CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 1 JUNI 1983 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Verzoekster in de zaak waarin ik thans heb te concluderen, is tezamen met haar dochtermaatschappij Telefunken Fernseh- und Rundfunk GmbH (TFR) — die sinds 1 juni 1979 een zelfstandige bedrijfstak van AEG vormt — door de produktie en verkoop van televisie-, radio-, geluidsband-, grammofoon- en audiovisuele apparatuur bedrijvig op de markt van de amusementselektronica.

In 1973 werd besloten, de distributie van een gedeelte van de produktie — het zogenoemde „5-sterrenprogramma" — selectief op te zetten, dat wil zeggen uitsluitend aan erkende handelaren toe te vertrouwen. Deze distributieregeling werd overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 17 op 6 november 1973 bij de Commissie aangemeld. Tijdens de daarover gevoerde gesprekken werd het distributiestelsel op verzoek van de Commissie op bepaalde punten gewijzigd. Tenslotte verklaarde de directeur-generaal Concurrentie bij brief van 17 mei 1976, dat tegen de bij hem op 16 maart van hetzelfde jaar ingediende versie van de „EG-gedragscode" („EG-Verpflichtungsschein") van Telefunken geen bezwaren bestonden in verband met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

De distributieregeling werd in dier voege toegepast, dat met gespecialiseerde groot- en kleinhandelaren die aan bepaalde voorwaarden voldeden, overeenkomsten werden gesloten volgens welke AEG-Telefunken haar contractprodukten enkel levert aan handelaren in de zin van de gedragscode, en de handelaren binnen het door de overeenkomst bestreken gebied — de Europese Gemeenschap — contractprodukten alleen afgeven aan wederverkopers die kunnen aantonen dat zij de gedragscode hebben ondertekend. Tot eind 1978 werden voornoemde overeenkomsten gesloten door AEG, tegelijkertijd handelend voor TFR; daarna trad in de standaardovereenkomsten als contractpartner van de handelaren AEG-Telefunken-Konsumgüter AG op, handelend in naam en voor rekening van AEG en tevens voor TFR. In Duitsland wordt de distributie verzorgd door de AEG-verkoopkantoren of -vestigingen, in de overige EEG-Lid-Staten door de met de distributie belaste AEG-dochtermaatschappijen, zoals AEG-Telefunken France SA (ATF) en AEG-Telefunken Belgische NV (ATBG).

In de loop der jaren ontving de Commissie klachten van verscheidene handelaren die meenden, gegronde bezwaren te hebben tegen de wijze waarop de AEG-distributieregeling werd toegepast. Dientengevolge ging de Commissie in juni 1979 over tot controles bij TFR, ATBG en ATF; omstreeks diezelfde tijd verrichtte zij overigens ook onderzoeken bij andere ondernemingen in de sector van de amusementselektronica die selectieve distributiestelsels toepasten. Op grond van het aldus verzamelde materiaal leidde zij bij besluit van 29 mei 1980 tegen verzoekster in de onderhavige zaak een procedure ex artikel 9 van verordening nr. 17 in. De Commissie vatte haar kritiek op de praktische toepassing van het distributiestelsel samen in de mededeling van de punten van bezwaar van 2 juni 1980. Verzoekster maakte haar standpunt ten aanzien daarvan kenbaar in een antwoord van 5 augustus 1980, tijdens een

1 — Vertaald uit het Duits.

hoorzitting op 19 augustus daaropvolgende alsmede in latere schriftelijke verklaringen.

Op 6 januari 1982 gaf de Commissie haar eindbeschikking. Daarin wordt na een uitvoerige motivering — waarin de feitelijke toepassing van de distributieregeling in Duitsland, Frankrijk en België kritisch wordt onderzocht en aan artikel 85 getoetst — in artikel 1 gesteld, dat de door verzoekster ingevoerde distributieregeling voor Telefunken-merkartikelen in de in de praktijk toegepaste vorm, waarin a) handelaren, hoewel zij voldeden aan de toelatingsvoorwaarden, de contractprodukten niet konden verkrijgen, en b) de verkoopprijzen van de contractueel gebonden handelaren rechtstreeks of indirect door AEG werden vastgesteld, een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vormt. Artikel 2 verplicht AEG, aan de in artikel 1 vastgestelde inbreuk onverwijld een einde te maken. Artikel 3 legt AEG een geldboete op van 1 miljoen Ecu (ofwel DM 2 445 780), binnen een termijn van drie maanden, te rekenen vanaf de kennisgeving van de beschikking, op een rekening van de Commissie te storten.

Op 24 maart 1982 stelde AEG-Telefunken bij het Hof van Justitie beroep in tot nietigverklaring van deze beschikking.

Bij afzonderlijke akte verzocht zij tevens om opschorting van de gedwongen tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking. Nadat verzoekster op verzoek van de Commissie op 17 maart 1982 een bankgarantie had gesteld, werd bij beschikking van 6 maart 1982 besloten de tenuitvoerlegging van artikel 3 van de beschikking op te schorten op voorwaarde dat de ten gunste van de Commissie gestelde zekerheid werd gehandhaafd.

In deze zaak zou ik het volgende willen opmerken.

I — Om te beginnen moet kort worden ingegaan op de *inhoud van de EG-gedragscode van AEG-Telefunken,* waartegen de Commissie geen bezwaar had, en moet een beknopt overzicht worden gegeven van de punten waarop de Commissie de praktische toepassing van de distributieregeling meent te moeten kritiseren.

1. In die gedragscode is bepaald, aan welke voorwaarden gespecialiseerde klein- en groothandelaren moeten voldoen om produkten van het merk Telefunken te mogen verkopen.

a) Van eerstgenoemden wordt voornamelijk verlangd dat zij over een speciaalzaak of een speciale afdeling voor radio-, televisie- en grammofoontoestellen beschikken, in staat zijn de contractprodukten behoorlijk te presenteren en de klanten deskundig advies te verstrekken in een representatieve verkoopruimte, een perfecte garantie- en servicedienst verzekeren met behulp van een speciaal ingerichte werkplaats, een onberispelijke nummercontrole bijhouden en de mededingingsvoorschriften naleven.

b) Van de gespecialiseerde groothandelaren wordt verlangd, dat zij voor eigen rekening en in beginsel niet alleen naar aanleiding van een bestelling contractprodukten afnemen en zowel de producent als de detailhandel behulpzaam zijn door regelmatige werving en bevoorrading van gespecialiseerde detailhandelaren. Voorts geldt ook voor hen de verplichting, een onberispelijke nummercontrole bij te houden en geen inbreuk te maken op de mededingingsregels.

2. Volgens de Commissie heeft verzoekster zich in de praktijk niet steeds daaraan gehouden en moet haar derhalve worden verweten, dat zij bij de toepassing van de distributieregeling artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag heeft geschonden.

a) Zo zou haar beleid er in beginsel in hebben bestaan, alleen te leveren aan de *traditionele* gespecialiseerde groot- en kleinhandel, doch niet aan modernere distributievormen met een agressieve prijzenpolitiek, zoals grote warenhuizen. Dit zou worden bewezen door een reeks individuele gevallen in de Bondsrepubliek Duitsland, België en Frankrijk, waaruit ook zou blijken dat aan de toelating tot het distributiestelsel bijkomende voorwaarden werden verbonden die niet als kwalitatieve selectiecriteria kunnen worden beschouwd.

b) Bovendien zou verzoekster in Frankrijk hebben gepoogd, erkende handelaren *gebiedsbescherming* te verlenen, hetgeen op toepassing van *kwantitatieve* selectiecriteria zou neerkomen.

c) Tenslotte zou verzoekster in samenhang met de distributieregeling een beleid hebben gevoerd dat was gericht op stabilisering van de detailhandelsprijzen en op de verwezenlijking van een uniform, hoog prijsniveau. Daartoe zouden met afnemers afspraken zijn gemaakt over de handhaving van een bepaald prijsniveau, zouden tussen Franse handelaren prijsafspraken zijn gesloten, zou van handelaren zijn verlangd dat zij zich aan bepaalde prijzen hielden en zouden de prijzen ook indirect zijn beïnvloed door toekenning van bepaalde voordelen.

II — Alvorens te onderzoeken in hoeverre de door de Commissie geformuleerde verwijten en de door verzoekster te harer verdediging aangevoerde argumenten gegrond zijn, zou ik de bestaande *rechtspraak inzake selectieve distributiestelsels* in herinnering willen brengen.

1. Zo zijn volgens het arrest van 25 oktober 1977 [1] dergelijke verkoopsystemen verenigbaar met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, „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" (r.o. 20).

Gelijkaardige overwegingen vinden wij in de arresten in de zaken 99/79 [2], 31/80 [3] en 126/80 [4]. Daarbij wordt er in beide eerstgenoemde arresten ook op gewezen, dat een selectief distributienet waartoe de toegang afhankelijk is gesteld van voorwaarden die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, vooral wanneer het op kwantitatieve selectiecriteria is gebaseerd (arrest 99/79, r.o. 21, en arrest 31/80, r.o. 17). Voorts zij opgemerkt — omdat dit in verzoeksters betoog een rol speelt —, dat in de Duitse versie van het arrest in zaak 126/80 [4] niet — zoals in zaak 26/76 — van de „fachliche Eignung" maar van de „Lei-

1 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

2 — Arrest van 10 juli 1980, zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2511.

3 — Arrest van 11 december 1980, zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775.

4 — Arrest van 16 juni 1981, zaak 126/80, Salonia, Jurispr. 1981, blz. 1563.

stungsfähigkeit" („capacité" in de Franse versie) van de wederverkopers wordt gesproken [1].

Vermeldenswaard is voorts, dat in het arrest in zaak 26/76 [2] wordt beklemtoond, dat bij deze verkoopsystemen de nadruk in het algemeen niet uitsluitend en zelfs niet hoofdzakelijk wordt gelegd op de prijsconcurrentie, en dat het streven om voor gespecialiseerde groot- en kleinhandelaren een bepaald prijsniveau te handhaven, een doelstelling is die kan worden nagestreefd zonder noodzakelijkerwijs onder het verbod van artikel 85, lid 1, te vallen (r.o. 21). In dit arrest wordt er voorts op gewezen, dat de Commissie ervoor dient te waken dat de starheid van de prijsstructuur niet wordt versterkt, hetgeen zou kunnen gebeuren wanneer het aantal selectieve verkoopnetten voor de verhandeling van eenzelfde produkt zou toenemen (r.o. 22).

2. Uit het voorgaande kunnen voor de onderhavige zaak reeds enkele belangrijke conclusies worden getrokken:

a) Aan de toelating tot een selectief distributiestelsel mogen — nu voor alle wederverkopers dezelfde kwantitatieve eisen hebben te gelden — ten aanzien van een bijzondere groep, zoals in casu grote warenhuizen, geen andere en strengere voorwaarden worden verbonden. Zodra zij aan de kwantitatieve toelatingsvoorwaarden voldoen, mogen handelaren niet worden afgewezen op grond dat er in een bepaald gebied voldoende erkende verdelers zijn om de voorziening te verzekeren, aangezien zulks zou neerkomen op een kwantitatieve selectie. Evenmin mogen, wanneer aan de algemeen vastgestelde voorwaarden is voldaan, bijkomende eisen worden gesteld, zoals de handhaving van een bepaald prijsniveau of de beperking van de wederverkoop tot bepaalde afnemers.

