ten aanzien van derden, aangemerkt worden als een misbruik van machtspositie in de zin van art. 86 van het Verdrag van Rome?"

5 Allereerst zij eraan herinnerd dat het Hof in het kader van de hem bij artikel 177 EEG-Verdrag opgedragen taak niet bevoegd is zich uit te spreken over de toepassing van het Verdrag op een concreet geval. Het Hof kan daarom

niet antwoorden op het tweede onderdeel van de eerste vraag. Het staat aan de nationale rechter om in de geschillen die hem worden voorgelegd, gelet op de feiten van de zaak en, in voorkomend geval, op de antwoorden op de uitleggingsvragen die hij het Hof meende te moeten stellen, te beslissen of er termen aanwezig zijn voor toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

6 Daar evenwel de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties door het optreden van de Commissie kan worden beïnvloed, dient eerst de tweede vraag, betreffende het rechtskarakter en de gevolgen van de brief van de Commissie aan de SA L'Oréal, te worden onderzocht.

Het rechtskarakter van de litigieuze brief

7 Gelijk het Hof reeds verklaarde in zijn arresten van 10 juli 1980 (zaak 99/79, Lancôme; zaken 253/78 en 1-3/79, Guerlain e.a.; zaak 37/79, Marty), is de Raad ingevolge artikel 87, lid 1, EEG-Verdrag bevoegd alle verordeningen en richtlijnen vast te stellen die dienstig zijn voor de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 neergelegde beginselen. Overeenkomstig deze machtiging heeft de Raad verordeningen vastgesteld — waaronder verordening nr. 17 van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) — die de Commissie de bevoegdheid verlenen om verschillende soorten verordeningen, beschikkingen en aanbevelingen vast te stellen.

8 Tot het instrumentarium waarover de Commissie daarmee ter vervulling van haar opdracht de beschikking heeft gekregen, behoren de beschikkingen houdende negatieve verklaringen, en de beschikkingen bedoeld in artikel 85, lid 3. Met betrekking tot beschikkingen houdende negatieve verklaringen bepaalt artikel 2 van verordening nr. 17 van de Raad dat de Commissie op verzoek van de betrokken ondernemingen kan vaststellen dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of gedraging op te treden krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag. Met betrekking tot de beschikkingen bedoeld in artikel 85, lid 3, bepalen de artikelen 6 en volgende van verordening nr. 17, dat de Commissie beschikkingen kan geven waarbij de bepalingen van artikel 85, lid 1, buiten toepassing worden verklaard voor een bepaalde overeenkomst, voor zover deze — behoudens vrijstelling van aanmelding op grond van artikel 4, lid 2, van genoemde verordening — is aangemeld. Daarmee krijgen degenen tot wie een dergelijke beschikking is gericht,

het recht om, eventueel op door de Commissie gestelde voorwaarden, een overeenkomst, mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging in praktijk te brengen, en kunnen zij zich op dit recht beroepen tegenover iedere derde die voor de nationale rechter aanvoert dat artikel 85, lid 1, door die overeenkomst, mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging is geschonden.

9 Verordening nr. 17 en de verordeningen tot uitvoering daarvan geven de regels die de Commissie bij de vaststelling van vorenbedoelde beschikkingen in acht heeft te nemen. Indien de Commissie voornemens is een negatieve verklaring krachtens voornoemd artikel 2 of een beschikking bedoeld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag te geven, is zij krachtens artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 met name gehouden het essentiële gedeelte van het verzoek of de aanmelding bekend te maken en alle belanghebbende derden uit te nodigen hun opmerkingen kenbaar te maken binnen de door de Commissie vastgestelde termijn. Ingevolge artikel 21, lid 1, van de verordening moeten beschikkingen houdende negatieve verklaringen, en ontheffingsbeschikkingen bekend worden gemaakt.

10 Het is duidelijk dat een brief als die welke het directoraat-generaal Concurrentie aan de vennootschap L'Oréal heeft gericht, die is verzonden zonder inachtneming van de publiciteitsvoorschriften van artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17, en die niet is bekendgemaakt ingevolge artikel 21, lid 1, van die verordening, noch een beschikking houdende negatieve verklaring noch een beschikking bedoeld in artikel 85, lid 3, is in de zin van de artikelen 2 en 6 van verordening nr. 17. De Commissie zelf heeft erop gewezen dat het hierbij slechts gaat om een administratief schrijven, waarbij de betrokken onderneming in kennis wordt gesteld van de opvatting van de Commissie, dat er voor haar geen aanleiding bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag tegen de overeenkomsten op te treden, en dat de zaak dus kan worden afgesloten.