Hieraan zou ik nog willen toevoegen dat verzoekster zich mijns inziens vergist, wanneer zij uit het gebruik van de term „Leistungsfähigkeit" in het arrest in zaak 126/80 [3] afleidt, dat daarmee — als toelaatbaar kwalitatief criterium — de financiële draagkracht van handelaren wordt bedoeld. Daartegen spreekt niet alleen de in de Franse versie van het arrest gebezigde term „capacité", doch ook de omstandigheid dat „Leistungsfähigkeit" zowel betrekking heeft op de wederverkoper als op zijn personeel, ten aanzien waarvan het kennelijk geen zin heeft, van *financiële* draagkracht te spreken. „Leistungsfähigkeit" kan derhalve in werkelijkheid niets anders betekenen dan de „fachliche Eignung" waarvan in de overige aangehaalde arresten sprake is.

b) In het arrest in zaak 26/76 [2] wordt weliswaar gewag gemaakt van het rechtmatige streven om voor de gespecialiseerde groot- en kleinhandel een bepaald prijsniveau te handhaven, doch niets in dit verband wijst erop, dat het nastreven van dit doel — met om het even welke middelen — in geen geval onder artikel 85, lid 1, kan vallen. Wanneer ter bereiking van dit doel een beroep wordt gedaan op afspraken tussen de partijen bij een dealercontract of afspraken tussen wederverkopers tot stand worden gebracht, acht ik bezwaren tegen die handelwijze geenszins uitgesloten, omdat zij in dat geval klaarblijkelijk een aantal van de uitdrukkelijk in artikel 85, lid 1, genoemde kenmerken vertoont. Mijns in-

1 — *NvdV:* in de Nederlandse versie ook hier „vakbekwaamheid".

2 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

3 — Arrest van 16 juni 1981, zaak 126/80, Salonia, Jurispr. 1981, blz. 1563.

ziens ziet voornoemde zin evenmin op het geval waarin een producent zijn prijspolitiek eenzijdig opdringt — bijvoorbeeld door met verbreking van de contractuele betrekkingen te dreigen —, aangezien zulks ongetwijfeld zou neerkomen op toepassing achteraf van een bijkomend en derhalve onrechtmatig toelatingscriterium. Daarentegen lijkt het in beginsel aannemelijk dat bedoelde passage — gesteld al dat zij zelfstandige, logische betekenis heeft — mede betrekking heeft op louter eenzijdige prijsaanbevelingen, dat wil zeggen de aanbeveling van marktprijzen waarnaar de handelaren zich vrijblijvend kunnen richten en waartegen derhalve geen bezwaar kan worden gemaakt.

III — Na deze inleidende opmerkingen kom ik thans toe aan het probleem van de discriminatie bij de toelating van handelaren, de verlening van gebiedsbescherming in bepaalde gevallen daaronder begrepen. Daarbij zal ik eerst de in de beschikking vermelde individuele gevallen onderzoeken en vervolgens ingaan op hetgeen in de beschikking onder de opschriften „de invoeringsfase", „algemene afzetpolitiek in Duitsland" en „algemene verkooppolitiek in Frankrijk" aan algemene kritiek op dit punt is aangevoerd.

1. De niet-toelating van handelaren in Duitsland

In dit verband komen twee gevallen in aanmerking: de weigering tot levering aan de in mei 1976 te Kassel geopende Ratio-Markt, die deel uitmaakt van de reeks detailzaken (grote warenhuizen) van Terfloth & Snoek GmbH, alsmede de beslissing in december 1976 om de leveringen aan de erkende groothandelaar Harder te Villingen stop te zetten, en de gebeurtenissen rond de pogingen om deze boycot op te heffen.

a) Ratio-Markt te Kassel

Ik behoef alle bijzonderheden van dit geval thans niet te vermelden; daartoe moge ik verwijzen naar het rapport ter terechtzitting en de processtukken. Volgens verzoekster kan slechts van een discriminerende niet-toelating worden gesproken, wanneer vaststaat dat een handelaar aan alle voorwaarden van de distributieregeling voldeed. In het geval Ratio zou niet aan de criteria voor de vakhandel zijn voldaan, zodat verzoekster — overeenkomstig haar verplichting jegens de erkende handelaren — Ratio-Markt niet in haar distributiestelsel kon opnemen. De Commissie daarentegen meent uit een gespreksnota van 6 april 1976 over een eerste bezoek aan Ratio te kunnen afleiden, dat de vertegenwoordiger van verzoekster zelf van mening was, dat Ratio-Markt „in wezen" aan de criteria voor de vakhandel voldeed. Uiteindelijk zou dit echter niet doorslaggevend zijn omdat — aldus de Commissie — van discriminatie ook sprake is wanneer een andere omstandigheid — bijvoorbeeld het gevreesde prijsgedrag — bepalend is voor niet-toelating. Dit zou bij Ratio het geval zijn geweest, aangezien de bevoorrading van deze onderneming voornamelijk werd geweigerd omdat het om een „Markt" ging en men het — blijkens voornoemde gespreksnota — niet eens was kunnen worden over de marktprijzen. Voorts zou verzoekster in ieder geval moeten worden verweten, dat zij Ratio in het geheel geen gelegenheid tot opneming heeft willen bieden, aangezien zij de toelatingsvoorwaarden waaraan niet zou zijn voldaan, niet met name heeft genoemd, zelfs niet nadat Ratio bij brief van 22 december 1976 opnieuw om levering had verzocht met het uitdrukke-

lijke aanbod om aan iedere door verzoekster gestelde voorwaarde te voldoen.

Mijns inziens kan slechts van discriminerende toepassing van de distributieregeling worden gesproken wanneer, ofschoon aan *alle* toelatingsvoorwaarden is voldaan, geen levering plaatsvindt, dat wil zeggen wanneer in het geval van een bepaalde afnemer *bijkomende* overwegingen de doorslag geven. Aan de vraag of aan de toelatingsvoorwaarden is voldaan, mag dus stellig niet voorbij worden gegaan met het betoog, dat niet-levering in ieder geval op andere overwegingen berust; anders zou onder omstandigheden een boycot plaatsvinden om louter subjectieve redenen, zonder dat het bewijs is geleverd van een objectieve inbreuk op de mededingingsregels.

Met betrekking tot Ratio-Markt in Kassel kan uit de gespreksnota van 6 april 1976 stellig niet worden afgeleid, dat verzoekster zelf van mening was dat Ratio „in wezen" aan de criteria voor de vakhandel voldeed, hetgeen overigens nog niet zou betekenen dat daaraan *volledig* was voldaan. De woordkeuze aan het einde van de tweede alinea van voornoemde brief — waar het woord „soll" wordt gebruikt — maakt duidelijk dat hier alleen maar verklaringen van Ratio worden weergegeven. Het gaat dus niet om een beoordeling door verzoeksters vertegenwoordiger, die zich op dat ogenblik overigens nog geen definitief oordeel kon vormen, aangezien de zaak nog niet was geopend en voor een zinvolle beoordeling zeker van belang is, hoe een zaak in de praktijk wordt gedreven (geluidscoulisse, beschikbaar verkooppersoneel). Deze eigenlijke beoordeling zou — eveneens blijkens voornoemde nota — veeleer eind mei plaatsvinden.

Anderzijds zijn er bepaalde aanwijzingen dat die beoordeling van eind mei terecht ongunstig uitviel. Zo was er luidens een brief van de raadsman van Ratio van 22 december 1976 eind mei bezwaar tegen gemaakt, dat Ratio niet over een besloten vakafdeling beschikte en dat in de verkoopruimten teveel produkten in hun originele verpakking waren opgeslagen; dit strookte niet met de in de EG-gedragscode, sub I 1 c, gestelde eisen inzake een „behoorlijke presentatie" en het voorhanden zijn van een „representatieve verkoopruimte". Een en ander wordt ook toegegeven in een brief van de raadsman van Ratio aan de Commissie van 2 oktober 1980. Voorts is niet alleen van belang, dat Ratio niet heeft getracht via de rechter levering te verkrijgen, en dat zij geen beroep heeft ingesteld tegen de rechterlijke beslissingen die in 1978 op vordering van verzoekster werden gewezen, nadat Ratio zich in strijd met de distributieregeling contractprodukten had verschaft. Van belang is ook dat soortgelijke bezwaren, waarvan Ratio de gegrondheid niet heeft weerlegd, worden vermeld in een verslag van een bezoek van 30 oktober 1980 en dat verzoekster Ratio ook kon verwijten dat zij — gelijk onder verwijzing naar concrete vaststellingen reeds in het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar wordt gesteld — niet over voldoende geschoold personeel beschikte, aangezien slechts voor een van drie verkopers die een uitgestrekt rayon bedienden, het bewijs van een vakopleiding kon worden geleverd.

Bovendien is mijns inziens niet genoegzaam aangetoond, dat de *beslissende reden* voor verzoeksters weigering om aan Ratio te leveren, de omstandigheid was dat het om een „Markt" ging en dat

geen akkoord was bereikt over de marktprijzen. Omtrent eerstgenoemd punt is niets te vinden in de in verband met het geval-Ratio overgelegde documenten. Wat het tweede punt betreft, kon de Commissie wijzen op de laatste alinea van de gespreksnota van 6 april 1976, luidende als volgt: „Er werd gesproken over de marktprijsvorming, maar daarover werd geen overeenstemming bereikt. De marktprijsvorming hangt van het gesprek in Kassel af." Evenwel kan niet worden uitgesloten, dat de eerste van de aangehaalde zinnen slaat op de één zin vroeger genoemde „Ratio-listing voor 1976", die betrekking had op niet onder de distributieregeling vallende produkten. Voorts is niet bewezen, dat de marktprijsvorming werkelijk een beslissende rol speelde. Dit had gemakkelijk kunnen worden vastgesteld door een ondervraging van Ratio, die trouwens ook plaatsvond. Het is echter opvallend, dat daarvan met geen woord wordt gerept in de uitvoerige opmerkingen die Ratio in oktober 1980 aan de Commissie heeft doen toekomen.

Wat tenslotte het verwijt van de Commissie betreft, dat de ontbrekende toelatingsvoorwaarden nooit met name werden genoemd en dat Ratio dus, ofschoon zij zich bij brief van 22 december 1976 daartoe bereid had verklaard, niet de gelegenheid werd geboden aan alle toelatingsvoorwaarden te voldoen, lijkt het mij uiterst twijfelachtig of ook dit wel toelaat, van een onjuiste toepassing van de distributieregeling te spreken. Bovendien moet — geheel afgezien van het feit dat blijkens de brief van Ratio van 22 december 1976 concrete bezwaren kenbaar zijn gemaakt — in ieder geval worden toegegeven, dat de toepassing van een distributiestelsel hier vanuit een geheel nieuw gezichtspunt wordt benaderd; derhalve kan bezwaarlijk van schuldig gedrag worden gesproken, temeer daar naar Duits recht — verzoekster beroept zich in dit verband op het arrest in zaak 14/68 [1] — de *bereidheid* om aan de criteria voor de vakhandel te voldoen niet volstaat, doch daaraan *daadwerkelijk moet zijn voldaan* wanneer een aanspraak op levering geldend wordt gemaakt (vgl. het arrest van het Bundesgerichtshof van 30 juni 1981, KZR 11/80).

Het *geval-Ratio-Markt* levert derhalve niet het bewijs van een discriminerende toelatingspraktijk van verzoekster. Mitsdien moet het bij de beoordeling van de toepassing door verzoekster van haar distributieregeling *buiten beschouwing* blijven.

b) Harder (te Villingen)

In dit geval gaat het niet om de toelating van een handelaar als gespecialiseerd grossier, doch om de vraag hoe verzoekster een reeds toegelaten handelaar behandelde, nadat hem wegens inbreuken op de distributieregeling — herhaalde levering van grotere hoeveelheden produkten aan niet-contractueel gebonden detailhandelaren — begin december 1976 een leveringsboycot was opgelegd (zie in dit verband de brief van het verkoopkantoor Freiburg van 15 december 1976). Uit het feit dat Harder zich in die brief onder meer bereid verklaarde, behalve de uit het standaardcontract voortvloeiende verplichtingen uitdrukkelijk de verplichting te aanvaarden

„2) geen grote warenhuizen of gelijksoortige ondernemingen met onze produkten te bevoorraden;

1 — Arrest van 13 februari 1969, zaak 14/68, Wilhelm e. a., Jurispr. 1969, blz. 1.

3) onze produkten niet in andere EEG-landen op de markt te brengen",

heeft de Commissie afgeleid, dat het ook hier om een geval van discriminerende toepassing van de distributieregeling gaat: verzoekster zou zich niet hebben beperkt tot de in de EG-gedragscode vermelde eisen inzake vakbekwaamheid, waaraan Harder klaarblijkelijk voldeed.

Evenals het geval-Ratio te Kassel heeft de Commissie mijns inziens ook dit geval ten onrechte als bewijs van een discriminerende toelatingspraktijk aangevoerd.

Om te beginnen staat wel vast, dat verzoeksters beslissing om niet langer aan Harder te leveren, gerechtvaardigd was. Volgens de EG-gedragscode, sub VI a, kunnen immers de leveringen aan een handelaar worden stopgezet, wanneer deze zich niet aan de uit het dealercontract voortvloeiende verplichtingen houdt, en de Commissie heeft nooit serieus in twijfel getrokken, dat Harder de krachtens de EG-gedragscode, sub V 2, op hem rustende verplichting had geschonden.

Voorts is belangrijk, dat van het in de brief van 15 december 1976 bedoelde gesprek over een mogelijke voortzetting van de handelsbetrekkingen alleen is vastgelegd, dat Harder *bereid* was extra condities te aanvaarden; daarentegen is niet duidelijk, dat verzoeksters verkoopkantoor te Freiburg dit als voorwaarde stelde voor hervatting van de leveringen. Maar al aangenomen dat het verkoopkantoor Freiburg een dergelijk initiatief heeft genomen, dan nog is dit uiteindelijk irrelevant omdat — zoals uit de slotzin van de brief van 15 december 1976 blijkt — de definitieve beslissing over de behandeling van Harder bij TFR lag. In dit verband is evenwel tijdens de procedure gebleken, dat de definitieve verbreking van de handelsbetrekkingen door TFR op andere gronden berustte. Blijkens de aan het Hof overgelegde briefwisseling werd immers van Harder verlangd dat hij opheldering verschafte omtrent de betrokken inbreuken, een verklaring aflegde dat hij in het vervolg dergelijk gedrag achterwege zou laten, en — zoals de gedragscode voorschrijft — de door zijn inbreuken veroorzaakte kosten vergoedde. Luidens brieven van verzoeksters raadslieden van 29 augustus en 7 september 1977 waren dit de enige voorwaarden voor beëindiging van de leveringsboycot. Ondanks verscheidene aanmaningen werd echter nooit aan deze voorwaarden voldaan. Veeleer konden wederom verboden leveringen, onjuiste verklaringen betreffende afzetwegen en valse voorwendsels worden vastgesteld. Tenslotte werden de betrekkingen in september 1977 kennelijk definitief verbroken, zonder dat Harder nog enige poging ondernam om opnieuw te worden toegelaten.

Het geval Harder vormt dan ook niet het bewijs van een discriminerende toepassing van de distributieregeling, nu het hier slechts gaat om een gerechtvaardigde uitsluiting op grond van bepaalde inbreuken en een gebrek aan bereidheid om de nodige waarborgen te bieden voor een correcte naleving van de distributieregeling.

2. Niet-toelating van een handelaar in België

Bedoeld wordt hier de groothandelaar Diederichs, met wie — nadat hij reeds geruime tijd was opgevallen door handelsactiviteiten buiten de betrokken landelijke vertegenwoordigingen om en door verkoop van Telefunken-apparaten onder de verkoopprijzen van ATBG — in september 1977 onderhandelingen

werden gevoerd met het oog op een normalisering van zijn activiteiten (zie de nota van 29 september 1977). Daarbij kwam onder meer vast te staan, dat Diederichs over nagenoeg geen administratie beschikt, dat elf vrachtwagenchauffeurs volgens vaste routes geheel België bevoorraden en dat geen georganiseerde buitendienst bestaat. Medio oktober 1977 werd er met betrekking tot dit geval in een telexbericht op gewezen dat, „voor zover überhaupt aan de criteria van de distributieregeling was voldaan", opneming in het distributiestelsel eerst zou kunnen plaatsvinden na aflegging van een schriftelijke verklaring, dat in de toekomst inbreuken op de mededingingsregels achterwege zouden blijven. In een mededeling van ATBG aan TFR van 24 oktober 1977 werd er voorts op gewezen, dat Diederichs een dealercontract had gesloten met Grundig en dat zulk een overeenkomst ook voor Telefunken mogelijk was. Er werd evenwel aan toegevoegd: „Il résulte des discussions, que Diederichs ne veut pas accepter une concertation des prix qui rendrait son activité compatible avec la nôtre." Tenslotte werd in een nota van 28 oktober 1977 met betrekking tot het geval-Diederichs verklaard dat — nu tijdens verdere gesprekken was gebleken, dat Diederichs niet bereid was zich aan enig door ATBG aanbevolen prijsniveau voor de Belgische detailhandelaren te houden, en derhalve een aanzienlijke prijsonrust op de gehele Belgische markt te vrezen was — om afzetpolitieke redenen van de inschakeling van Diederichs moest worden afgezien. Daar bovendien geen juridische bezwaren waren aangevoerd tegen een weigering om met Diederichs een dealercontract te sluiten — de tot dan toe gepleegde inbreuken vormden voldoende grond —, bestond er geen aanleiding om de met Diederichs aangeknoopte gesprekken voort te zetten.

Na alles wat tijdens de procedure met betrekking tot dit geval is aangevoerd, heb ik de indruk dat het door de Commissie terecht als bewijs voor een onrechtmatige toepassing van het distributiestelsel is aangevoerd en dat verzoeksters verweermiddelen — zij betoogt in hoofdzaak, dat Diederichs niet aan de kwalitatieve toelatingsvoorwaarden voldeed — niet zeer overtuigend zijn.

In zoverre verzoekster zich beroept op vroeger, met de mededingingsregels strijdig gedrag van Diederichs, is van belang dat blijkens genoemde nota van 28 oktober 1977 de beweerde schending door Diederichs van mededingingsvoorschriften klaarblijkelijk niet de beslissende reden was om de gesprekken met hem af te breken. Voorts spreekt het vanzelf, dat de door de EG-gedragscode aan de handelaren opgelegde verplichting om de mededingingsvoorschriften na te leven, slechts geldt *na* opneming in het distributiestelsel. Bijgevolg kunnen eerder gepleegde inbreuken hooguit relevant zijn, wanneer het aantal en de ernst ervan de vrees rechtvaardigen, dat zij ook na opneming in het distributiestelsel zullen worden voortgezet. In het geval Diederichs zijn daarvoor evenwel geen voldoende aanknopingspunten te vinden. In zoverre kan immers bezwaarlijk genoegen worden genomen met verzoeksters — enige — argument, dat het Belgisch ministerie van Economische zaken zich in 1975 — kennelijk zonder gevolg — met een Diederichs verweten geval van oneerlijke mededinging heeft beziggehouden, en dat Diederichs bij vonnis van de rechtbank van Koophandel te

Tongeren van 8 januari 1976, bevestigd bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 27 juni 1977, is veroordeeld ter zake van het voeren van misleidende reclame.

In zoverre verzoekster voorts nadrukkelijk heeft gesteld, dat Diederichs in werkelijkheid niet aan de in haar EG-gedragscode vervatte criteria voor de vakhandel voldeed, is haar verwijzing naar de financiële situatie van Diederichs, waarover reeds in september 1977 inlichtingen waren ingewonnen en die in een brief van 19 oktober 1977 „precair" werd genoemd, niet overtuigend. Zoals gezegd, gaat verzoekster er immers ten onrechte van uit, dat volgens de rechtspraak ook de financiële draagkracht van een handelaar als een relevant kwalitatief toelatingscriterium is te beschouwen. Hetzelfde geldt voor haar betoog, dat Diederichs niet in staat was de nodige service te bieden — waartegen de Commissie terecht heeft ingebracht, dat zulks volgens de gedragscode niet de taak van de groothandelaren doch van de detailhandelaren is —, alsook voor het argument, dat Diederichs niet bereid was de nodige informatie te verstrekken. Met betrekking tot dit laatste punt wordt immers in de nota van 29 september 1977 slechts gesteld, dat Diederichs zijn klantenlijst niet wilde meedelen met het oog op een afspraak over de vraag welke klanten niet door hem zouden mogen worden bevoorraad; zulks kan niet zonder meer als een weigering tot het verstrekken van informatie worden beschouwd. Mochten voorts de door verzoekster tijdens de procedure voor het Hof afgelegde verklaringen de indruk wekken, dat een diepgaand onderzoek gerechtvaardigde twijfel had kunnen doen rijzen omtrent de vraag of Diederichs aan de criteria voor de vakhandel voldeed — vooral wegens zijn geringe personeelsbestand en het ontbreken van een georganiseerde buitendienst, waardoor regelmatige werving, controle en voorlichting van klanten onmogelijk waren —, dan heeft de Commissie dit betoog terecht voor een motivering ex post facto gehouden. Beslissend is immers, dat deze aspecten in geen der overgelegde documenten als doorslaggevend werden aangemerkt; veeleer werd in de brief van 24 oktober 1977 vastgesteld, dat Diederichs een — kennelijk gelijksoortig — dealercontract had gesloten met Grundig, waarna werd geconcludeerd dat „zulk een overeenkomst ook voor Telefunken mogelijk was."