11 Een dergelijke brief, die uitsluitend is gebaseerd op de gegevens die de Commissie bekend zijn, die een beoordeling van de Commissie weergeeft en die een onderzoek door de bevoegde diensten van de Commissie weergeeft en die een onderzoek door de bevoegde diensten van de Commissie afsluit, staat er niet aan in de weg dat de nationale rechterlijke instanties voor wie een beroep op de onverenigbaarheid van de betrokken overeenkomsten met artikel 85 wordt gedaan, op grond van de gegevens waarover zij beschikken, tot een afwijkend oordeel over die overeenkomsten komen. Het in dergelijke

brieven meegedeelde standpunt bindt de nationale rechterlijke instanties niet, al vormt het wel een feitelijk gegeven waarmee zij rekening kunnen houden bij hun onderzoek van de vraag of de overeenkomsten of gedragingen in overeenstemming zijn met artikel 85.

12 Op de tweede vraag dient dus te worden geantwoord dat een door een ambtenaar van de Commissie ondertekende brief, waarin wordt verklaard dat er voor de Commissie geen reden bestaat om uit hoofde van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag tegen een bij haar aangemeld distributiestelsel op te treden, niet aan derden kan worden tegengeworpen en de nationale rechterlijke instanties niet bindt. Hij vormt slechts een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechterlijke instanties rekening kunnen houden bij het onderzoek van de vraag of het betrokken stelsel in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

De toepassing van artikel 85 op het onderhavige distributiestelsel

13 In verband met de eerste door de nationale rechter aan het Hof gestelde vraag, betreffende de mogelijkheid van ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, voor het onderhavige distributiestelsel, dient eraan te worden herinnerd dat volgens artikel 9, lid 1, van genoemde verordening nr. 17, onverminderd het toezicht van het Hof, uitsluitend de Commissie bevoegd is de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag overeenkomstig artikel 85, lid 1, van het Verdrag overeenkomstig artikel 85, lid 3, buiten toepassing te verklaren. De bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties is beperkt tot het oordeel over de vraag of de hun voorgelegde overeenkomst, mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging beantwoordt aan artikel 85, lid 1, en eventueel tot de vaststelling van de nietigheid van de litigieuze overeenkomst, mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging overeenkomstig artikel 85, lid 2.

14 De nationale rechter zal de geldigheid van het distributiestelsel van L'Oréal dan ook aan deze bepalingen moeten toetsen. Het staat aan het Hof hem daartoe de gegevens betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen, die hem tot een uitspraak in staat moeten stellen.

15 Zoals het Hof heeft overwogen in het arrest van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875), vormen selectieve distributiestelsels een met artikel 85, lid 1, verenigbare concurrentiefactor, mits bij de keuze

der wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf, en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast.

16 Om de aard van de „kwalitatieve" criteria voor de selectie van wederverkopers precies te kunnen vaststellen, moet ook worden onderzocht of de eigenschappen van het betrokken produkt, voor het behoud van de kwaliteit en ter verzekering van het juiste gebruik ervan, tot een selectief distributiestelsel dwingen en of aan deze doelstellingen niet reeds is voldaan door een nationale regeling inzake de toegang tot het beroep van wederverkoper of inzake de verkoopvoorwaarden voor het betrokken produkt. Ten slotte dient te worden nagegaan of de toegepaste criteria niet strenger zijn dan nodig is. In dit verband zij eraan herinnerd dat het Hof in voornoemde zaak 26/76 (Metro) heeft overwogen dat de verplichting om bij te dragen aan de opbouw van een distributiestelsel, de verplichtingen betreffende het behalen van een zekere omzet en die inzake minimum afname en voorraad, verder gaan dan voor een op kwalitatieve criteria gebaseerd selectief distributiestelsel nodig is.