Tenslotte dan verzoeksters verklaringen betreffende de prijsgesprekken: volgens haar ging het daarbij niet om de detailhandelsprijzen, die Diederichs niet kende, doch om diens verkoopprijzen, en diende in het geval Diederichs te worden voorkomen, dat inbreuk zou worden gemaakt op de Belgische wettelijke regeling, volgens welke ATBG de nettobasisprijzen voor de vakhandel ter kennis van het ministerie moet brengen en daarop slechts bepaalde maximumkortingen mag toestaan, dus niet — gelijk Diederichs wenste — een bijzondere marge. Hieromtrent moet worden opgemerkt, dat dit laatste in geen der overgelegde documenten als reden voor niet-toelating wordt genoemd. Ook uit de nota van 28 oktober 1977 — waarin de verbreking van de gesprekken met Diederichs wordt vermeld, zonder dat nader op enigerlei vraag betreffende de criteria voor de vakhandel wordt ingegaan — blijkt zonneklaar, dat alleen belang werd gehecht aan het feit dat Diederichs niet bereid was, „zich aan enig door ATBG aanbevolen prijsniveau voor de Belgische de-

tailhandelaren te houden", zodat „een aanzienlijke prijsonrust op de gehele Belgische markt" te vrezen was.

Blijkens het voorgaande heeft de Commissie de behandeling van de Belgische groothandelaar Diederichs terecht als een geval van discriminerende niet-toelating tot het distributiestelsel aangemerkt, nu hier voor de uitsluiting niet de criteria voor de vakhandel doorslaggevend waren, doch andere omstandigheden, die verband hielden met de prijsvorming en derhalve niet in aanmerking mochten worden genomen.

3. Discriminatie bij de toelating van handelaren in Frankrijk

Het betreft hier drie gevallen waarin de toelating tot verzoeksters distributiestelsel eerst zou hebben plaatsgevonden, nadat bepaalde toezeggingen betreffende de prijsvorming waren gedaan.

a) In het geval van het winkelbedrijf *Auchan* werd blijkens een door de Commissie overgelegd document (een nota van 21 maart 1978) in het voorjaar van 1971 vastgesteld, dat Auchan produkten van concurrerende producenten verkocht „tegen de kostprijs plus BTW", dat een filiaal te Straatsburg reeds twee jaar ernstige moeilijkheden veroorzaakte omdat het Telefunken-apparaten verkocht tegen „extreem lage prijzen", en dat derhalve tot dan toe niet op orders van Auchan was ingegaan. Op verder aandringen van Auchan om tot het distributiestelsel te worden toegelaten, werd kennelijk — aldus verzoeksters onweersproken verklaringen — in juni 1978 om gegevens verzocht teneinde te kunnen vaststellen, of aan de criteria voor de vakhandel was voldaan; deze zouden evenwel niet zijn verstrekt. Nadat vertegenwoordigers van verzoekster tijdens bezoeken hadden vastgesteld, dat aan de vereiste voorwaarden was voldaan, werd Auchan begin november 1978 als gespecialiseerd handelaar toegelaten. Dienaangaande wordt in een eveneens door de Commissie overgelegd document (een nota van 20 oktober 1978) niet alleen verklaard, dat Auchan verzoeksters gedragscode kon ondertekenen, doch ook het volgende opgemerkt — volgens de Commissie komt het vooral daarop aan —: „D'autre part, il accepterait qu'en échange de nos livraisons ... il retirerait toute parution-presse sur nos téléviseurs, suivrait les prix conseillés que nous lui demanderions d'appliquer, à condition que dans la ville où ces produits seraient vendus, aucun magasin de quelque sorte que ce soit, ne pratique des prix inférieurs, auquel cas, il serait amené à s'aligner."

In dit verband heeft verzoekster in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar aangevoerd, dat Auchan altijd al was opgevallen door spectaculaire advertentiemethoden, met name doordat hij in zijn reclame schermde met inkoopprijzen en minimumprijzen. Dit zou worden gestaafd door een reeks brieven van Thomson-Brandt, waarin sprake is van ongeoorloofde „prix d'appel" van Auchan, die uiteindelijk tot stopzetting van de leveringen aan deze onderneming zouden hebben geleid. Voorts zou in een ATF-document van november 1979 aan de hand van een vergelijking tussen inkoopprijzen en verkoopprijzen worden aangetoond, dat Auchan zich door aanbieding van een kosteloze garantie en een gratis krediet van zes maanden klaarblijkelijk schuldig maakte aan oneerlijke mededinging. Bijgevolg — aldus verzoekster — moest worden aangenomen, dat Auchan in strijd met de Franse voorschriften onder de kostprijs verkocht om klanten te lokken, en daardoor de goede naam van het merk Telefunken schaadde. Een en an-

der zou, gelet op de in de gedragscode neergelegde verplichting tot naleving van de mededingingsvoorschriften, bezwaren hebben doen rijzen tegen de toelating van Auchan. De besprekingen van oktober 1978 zouden alleen daarop betrekking hebben gehad en er dus enkel toe hebben gestrekt, de handhaving van uit mededingingsoogpunt toelaatbare prijzen te verzekeren; Auchan zou zich daaraan echter niet hebben gehouden.

Mijns inziens kan dit betoog van verzoekster evenmin worden aanvaard. Daarbij kan in het midden worden gelaten, of de stelselmatige aanwending door een handelaar van lokaanbiedingen diens uitsluiting uit het distributiestelsel daadwerkelijk rechtvaardigt, en of verzoekster afdoende heeft bewezen, dat Auchan zich in het verleden in zoverre in strijd met de mededingingsregels heeft gedragen, waartoe de door verzoekster overgelegde, grotendeels van na de toelating van Auchan daterende documenten bezwaarlijk als toereikend kunnen worden beschouwd. Relevant zijn — en de Commissie mocht daarop afgaan — dé bewoordingen van de nota van 20 oktober 1978. Daarin is ondubbelzinnig sprake van een overeenkomst, geen reclameadvertenties te plaatsen voor Telefunken-televisietoestellen; bovendien wordt daarin niet gesproken van met de mededingingsregels strijdige prijzen, doch van handhaving van de door Telefunken aanbevolen prijzen, alsmede van de mogelijkheid, zich aan lagere, in de betrokken stad toegepaste prijzen aan te passen.

Bijgevolg kan worden gesteld, dat aan de opneming van Auchan een extra voorwaarde werd verbonden, die niets uitstaande had met de criteria voor de vakhandel en die de uitsluiting van geoorloofd marktgedrag beoogde. Zulks kan slechts worden aangemerkt als een discriminerende toepassing van de distributieregeling, waartegen de Commissie — gelet op de hiervoor aangehaalde rechtspraak — terecht bezwaar heeft gemaakt.

b) Hetzelfde geldt volgens de Commissie voor het geval *Mammouth* (in casu in Toulouse).

Daartoe beroept zij zich op een nota van ATF van 20 oktober 1978, volgens welke ATF eerst aan dit warenhuis wilde leveren — de centrale directie van Mammouth was op dat ogenblik kennelijk niet in het aanknopen van handelsbetrekkingen met ATF geïnteresseerd —, nadat de bedrijfsleider van de radio- en televisieafdeling van Mammouth te Toulouse had beloofd, zich aan de in de stad Toulouse in het algemeen geldende prijzen te zullen houden.

Verzoekster heeft hiertegen in de eerste plaats ingebracht, dat het geval-Mammouth niet in de mededeling van de punten van bezwaar was vermeld, doch eerst in de bestreden beschikking ter sprake is gebracht; mitsdien zou dit geval wegens schending van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure buiten beschouwing moeten blijven. Voorts is haars inziens voor een juist inzicht in de gang van zaken van belang, dat de inkoper van Mammouth Toulouse — zoals eveneens uit de nota van 20 oktober 1978 zou blijken — toegelaten groothandelaren tot levering heeft willen dwingen door te dreigen, eind oktober een advertentie met „prix cassés" te laten verschijnen. Vooral dit laatste moest worden verhinderd. Bovendien zou — blijkens een verklaring van ATF van 15 februari 1982 — tijdens de gesprekken met Mammouth Toulouse van deze laatste slechts zijn verlangd, dat zij al te ver onder het gemiddelde gelegen prijzen — dat wil zeggen verkoop tegen inkoopprijs — achterwege zou laten, met andere woorden, de in de gedragscode sub II 1 f, vermelde verplichting zou nakomen.

Met betrekking tot het eerste deel van dit betoog moet worden erkend, dat in

een beschikking op grond van artikel 85 enkel de in de mededeling van de punten van bezwaar vermelde inbreuken mogen worden aangevoerd en dat, wanneer een onderneming nieuwe feiten ten laste worden gelegd, de punten van bezwaar moeten worden aangevuld, opdat de betrokkene te dien aanzien zijn standpunt kenbaar kan maken (arresten in de zaken 41/49 [1] en 51/69 [2]). Hieraan moet echter worden toegevoegd, dat in een beschikking aanvullende bewijsmiddelen voor reeds ten laste gelegde feiten mogen worden aangebracht (arrest in zaak 54/69 [3]) en dat een aanvulling op de punten van bezwaar onder meer slechts noodzakelijk is, wanneer de bewijselementen van omstreden inbreuken aanmerkelijk worden gewijzigd (arrest in zaak 51/69 [2]). In casu werd in de mededeling van de punten van bezwaar de omstandigheid gelaakt, dat in Frankrijk grote warenhuizen eerst tot het distributiestelsel werden toegelaten, nadat zij zich aan de prijsopvattingen van ATF hadden aangepast, en dat in dit land ondernemingen met een belangrijke invloed op de markt geen enkele speelruimte werd gelaten bij de prijsbepaling. Mijns inziens kan worden gesteld, dat dit ook het geval was met Mammouth, dat dit geval dus enkel is aangevoerd als extra bewijs voor reeds eerder geformuleerde verwijten en dat, nu de bewijselementen van de inbreuk daardoor niet aanmerkelijk zijn gewijzigd, in dit verband geen nieuwe punten van bezwaar behoefden te worden medegedeeld. Voorts mag niet uit het oog worden verloren, dat de Commissie zich baseert op een document dat bij ATF en met haar medeweten werd gekopieerd; voor verzoekster gaat het dus niet om een onbekend bewijsstuk doch om een document met de aanwending waarvan zij rekening diende te houden. Ondanks het ontbreken van een bijzondere mededeling betreffende het geval-Mammouth wijst dan ook niets op schending van verzoeksters recht van verweer, zodat de onderhavige feiten niet buiten beschouwing behoeven te worden gelaten.

Ook de beoordeling van de Commissie uit het oogpunt van het mededingingsrecht moet in beginsel worden aanvaard. Weliswaar is in het document van 20 oktober 1978 onder meer sprake van een bedreiging met een „parution-presse à prix cassés", die kon worden voorkomen, maar dit is niet noodzakelijkerwijs synoniem met de in de nota van 15 februari 1982 genoemde „prix d'achat". Voorts is van belang, dat in de betrokken passage van eerstgenoemde nota slechts gewag wordt gemaakt van „prix généralement pratiqué sur la ville de Toulouse", terwijl niets daarin erop wijst, dat men alleen met de mededingingsregels strijdige „prix d'achat" wilde vermijden.

Mitsdien kan worden vastgesteld — zonder dat omtrent de betekenis van de gemaakte afspraken getuigen behoeven te worden gehoord —, dat ook in het geval-Mammouth aan de levering een extra voorwaarde werd verbonden in die zin, dat een bepaalde prijsconcurrentie achterwege moest worden gelaten, en dat dit geval derhalve terecht als bewijs voor een discriminerende toepassing van het distributiestelsel is aangevoerd.

c) In het derde hier te behandelen geval gaat het om de toelating van de

1 — Arrest van 15 juli 1970, zaak 41/69, Chemiefarma, Jurispr. 1970, blz. 661.

2 — Arrest van 14 juli 1972, zaak 51/69, Bayer, Jurispr. 1972, blz. 745.

3 — Arrest van 14 juli 1972, zaak 54/69, Francolor, Jurispr. 1972, blz. 851.

handelaar *Iffli* te Metz, die ook nog in een andere context ter sprake zal komen.

In dit geval zou toelating afhankelijk zijn gesteld van de instemming van de reeds toegelaten handelaren in Metz; voorts zou Iffli zich jegens ATF hebben moeten verbinden, zich aan de door deze laatste aanbevolen detailhandelsprijzen te houden.

aa) Wat het eerste punt betreft heeft de Commissie mijns inziens niet genoegzaam aangetoond, dat die instemming — die het verwijt van een discriminerende toepassing van de distributieregeling zou rechtvaardigen — daadwerkelijk doorslaggevend is geweest. Weliswaar wordt in een nota van 30 juni 1978 gezegd, dat opneming van Iffli in het distributiestelsel problemen deed rijzen wegens de „exclusivité dont a bénéficié, jusqu'à présent, Le Roi de la Télé" (een andere reeds toegelaten handelaar in Metz), maar er wordt in deze nota ook op gewezen, dat „l'arrivée de Darty" (een belangrijk winkelbedrijf) „à Metz fait que cette exclusivité morale ne s'impose plus ..."; aan het einde wordt slechts opgemerkt, dat contact moest worden opgenomen met Le Roi de la Télé „pour lui faire part de notre position et faire en sorte qu'il ne se trouve pas devant un fait accompli." Alleen dit laatste — van contacten met andere erkende handelaren wordt niet gerept — is dan kennelijk ook geschied bij brief van 11 oktober 1978, waarin het heet: „Dans la mesure ... où certains revendeurs seraient en mesure de signer notre contrat 5 étoiles et répondraient ... aux critères que nous avons toujours recherchés, nous pourrions envisager de collaborer avec eux ...". Kort daarna, op 23 oktober 1978, werd de EG-gedragscode door Iffli ondertekend.

Van een ongeoorloofde extra toelatingsvoorwaarde in de vorm van een *inspraakrecht* van reeds toegelaten handelaren is derhalve in het geval Iffli geen sprake, zodat dit verwijt bij de algemene beoordeling van de zaak buiten beschouwing moet blijven.

bb) Wat het tweede aspect betreft, beroept de Commissie zich op de volgende zin in de nota van 30 juni 1978: „Monsieur Iffli s'engage à respecter nos prix et nous donne l'assurance que s'il choisit Telefunken ce n'est pas pour casser la marque."

In dit verband heeft verzoekster opgemerkt, dat het er alleen al blijkens de bewoordingen van deze nota — „casser la marque", „*nos* prix", wat alleen kon slaan op de door ATF berekende prijzen — enkel om ging, verkoop onder de inkoopprijs, dat wil zeggen met de mededingingsregels strijdig gedrag, uit te sluiten. In zoverre zou er in het geval Iffli reden tot bezorgdheid zijn geweest. Deze laatste zou immers reeds eerder met andere merken, zoals Philips, een concurrentiestrijd hebben gevoerd en met name eind 1977 lokaanbiedingen onder de inkoopprijs hebben gedaan. Aangezien de om haar agressieve prijzenpolitiek bekend staande Darty in de lente van 1978 een filiaal in Metz had geopend, zou men er rekening mee hebben moeten houden, dat Iffli het op een prijzenoorlog aanstuurde. Hoe gegrond de — in de aangehaalde bewoordingen uitgedrukte — vrees van ATF was, zou zijn gebleken in het voorjaar van 1979, toen — zoals in een brief van verzoeksters vertegenwoordiger aan de Commissie van 7 november 1980 uitvoerig is uiteengezet — door Iffli daadwerkelijk advertenties met lokaanbiedingen werden gepubliceerd en zij Telefunkenapparaten aanbood tegen prijzen die 15 % lager waren dan de elders gebruikelijke prijzen.

Mij komt het evenwel voor, dat op dit punt het standpunt van de Commissie

moet worden gevolgd. Verzoekster heeft immers niet bewezen, dat Iffli zich voor zijn toelating — door lokaanbiedingen — in strijd met de mededingingsregels had gedragen. Voorts doelt de uitdrukking „casser la marque" niet noodzakelijkerwijs op verkoop onder de inkoopprijs. Inzonderheid echter is het niet uitgesloten, dat de woorden „nos prix" in verband moeten worden gebracht met de enkele alinea's eerder gegeven toelichtingen betreffende de detailhandelsprijzen en met de opmerking dat het dankzij het handelsbeleid van Telefunken was gelukt, de detailhandelsprijzen en daarmee een passende winstmarge voor de wederverkopers te handhaven. Ook heeft de Commissie er terecht op gewezen, dat indien verkoop onder de inkoopprijs moest worden verhinderd, wel andere bewoordingen zouden zijn gebruikt. Tenslotte vindt de uitlegging van de Commissie bevestiging in een brief van Iffli van 12 augustus 1980, luidens welke hem te kennen was gegeven dat het wenselijk was, de prijsconcurrentie tot andere merken te beperken, en waarin erop werd gewezen, dat de gesprekken betrekking hadden gehad op de naleving van de door Telefunken opgelegde marge en op zijn toezegging, geen prijsconcurrentie voor Telefunken-televisies uit te lokken.

Nu de door verzoekster in twijfel getrokken geloofwaardigheid van Iffli in het onderhavige verband niet van beslissend belang is, kan derhalve zonder verdere bewijsvoering ook het geval Iffli worden gerekend tot de gevallen waarin sprake was van een discriminerende toelatingspraktijk, op grond dat de toelating afhankelijk werd gesteld van de belofte, geen concurrentie te voeren op het niveau van de detailhandelsprijzen.

4. Ik kom thans toe aan de feiten die in de beschikking van de Commissie onder het opschrift *„gebiedsbescherming"* zijn samengevat. Dienaangaande wordt in de beschikking in het algemeen gesteld, dat in Frankrijk aan sommige contractueel gebonden handelaren een bepaald verkoopgebied werd toegewezen, met de verzekering dat zij binnen dit gebied voor de produkten van Telefunken geen concurrentie zouden ontmoeten, en dat derhalve de verzoeken om toelating van andere handelaren zouden worden afgewezen. Mocht dit kunnen worden bewezen, dan zou ook dit neerkomen op een onrechtmatige toepassing van de distributieregeling, aangezien in dat geval sprake zou zijn van een *kwantitatieve*, de mededinging in een bepaald gebied beperkende selectie, die volgens de rechtspraak onaanvaardbaar is. Mijns inziens is zulks daarentegen niet het geval, wanneer een producent binnen het kader van zijn afzetpolitiek van oordeel is dat een bepaald gebied toereikend wordt bevoorraad en derhalve *op eigen initiatief* geheel vrijwillig van de werving van nieuwe handelaren afziet, hetgeen een praktische of morele exclusiviteit van erkende handelaren mag worden genoemd.

a) Het eerste geval dat in dit verband van belang is, is dat van de handelszaak *Le Roi de la Télé* te Metz.

Hier heb ik niet de indruk, dat de in de beschikking genoemde feiten — verlening van gebiedsbescherming en afwijzing van nieuwe kandidaten — bewezen zijn.

Met betrekking tot eerstgenoemd punt heeft de Commissie zich slechts op twee aan deze handelaar gerichte brieven van 3 januari en 11 oktober 1978 kunnen beroepen. De drie door de Commissie uit laatstgenoemde brief aangehaalde zinnen bevatten evenwel generlei aanwijzing, dat Le Roi de la Télé gebiedsbescherming werd verleend. Zo kan de opmer-

king „notre Direction Générale de Francfort nous a impérativement donné des instructions pour ne pas limiter à l'extrême notre réseau de clientèle . . .", zonder meer als een zuiver eenzijdige beperking worden verstaan; hetzelfde kan echter ook worden gezegd van de algemene toezegging, „que nous nous sécurisons au maximum afin de ne pas créer l'anarchie dans notre distribution", en van de conclusie, „qu'il est dans notre intérêt commun de limiter les attaques que nous subissons par une certaine souplesse bien orchestrée." En ofschoon in de brief van 3 januari 1978 sprake is van „notre souci de préserver votre position sur Metz", wat tot dusver bewezen zou zijn, werd evenwel aangetoond — onder meer aan de hand van de verdere inhoud van de brief — dat deze slechts een reactie was op een klacht van Le Roi de la Télé, dat Iffli door in strijd met de mededingingsregels gebruik te maken van een door derden gepleegde contractbreuk, nog vóór zijn toelating tot de distributieregeling Telefunken-apparaten in Metz had verkocht.

Met betrekking tot het tweede punt — de afwijzing van nieuwe kandidaten — mag stellig geen rekening worden gehouden met de verklaring in de eerste alinea van de brief van Iffli aan de Commissie van 12 augustus 1980, dat ATF wegens de aan Le Roi de la Télé verleende exclusiviteit zou hebben geweigerd, met Iffli handelsbetrekkingen aan te knopen. Deze verklaring heeft immers betrekking op de jaren *1969-1972*, toen het onderhavige distributiestelsel nog niet bestond. In dit verband is ook de reeds eerder genoemde brief van 11 oktober 1978 van belang, waarin in het algemeen de bereidheid te kennen wordt gegeven om iedereen die aan de criteria inzake vakbekwaamheid voldoet, in het distributiestelsel op te nemen. In zoverre echter op de latere behandeling van Iffli wordt gewezen, is niet alleen van belang dat hij daadwerkelijk als verdeler werd erkend, doch bevatten de verklaringen betreffende het verloop van de onderhandelingen (vgl. de brief van 18 september 1980 van verzoekster aan de Commissie) bovendien geen aanwijzing, dat zijn opneming onredelijk werd vertraagd. Tenslotte mag niet uit het oog worden verloren — en dit is een uiterst belangrijk argument tegen de stelling van de Commissie — dat in Metz, reeds lang voordat Iffli om opneming verzocht, na een individueel onderzoek niet alleen winkels van FNAC en Atlas doch ook een vestiging van Darty waren toegelaten. Met betrekking tot laatstgenoemde handelaren kon evenmin worden aangetoond, dat hun opneming zo lang mogelijk was geweigerd; bij hen is overigens ook geen sprake van pogingen om door het waarborgen van een bepaalde prijsvorming de mededinging te beïnvloeden.

b) Vervolgens moet het geval *„Lama"* worden vermeld.