17 Wanneer de toegang tot een selectief distributienet afhankelijk is gesteld van voorwaarden die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, en vooral wanneer die toegang op kwantitatieve criteria berust, valt het distributiestelsel in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, voor zover de overeenkomst tenminste, zoals het Hof in het arrest van 30 juni 1966 (zaak 56/65, LTM, Jurispr. 1966, blz. 391) heeft overwogen, aan verschillende voorwaarden voldoet, die niet zozeer haar rechtskarakter raken als wel haar invloed op de „handel tussen Lid-Staten" enerzijds en „de mededinging" anderzijds.

18 Om te kunnen beoordelen of een overeenkomst de handel tussen Lid-Saten ongunstig kan beïnvloeden, moet op basis van een geheel van objectieve gegevens — feitelijk of rechtens — en vooral gelet op de gevolgen van de litigieuze overeenkomst voor de mogelijkheden tot parallelimport, worden vastgesteld of met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht dat deze overeenkomst al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lid-Staten kan beïnvloeden.

19 Om te kunnen beoordelen of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens vervalsing van de mededinging die het doel of het gevolg ervan is, moet de mededinging worden bezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen. Hiertoe zal men met name hebben te letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid van de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de positie en het gewicht van de partijen op de betrokken markt en het geïsoleerde karakter van de litigieuze overeenkomst dan wel juist de omstandigheid dat zij deel uitmaakt van een reeks van overeenkomsten. Op dit punt heeft het Hof in het arrest van 12 december 1967 (zaak 23/67, Brasserie de Haecht, Jurispr. 1967, blz. 511) verduidelijkt, dat het bestaan van gelijksoortige overeenkomsten, zonder noodzakelijkerwijze beslissend te zijn, een omstandigheid is die tezamen met andere de economische en juridische samenhang kan opleveren waarbinnen de overeenkomst moet worden beoordeeld.

20 Het staat aan de nationale rechter om op basis van alle relevante gegevens uit te maken of de overeenkomst feitelijk voldoet aan de voorwaarden om onder het verbod van artikel 85, lid 1, te vallen.

21 Op de eerste vraag moet derhalve worden geantwoord, dat overeenkomsten die de basis vormen van een selectief distributiestelsel, dat berust op toelatingscriteria die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, alle bestanddelen voor onverenigbaarheid met artikel 85, lid 1, bevatten wanneer zij op zichzelf dan wel tezamen met andere, in de economische en juridische samenhang waarin zij tot stand zijn gekomen, en op grond van een geheel van objectieve gegevens — feitelijk of rechtens — de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en tot doel of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Behoudens toezicht van het Hof, is de Commissie bij uitsluiting bevoegd voor dergelijke overeenkomsten ontheffing te verlenen in de zin van artikel 85, lid 3.

De werking jegens derden van een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3

22 Waar hiervóór over het rechtskarakter van de in de tweede vraag bedoelde brief werd gesproken, is er reeds op gewezen dat, wanneer de Commissie

een ontheffing verleent overeenkomstig artikel 85, lid 3, dit de begunstigde een recht geeft dat hij aan derden kan tegenwerpen.

23 Op de derde vraag moet dus worden geantwoord, dat een ontheffingsbeschikking krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag rechten doet ontstaan in die zin, dat partijen bij de daarin beoordeelde mededingingsregeling zich op die beschikking kunnen beroepen tegenover derden die op basis van artikel 85, lid 2, de nietigheid van de betrokken mededingingsregeling stellen; dat evenwel, gelet op het antwoord op de vraag inzake het rechtskarakter van de brief van de Commissie, deze brief niet een dergelijke ontheffing vormt.

De toepassing van artikel 86

24 Artikel 86 van het Verdrag verbiedt misbruik, door een of meer ondernemingen, van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

25 Bij het onderzoek of een onderneming eventueel een machtspositie bezit, is, gelijk het Hof in het arrest van 21 februari 1973 (zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215) heeft beklemtoond, de afbakening van de markt van wezenlijk belang. De concurrentiemogelijkheden moeten immers worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle produkten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen.

26 Op de aldus omschreven markt is er sprake van een machtspositie wanneer, zoals het Hof laatstelijk in het arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) heeft verduidelijkt, een onderneming een economische macht bezit welke haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten, in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

27 Het begrip misbruik is door het Hof in genoemde zaak 85/76 (Hoffmann-La Roche) gedefinieerd als een objectief begrip, betrekking hebbend op de gedragingen van een dominerende onderneming, die de structuur kan beïnvloeden van een markt waar, juist door de aanwezigheid van die onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die met andere middelen dan bij een normale, op ondernemersprestatie berustende competitie van goederen of diensten gebruikelijk zijn, het behoud of de ontwikkeling van het nog op die markt aanwezige concurrentieniveau kunnen verhinderen.