In zoverre beroept de Commissie zich enkel op een brief van 23 oktober 1978. Daarin werd naar aanleiding van een klacht van Lama, dat bepaalde grote winkelbedrijven (Direct en Cart Expert) met toestemming van ATF in het verkoopgebied van Lama bedrijvig waren, verklaard, dat de distributie door groothandelaren niet met de verkoop door detailhandelaren kon worden vergeleken; voorts werd vastgesteld dat, „lorsqu'il s'agit des grossistes, il est normal, quoique cela devienne illégal dans le cadre de la circulaire Scrivener, que nous nous accordions une exclusivité de fait sur un territoire donné."

Naar mijn oordeel is daarmee niet meer bewezen dan een „exclusivité de fait" in vorenbepaalde zin, hetgeen betekent dat ATF op eigen initiatief geen pogingen heeft ondernomen om in het verkoopgebied van Lama nieuwe groothandelaren te werven. In ieder geval is niet aangetoond, dat uit consideratie met Lama andere belangstellenden van de distributie werden uitgesloten, zodat mijns inziens dit geval niet als bewijs voor een door verzoekster toegepaste kwantitatieve selectie kan dienen.

c) De twee andere in dit verband aangevoerde gevallen *(Radio du Centre* en *Schadroff)* betreffen — althans volgens de motivering van de beschikking — een ander aspect van de gebiedsbescherming; gezien het kennelijke feitelijke verband, moeten zij echter op deze plaats worden behandeld.

aa) In het eerste geval is een brief van ATF aan Radio du Centre van 2 maart 1978 van belang. Daarin was sprake van „accords de 1977 en ce qui concerne l'attribution de votre zone d'activité pour notre marque." Voorts werd verklaard, dat wegens het verloop van de handel „une exploitation conjointe de votre société et de celle de la SNER, votre confrère de Roanne" wenselijk was, en dat derhalve voor 1978 werd gedacht aan een zodanige wijziging van de afzetgebieden dat — afgezien van gebieden die als „zone d'activité" van Radio du Centre zouden worden beschouwd — een bepaald gebied (Corrèze) tezamen met Cleis France en een ander gebied (Puy de Dôme) tezamen met SNER zouden worden bewerkt.

Het gaat hier dus niet om de afwijzing van gegadigden noch om een kwantitatieve selectie, doch om de *vastlegging van afzetgebieden ten behoeve van een groothandelaar* en om de wijziging daarvan. Mijns inziens moet dit aldus worden verstaan, dat bij de opneming in het distributiestelsel een afbakening van afzetgebieden plaatsvindt in dier voege, dat elke groothandelaar zich tot het hem toegewezen gebied beperkt en in andere gebieden mededinging achterwege laat. Zulks is vanzelfsprekend vatbaar voor kritiek, omdat het een handelwijze betreft die samenhangt met de distributieregeling. Tegen verzoeksters betoog, dat het hier slechts gaat om de vastlegging van regionale distributiecentra zonder exclusiviteitsrechten, aangezien zij delen van dergelijke gebieden zonder meer aan andere handelaren kan toewijzen, kan in de eerste plaats worden ingebracht, dat in de aangevoerde brief uitdrukkelijk van *overeenkomsten („accords")* wordt gesproken. Voorts zou de hiervoor beschreven handelwijze ook als een *onderling afgestemde feitelijke gedraging* kunnen worden beschouwd, zodat de Commissie daartegen terecht bezwaar maakt, temeer daar niet is aangetoond, dat aan de vastgestelde grenzen in de praktijk geen belang werd gehecht en de handelaren zich niet daaraan hebben gehouden.

Bijgevolg kan niet a priori worden gesteld, dat de Commissie het geval *Radio du Centre* ten onrechte in haar beschikking in aanmerking heeft genomen.

bb) Hetzelfde geldt — voor zover men zich alleen aan de in de motivering van de beschikking vermelde feiten houdt — voor het geval *Schadroff* (punt 35 van de beschikking).

Daartoe beroept de Commissie zich op een brief van 13 april 1979. Deze was kennelijk een reactie op een klacht van Schadroff, dat een te Marseille gevestigde groothandelaar in het verkoopgebied van Schadroff produkten had aan-

geboden. Daaromtrent wordt gezegd, dat er bij de groothandelaar te Marseille op was aangedrongen, „pour qu'il ne continue pas sur votre secteur à faire de telles propositions (parole vous a d'ailleurs été donnée dans ce sens)". Aan het einde van de brief wordt dan nog verklaard, dat Schadroff staat kon maken op „l'avantage d'avoir sur un territoire donné une exclusivité de fait que nous avons toujours défendue et nous vous en avons très souvent donné la preuve."

Wij mogen aannemen, dat aan deze brief een overeenkomst betreffende de *afbakening van afzetgebieden* in vorenbedoelde zin ten grondslag ligt. Ook hiertegen heeft de Commissie dus terecht in samenhang met de toepassing van de distributieregeling bezwaar gemaakt, te meer daar men niet kan ontkomen aan de indruk, dat verzoekster de afbakening van de verkoopgebieden daadwerkelijk kon doen eerbiedigen, al was het maar door de betrokken groothandelaren tot overeenstemming te brengen. Uiteindelijk maakt het dan ook niet uit, of op de groothandelaar te Marseille — bijvoorbeeld door met verbreking van de handelsbetrekkingen te dreigen — druk is uitgeoefend, hetgeen stellig ontoelaatbaar zou zijn geweest.

Daarentegen is de Commissie er mijns inziens niet in geslaagd te bewijzen, dat in het geval Schadroff sprake was van een kwantitatieve selectie in de vorm van een *weigering tot levering* aan een andere handelaar — hetgeen trouwens eerst tijdens de procedure voor het Hof doch niet in de mededeling van de punten van bezwaar noch in de beschikking zelf is aangevoerd. Dat Schadroff overigens geen absolute exclusiviteit geniet, heeft verzoekster reeds in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar duidelijk gemaakt onder verwijzing naar de activiteit van bepaalde filiaalbedrijven in het betrokken gebied alsmede een brief van Schadroff van 7 november 1977. Als aanvullend argument beroept de Commissie zich, zoals bekend, op een mededeling die ATF op 23 mei 1977 op een daartoe strekkend verzoek aan *Chapel* deed toekomen. Daarin wordt gezegd, dat ATF in het betrokken departement reeds vijftien jaar met de groothandelaar Schadroff samenwerkte, dat deze exclusief verdeler van Telefunken-televisietoestellen was en dat Chapel zich tot deze vennootschap diende te wenden.

In zoverre zij evenwel herinnerd aan hetgeen verzoekster — zonder dat dit in ernst is bestreden of weerlegd — in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar heeft verklaard. Zo stelde Chapel in mei 1977, toen zij slechts een detailhandel dreef, blijkbaar alleen belang in de verkoopvoorwaarden, waarop ATF terecht niet inging, omdat niet bleek dat Chapel werkelijk tot aankoop wenste over te gaan. Eerst in april 1978 werd een groothandel met de naam Semavem opgericht. Deze laatste deed in september één keer een ongewone bestelling — één toestel van elk type — en plaatste onmiddellijk daarop advertenties voor alle bestelde toestellen. Toen deze campagne werd voortgezet, ofschoon de deurwaarder had vastgesteld dat Semavem niet over de in haar advertenties aangeboden toestellen beschikte, werd dit door verzoekster als een inbreuk op de mededingingsregels (het aanbieden van lokartikelen) beschouwd, met als gevolg dat zij harerzijds de gedragscode niet ondertekende en Semavem niet in het distributiestelsel werd opgenomen.

Onder deze omstandigheden — die de Commissie niet nader heeft onderzocht — kan niet worden gesteld, dat de wei-

gering om aan Chapel en haar nadien opgerichte groothandel te leveren, genoegzaam bewijst, dat Schadroff een alleenrecht werd gegarandeerd en dat in diens verkoopgebied een kwantitatieve selectie werd toegepast.

5. Nu bij onderzoek van de in de beschikking aangevoerde individuele gevallen is gebleken, dat slechts in enkele ervan van onrechtmatige toepassing van de distributieregeling kan worden gesproken, kom ik thans toe aan de passages van de motivering van de beschikking waarin sprake is van verzoeksters *algemeen beleid* en waarin wordt getracht, aan de hand van documenten van algemene strekking aanwijzingen te vinden, dat de distributieregeling in de praktijk niet correct werd toegepast. Daarbij moet — overeenkomstig de beschikking — worden onderscheiden tussen de „invoeringsfase", de algemene afzetpolitiek in Duitsland en de algemene verkooppolitiek in Frankrijk.

a) De invoeringsfase

In dit verband voert de Commissie vier documenten aan waaruit zou blijken, dat in beginsel niet werd geleverd aan verdelers die het door verzoekster nagestreefde prijsniveau in gevaar konden brengen, en waaruit derhalve zou kunnen worden geconcludeerd, dat andere dan zuiver kwalitatieve selectiecriteria werden gehanteerd.

aa) Een van deze documenten is de mijns inziens *niet bewijskrachtige* nota van 7 september 1973 — op verzoek van het Hof door de Commissie overgelegd — met het opschrift „EG-gedragscode/gedachten naar aanleiding van een gesprek te Berlijn op 31 augustus 1973", waarin het heet: „De handel heeft behoefte aan een minimumwinstmarge. Om deze te waarborgen zijn er twee mogelijkheden:

a) De industrie levert de produkten tegen prijzen die de handel zijn marge garanderen, of

b) de industrie zorgt ervoor, dat de waar niet terechtkomt in kanalen die deze hoge marge niet nodig hebben. Bedoeld worden de Cash & Carry-zaken, die het prijspeil aan flarden scheuren en het voortbestaan van de vakhandel in gevaar brengen."

Daarbij is in mijn ogen niet zozeer van belang, dat het gebruik van het woord „gedachten" op vrijblijvende uitlatingen wijst, dat het niet om een door de directie van TFR opgesteld document gaat, dat het dateert van vóór de aanmelding van de distributieregeling, toen verzoekster daarover nog niet definitief had beslist, en dat daarin niet wordt gezegd, dat dergelijke verdelers zelfs niet zouden worden toegelaten indien zij aan de criteria voor de vakhandel voldeden. Belangrijk is vooral, dat in een aan voornoemd citaat voorafgaande zin wordt verklaard: „Onze huidige en nog meer onze toekomstige Telefunken-produkten vereisen een deugdelijke voorlichting en vergen daarom van de handelaren belangrijke investeringen: representatie, demonstratie, service, geschoold personeel." Aansluitend daarop wordt dan — sinds het arrest-Metro [1] terecht — vastgesteld, dat de handel daartoe over een minimumwinstmarge moet beschikken. Indien vervolgens wordt gesteld dat Cash & Carry-zaken, die in de regel niet over een servicedienst beschikken, niet moeten worden bevoorraad, dan moet dit wor-

1 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

den gezien in samenhang met de verklaring dat zij „deze hoge marge niet nodig hadden." Daarmee wordt slechts bedoeld, dat zij geen bijzondere prestaties verrichten en derhalve niet voldoen aan de criteria die in zoverre terecht als relevant worden beschouwd (representatie enz.). Maar dan kan ook niets worden ingebracht tegen de algemene uitsluiting van dergelijke verdelers uit het speciaal opgezette selectieve distributiestelsel.

bb) Hetzelfde geldt klaarblijkelijk voor de nota van het verkoopkantoor Münster betreffende de afzetpolitiek van 22 september 1975, waarin wordt verklaard dat ook bij grote warenhuizen een zekere trend in de richting van de vakhandelsafdeling kan worden vastgesteld, doch waarin het ook heet, dat men deze groep van afnemers trachtte uit te schakelen.

In zoverre lijkt mij niet zozeer relevant hetgeen verzoekster — aan de hand van citaten uit woordenboeken — heeft aangevoerd ten betoge dat cash & carry-zaken, grote warenhuizen, zelfbedieningszaken en discounts alleen al op grond van het dagelijks spraakgebruik niet aan de aan een gespecialiseerde detailhandelaar gestelde eisen voldoen; dit sluit immers niet uit, dat in een bepaald geval wel aan de criteria voor de vakhandel kan zijn voldaan. Van belang is veeleer, dat de nota afkomstig is van een *verkoopkantoor*, dat uiteraard niet voor TFR de politiek bindend kon vastleggen, en dat een groot bedrijf als dat van verzoekster zeker niet aansprakelijk kan worden gesteld voor alle uitlatingen van zijn medewerkers, ook wanneer deze niet zijn tegengesproken. Voorts kan een dergelijke interne beleidsbeslissing, die hooguit een zeker vermoeden kan rechtvaardigen, niet als een genoegzaam bewijs voor een onrechtmatige toepassing van de distributieregeling worden beschouwd. Veeleer zou, wanneer daaraan sancties worden verbonden, moeten worden bewezen — en dat is niet gebeurd —, dat de interne beslissing ook in praktijk wordt gebracht. Bij onderzoek van de individuele gevallen is echter niet alleen gebleken, dat geen enkel groot warenhuis op onrechtmatige wijze werd uitgesloten. Verzoekster heeft daarnaast door overlegging van twee brieven aan Duitse grote warenhuizen uit 1976 duidelijk gemaakt dat zij in beginsel bereid was, ook dergelijke verdelers in het distributiestelsel op te nemen; voorts heeft zij in dit verband aangetoond, dat dergelijke verdelers in groten getale, en zonder dat in al deze gevallen het bewijs van een poging tot prijsbeïnvloeding kon worden geleverd, werden opgenomen, zowel in Duitsland (7), in België (6), in Nederland (7) als in Frankrijk (2).

cc) Daarmee is eigenlijk ook alles gezegd over een nota van 5 juli 1976 betreffende een bespreking van de afzetpolitiek op 21 juni 1976. In deze nota wordt naar aanleiding van een discussie over verscheidene distributieconcepten sub 1 het volgende gesteld:

„Handhaving van ons huidige distributieconcept, dat wil zeggen onderverdeling van ons produktengamma in een vrij, voor alle verdelers van onze branche toegankelijk assortiment en een assortiment waarvan de produkten wegens de behoefte aan een intense voorlichting en service (bijvoorbeeld kleurentelevisies en hifi-apparatuur) alleen via de traditionele gespecialiseerde detail- en groothandel worden verkocht."

Buiten beschouwing gelaten, dat aan het begin van dit document geheel in het algemeen van de „logische opzet van onze afzetpolitiek overeenkomstig de in onze distributieregeling vastgestelde criteria" wordt gesproken — kan hieruit hooguit de conclusie worden getrokken, dat een afzetconcept zoals in dit citaat omschreven, in beginsel werd vastgelegd. Daarmee is echter geenszins het bewijs geleverd — en hier zou ik aan mijn opmerkingen over het document van 22 september 1975 willen herinneren — dat *uitsluitend* aan de traditionele gespecialiseerde detail- en groothandel werd verkocht en dat nieuwe afzetwegen in geen geval werden toegelaten.

dd) Overtuigend zijn mijns inziens tenslotte ook verzoeksters verklaringen betreffende de „richtlijnen voor de distributieregeling" van 8 oktober 1973 — een document dat eveneens vóór de aanmelding van de distributieregeling en de eigenlijke toepassing daarvan werd opgesteld en dat derhalve geen aanwijzingen kan verschaffen over de manier waarop deze regeling in praktijk werd gebracht.

In deze richtlijnen wordt eerst als beginsel gesteld, dat nauwgezet moet worden onderzocht of aan alle criteria van de distributieregeling is voldaan, en vervolgens gezegd:

„Bovendien is het mogelijk, dat bijvoorbeeld bij filiaalbedrijven alle vakhandelsfuncties in enkele filialen, doch niet in de gehele onderneming worden vervuld. In beginsel moet ook in deze gevallen tot niet-levering worden besloten. Mocht u in dit verband echter op bijzondere moeilijkheden stuiten en mocht bevoorrading van de vakhandelsafdelingen van deze ondernemingen met onder de distributieregeling vallende produkten wenselijk worden geacht, verzoeken wij u, eerst overleg te voeren met Hannover."

Mét verzoekster ben ik van oordeel, dat tegen een principiële niet-levering in dergelijke gevallen geen bezwaar kan worden gemaakt, omdat het gevaar bestaat, dat onder de distributieregeling vallende produkten terechtkomen in filialen die niet aan de voorwaarden voldoen, en dat de goede naam van het merk door ondeskundige behandeling wordt geschaad. Ook kan — in zoverre kon verzoekster zich op een arrest van het Bundesgerichtshof van 30 juni 1981 beroepen — niets worden aangemerkt op de verplichting om in gevallen waarin levering toch opportuun wordt geacht, vooraf overleg te plegen met de centrale directie van TFR; deze kan immers beter overzien of ook andere filialen dan die welke voor levering in aanmerking komen, aan de criteria voor de vakhandel voldoen, en of voldoende is gewaarborgd, dat de produkten niet aan ongeschikte filialen worden doorgespeeld.

ee) Mitsdien kan voorlopig worden geconcludeerd, dat de *onder het opschrift „de invoeringsfase" aangevoerde documenten op zich geen afdoende bewijs vormen voor de verweten onrechtmatige toepassing van de distributieregeling.*

b) Onder het opschrift *„Algemene afzetpolitiek"* beroept de Commissie zich op het verslag van een vergadering van verkoopleiders van 24 mei 1976 (door de Commissie op verzoek van het Hof overgelegd).

Daarin staat: „De distributieregeling staat onder druk van de grote warenhuizen. Beslissingen konden tot nu toe worden uitgesteld." Voorts zeiden de verkoopleiders te verwachten, dat een openstelling van het distributiestelsel nadelige gevolgen (vakhandel) zou hebben; niet-

temin meenden zij dat deze ontwikkeling op het eerste gezicht onvermijdelijk was. Tenslotte heet het op bladzijde 5:

„Om een botsing ten gevolge van een al te starre houding ten opzichte van de grote warenhuizen te vermijden, is de volgende regeling getroffen:

— Vaststelling van kwalitatieve criteria voor grote warenhuizen.

— In zoverre slechts bepaalde filialen van exploitanten van grote warenhuizen aan de vereisten voldoen, moet de bereidheid bestaan tot selectie.

— Selectie van de grote warenhuizen geschiedt in nauw overleg tussen verkoopkantoor en TFR.

— De belangrijke vakhandelsgroepen worden door TFR over de gang van zaken geïnformeerd. Zo de te voeren gesprekken op bezwaren van deze groepen stuiten, moet de zaak in rechte aanhangig worden gemaakt."

Uit de bewoordingen van dit document moet wel worden afgeleid, dat de Commissie daarin in beginsel terecht een bewijs voor het door haar geformuleerde verwijt heeft gezien; er blijkt immers uit, dat men tot dan toe kennelijk niet had willen onderzoeken, of grote warenhuizen aan de criteria voor de vakhandel voldeden, en dat de openstelling van het distributiestelsel voor grote warenhuizen alleen „op het eerste gezicht" onvermijdelijk leek. Dit wijst ontegenzeglijk op een onrechtmatige toepassing van de distributieregeling, en daarmee komt aan bovengenoemde documenten van 22 september 1975 en 5 juli 1976 althans in dit verband een zekere betekenis toe.

Er moet echter aan worden toegevoegd, dat uit voornoemd verslag bezwaarlijk lijkt te kunnen worden afgeleid, dat alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 85 en met name voor de oplegging van een geldboete waren vervuld. Het zegt immers niets over de vraag — en in zoverre heeft de Commissie ook geen nader onderzoek verricht —, welke omvang de discriminatie van grote warenhuizen aannam; het is nauwelijks aannemelijk, dat alle betrokken grote warenhuizen aan de criteria voor de vakhandel voldeden en tevens belang stelden in de distributie van Telefunken-apparaten.

Voornoemd verslag geeft voorts aanleiding tot bedenkingen ten aanzien van de op bladzijde 5 vermelde overeenkomst, voor zover sprake is van de vaststelling van kwalitatieve criteria voor grote warenhuizen — hetgeen erop wijst dat bijkomende eisen werden gesteld —, alsmede van de informatie van de belangrijkste vakhandelsgroepen en de noodzaak, in geval van bezwaren van deze laatste te procederen. Zelfs indien dit laatste — gelijk verzoekster heeft betoogd — niet hoeft te betekenen dat de vakhandel van elk verzoek tot opneming van een groot warenhuis in kennis moest worden gesteld, moet het er gezien de context toch voor worden gehouden, dat wanneer de inhoud van een overeenkomst bezwaren opriep bij de vakhandel, de verkoopleiders zich verplicht voelden, daarmee rekening te houden en het op een gerechtelijke procedure over de toelating van een groot warenhuis te laten aankomen. Ongeacht of men dit — hoewel wat ver gezocht — als een inspraakrecht van de vakhandelsgroepen bestempelt, lijkt daarmee te zijn gezegd, dat de toelating van grote warenhuizen in geval van bezwaren van de vakhandelsgroepen werd bemoeilijkt en vertraagd, hetgeen eveneens op een discriminerende toepassing van de distributieregeling lijkt te wijzen.