28 Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten is een begrip dat de artikelen 85 en 86 van het Verdrag gemeen hebben en dat hierboven is uitgewerkt.

29 Evenals bij artikel 85 staat het aan de nationale rechter om, op basis van alle gegevens over de betrokken gedraging, te beslissen of artikel 86 van toepassing is.

30 Op de vierde vraag moet dus worden geantwoord, dat het gedrag van een onderneming als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag kan worden beschouwd, wanneer deze onderneming op een bepaalde markt de mogelijkheid bezit zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten, en wanneer haar optreden op deze markt, met andere middelen dan bij een normale, op ondernemersprestatie berustende competitie gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van de mededinging verhindert en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

Kosten

31 De kosten door de Franse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerking bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechter over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen bij beschikking van 17 januari 1980 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1. Overeenkomsten die de basis vormen van een selectief distributiestelsel, dat berust op toelatingscriteria die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, bevatten alle bestanddelen voor onverenigbaarheid met artikel 85, lid 1, wanneer zij op zichzelf dan wel tezamen met andere, in de economische en juridische samenhang waarin zij tot stand zijn gekomen, en op grond van een geheel van objectieve gegevens — feitelijk of rechtens — de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en tot doel of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Behoudens toezicht van het Hof, is de Commissie bij uitsluiting bevoegd voor dergelijke overeenkomsten ontheffing te verlenen in de zin van artikel 85, lid 3.

2. Een door een ambtenaar van de Commissie ondertekende brief, waarin wordt verklaard dat er voor de Commissie geen reden bestaat om uit hoofde van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag tegen een bij haar aangemeld distributiestelsel op te treden, is geen ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3. Hij kan derhalve niet aan derden worden tegengeworpen en bindt de nationale rechterlijke instanties niet; hij vormt slechts een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechterlijke instanties rekening kunnen houden bij het onderzoek van de vraag of het betrokken stelsel in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

3. Het gedrag van een onderneming kan als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag worden beschouwd, wanneer deze onderneming op een bepaalde markt de mogelijkheid bezit zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen ten opzichte van haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten, en wanneer haar optreden op deze markt, met andere middelen dan bij een nor-

male op ondernemersprestatie berustende competitie gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van de mededinging verhindert en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

Mertens de Wilmars Pescatore Koopmans

Mackenzie Stuart O'Keeffe Bosco Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 december 1980.

De griffier

A. Van Houtte

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 15 OKTOBER 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De zaak waarin ik heden concludeer, heeft betrekking op problemen die verregaand overeenstemmen dan wel vergelijkbaar zijn met die welke in de zaken 253/78, 1-3/79, 37/79 en 99/79 aan de orde waren.

Een van de verzoeksters in het hoofdgeding, de vennootschap L'Oréal te Parijs, houdt zich bezig met de produktie en het in de handel brengen van parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen. Zij heeft in België een dochtermaatschappij, de andere verzoekster in het hoofgeding, die aldaar — zoals andere dochtermaatschappijen in andere Lid-Staten —, op grond van know-how- en licentieovereenkomsten met de moedermaatschappij, L'Oréal-produkten vervaardigt en in de handel brengt.

Voor de produkten waarom het in het hoofdgeding gaat — haarlak en haarverzorgingsmiddelen van het merk Kérastase — geldt in België evenals in andere Lid-Staten een selectief distributiestelsel. Op grond hiervan mogen deze produkten enkel worden verkocht door haarkappers-raadgevers aan wie L'Oréal professionele bijstand verleent voor het gebruik en het geven van advies en die zich verplichten de door L'Oréal georganiseerde technische informatiedagen bij te wonen, er voor te zorgen dat bij iedere cliënte een systematisch onderzoek plaatsvindt, de voorschriften betreffende het gebruik van de produkten in acht te nemen en de afzet van de totale collectie te bevorderen. Er zijn naar het schijnt in België — bij een totaal van rond 18 000 kappers — circa 2 500 van dergelijke

1 — Vertaald uit het Duits.