Verzoekster heeft hiertegen evenwel ingebracht, dat het slechts om *voorstellen* van de verkoopleiders aan de directie ging en dat daaraan in de praktijk nooit gevolg is gegeven. Daaraan mag niet zonder meer voorbij worden gegaan, te meer daar in geen enkel ander document een bewijs voor het onderhavige verwijt is te vinden. Evenmin kan er eenvoudig op worden gewezen — zoals de Commissie heeft gedaan —, dat het om *overeenkomsten* tussen de verkoopleiders ging, aangezien een dergelijke wilsovereenstemming immers evenmin kan afdoen aan een gebrek aan bevoegdheid. Op dit punt had derhalve, alvorens conclusies voor een boeteprocedure werden getrokken, nader behoren te worden onderzocht, of aan de geformuleerde suggesties ook gevolg werd gegeven en of zij daadwerkelijk in praktijk werden gebracht. Nu een dergelijk onderzoek niet heeft plaatsgevonden, moet het gedeelte van het verslag waarin sprake is van een overeenkomst tussen de verkoopleiders, in de onderhavige zaak buiten beschouwing blijven en moet het er met betrekking tot het verwijt inzake de *algemene afzetpolitiek in Duitsland* voor worden gehouden, dat aan de daarvoor aangevoerde bewijzen in het beste geval *slechts een vrij beperkte waarde* kan worden toegekend.

c) Wat de *algemene verkooppolitiek* in *Frankrijk* betreft, heeft de Commissie zich beroepen op een reeks documenten die eerst enkel uit het oogpunt van de *discriminerende toelating* moeten worden beoordeeld. Op het prijsbeleid zal ik later terugkomen.

aa) In de eerste plaats zij gewezen op de nota van 7 juli 1977, luidens welke de afzetpolitiek niet mocht worden gewijzigd, en waarin er dienovereenkomstig bij Sedif (kennelijk een erkende groothandelaar) op werd aangedrongen, niet aan grote warenhuizen („grandes surfaces") als Hyper, Carrefour en Conforama te leveren. Volgens verzoekster is dit document om twee redenen niet ter zake dienend. Enerzijds zou het niet in de mededeling van de punten van bezwaar zijn vermeld, anderzijds zou vaststaan, dat de met name genoemde „grandes surfaces" toentertijd wegens gebrek aan belangstelling voor TFR-apparaten niet tot het distributiestelsel waren toegelaten en daarom niet mochten worden bevoorraad.

Met betrekking tot eerstgenoemd argument geldt mijns inziens ook in dit geval hetgeen ik reeds in verband met het geval-Mammouth heb opgemerkt. Van belang is, dat in de mededeling van de punten van bezwaar de politiek van ATF ten aanzien van de toelating van grote warenhuizen in het algemeen is gekritiseerd. Voorts vormt het betrokken document, waarvan verzoekster wist dat de Commissie er in het kader van de tegen haar ingeleide procedure een kopie van had gemaakt, slechts een aanvullend bewijsmiddel in de zin van voornoemde rechtspraak. Bijgevolg kan het in deze procedure zonder meer aan verzoekster worden tegengeworpen, zonder dat daardoor de rechten van de verdediging worden geschonden.

Wat verzoeksters tweede argument betreft kon niet worden weerlegd, dat de drie genoemde grote warenhuizen — nu zij nog niet in het distributiestelsel waren opgenomen — terecht van levering werden uitgesloten. Evenwel mag niet uit het oog worden verloren, dat de nota verder gaat dan dat en een algemeen verbod tot levering aan grote warenhuizen inhoudt. In zoverre was de kritiek van de Commissie stellig gerechtvaardigd, temeer daar er geen aanwijzingen zijn dat met „grandes surfaces" alleen „grandes surfaces alimentaires" zonder vakafdelingen worden bedoeld, en andere tijdens de procedure overgelegde documenten niet de algemene conclusie toelaten, dat der-

gelijke handelsvormen in geen geval aan de toelatingsvoorwaarden voldeden (vgl. onder meer de nota van 5 januari 1978, die aanstonds ter sprake zal komen).

bb) Van belang is voorts de zoëven genoemde nota van 5 januari 1978, betreffende de ATF-planning voor 1978.

Hetgeen daarin wordt gesteld over de structuur van ATF's verkoopnet vergeleken met de Franse markt — te weten dat in 1977 de discounts met een marktaandeel van 7 % slechts 0,5 % van de handel van ATF vertegenwoordigden —, rechtvaardigt mijns inziens de conclusie, dat bij ATF het aandeel van de discounts („grandes surfaces") uiterst gering is. Verder heet het in deze nota: „De laatste tijd wordt op ATF steeds meer druk uitgeoefend door aanvragen van discounts. Tot dusver zijn deze aanvragen afgewezen. Ook in 1978 moet samenwerking hoe dan ook worden vermeden."

Verzoekster heeft daartegen niets wezenlijks kunnen inbrengen. Derhalve heeft de Commissie dit document terecht aangevoerd als bewijs voor verzoeksters restrictieve toelatingspolitiek jegens die discounts; niets wijst er immers op, dat op bedoelde aanvragen niet werd ingegaan omdat niet zou zijn voldaan aan de criteria voor de vakhandel, en evenmin wordt gezegd, dat het voor 1978 ge- plande beleid alleen betrekking had op gevallen waarin de discounts de toelatingsvoorwaarden niet vervulden.

cc) Hetzelfde geldt voor het derde document, te weten de nota van 1 september 1978, waarin met betrekking tot de Franse markt werd verklaard, dat „aan zuivere discounts tot dan toe om prijsredenen welbewust niet was geleverd." Dit bewijst dat het in de nota van 5 januari 1978 uitgestippelde beleid voor 1978 daadwerkelijk in praktijk is gebracht.

In zoverre verzoekster in dit verband heeft verklaard, dat voornoemde passage slechts betekent dat niet actief naar samenwerking met deze verdelers werd gestreefd, kan haar niet alleen de nota van 5 januari 1978 worden tegengeworpen, doch ook het feit dat niets in de nota van 1 september 1978 haar uitlegging staaft.

dd) Tenslotte moet worden gewezen op de brief van 12 januari 1979, waarin wordt gezegd dat, aangezien de moderne distributievormen aanzienlijk aan belang hadden gewonnen, er in de planning op middellange termijn aan werd gedacht, de *geleidelijke openstelling* van het distributiebeleid te *bespoedigen.*

Deze brief kan slechts worden gezien als een bevestiging van het feit dat tot dan toe een restrictief toelatingsbeleid („geleidelijke openstelling") was gevoerd en deze openstelling eerst later werd bespoedigd. Dit vindt overigens bevestiging in een door verzoekster overgelegde brief van ATF aan TFR van 26 oktober 1978, waarin wordt vastgesteld dat „de rechtssituatie ons dwingt, contracten te sluiten met iedereen die aan de objectieve criteria voldoet"; kennelijk werd derhalve eerst in de herfst van 1978 van het discriminerende toelatingsbeleid afgestapt.

ee) Uit het voorgaande kan derhalve worden geconcludeerd, dat het *algemene distributiebeleid in Frankrijk tot eind 1978 werd gekenmerkt door een onrechtmatige toepassing van de distributierege-*

ling. Ook in dit verband moet evenwel worden opgemerkt, dat niet bekend is in hoeverre zuivere discounts — voor zover zij aan de voorwaarden voor de vakhandel voldeden — zich überhaupt voor de verkoop van Telefunken-produkten interesseerden; derhalve kan op grond van de algemene documenten in geen geval een oordeel worden geveld over de omvang van de gewraakte discriminatie, hetgeen nochtans noodzakelijk is om verzoeksters gedrag te kunnen beoordelen.

IV — Beïnvloeding van de prijsvorming bij erkende handelaren

Ik kom thans toe aan het verwijt, dat de distributieregeling zou zijn toegepast met het doel de marktprijzen te beïnvloeden.

Het uitgangspunt van de Commissie is heel duidelijk: haars inziens balanceren selectieve distributiestelsels op het randje van wat uit het oogpunt van het mededingingsrecht geoorloofd is: de mededinging bij de verhandeling van produkten van hetzelfde merk („intrabrand"-mededinging) wordt beperkt, doordat niet alle verdelers tot de afzet worden toegelaten. Daaruit leidt zij — wil de toepassing van dergelijke distributiestelsels niet in strijd komen met artikel 85 — de absolute verplichting af, erkende handelaren op het stuk van de prijsvorming volledig vrij te laten. Aan deze vrijheid wordt volgens haar bij de praktische toepassing van de distributieregeling van Telefunken in verscheidene opzicht afbreuk gedaan: door verticale en horizontale afspraken, door onderling afgestemde gedragingen, door gentleman's agreements, doch ook door eenzijdige initiatieven van verzoekster, variërend van prijsaanbevelingen tot harde prijsgesprekken en — met verholen dwang gepaard gaande — eisen inzake prijsvorming. De volgens het arrest in zaak 26/76 [1] op haar rustende taak indachtig, erop toe te zien dat de starheid van de prijsstructuur niet wordt versterkt, heeft zij gemeend uitdrukkelijk bezwaar te moeten maken tegen het ingrijpen in de prijsvorming bij Telefunkenapparaten; het zou hebben geleid tot een beperking van de prijsmededinging, die door de uitsluiting van sommige bijzonder agressieve verdelers toch al aan banden was gelegd.

Daar ook in dit verband in de beschikking enerzijds een reeks individuele gevallen wordt aangevoerd en anderzijds wordt getracht, op grond van documenten van algemene strekking het bewijs te leveren van een algemeen beleid, gericht op de handhaving van een hoog prijsniveau en ruime winstmarges voor de handelaren, ligt het voor de hand het onderzoek — zoals hiervoor — wederom in dier voege in te delen, dat eerst wordt ingegaan op de voor de verschillende landen aangevoerde individuele gevallen en vervolgens op het algemene distributiebeleid in die landen.

1. Prijsbeïnvloeding in Frankrijk

a) De aangevoerde individuele gevallen

aa) Het geval Auchan

Reeds in een andere context is gebleken, dat de opneming van Auchan in het distributiestelsel afhankelijk werd gesteld van de toezegging, de prijsaanbevelingen van ATF na te leven en geen lagere prijzen toe te passen dan die welke in de betrokken stad werden gevraagd (vgl. de nota van 20 oktober 1978). Hier is dus sprake van een regelrechte, nauw met de distributieregeling samenhangende *over-*

1 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

eenkomst, zodat daartegen vanuit het oogpunt van beïnvloeding van de prijsmededinging terecht bezwaar is gemaakt. Zulks geldt te meer, nu niet kon worden aangetoond, dat het slechts om de uitsluiting van met de mededingingsregels strijdige prijzen ging.

Omgekeerd is verzoeksters weerlegging, dat Auchan naderhand zijn belofte niet is nagekomen, alleen al niet van belang omdat het voor artikel 85 voldoende is, dat een beperking van de mededinging wordt *beoogd* („ertoe strekken"), wat bij een afspraak stellig het geval is. Het betoog in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, dat Auchan steeds opnieuw reclame maakte met minimumprijzen en „prix barrés", dat de aangekondigde prijzen zo weinig boven de netto-inkoopprijzen lagen dat met de resterende winstmarge de kosten van de aangekondigde extra prestaties (kredietverlening en garantie) niet hadden kunnen worden gedekt, en dat ook andere producenten — blijkens een brief van Thomson-Brandt van april 1980 — de lokaanbiedingen van Auchan kritiseerden, kan bijgevolg hooguit relevant zijn voor de beoordeling van de *omvang van de inbreuk op de mededingingsregels;* daarbij moet dan wel in aanmerking worden genomen, dat — zoals in het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar werd uiteengezet — de handelsbetrekkingen zich eerst vanaf 1979 normaal hebben ontwikkeld.

bb) Het geval-Mammouth

Het betreft hier een overeenkomstige situatie. Beslissend is ook hier de in de nota van 20 oktober 1978 vermelde toezegging, de in Toulouse toegepaste prijzen te eerbiedigen, hetgeen wijst op een afspraak om geen prijsconcurrentie te voeren. Ook hiertegen is terecht uit het oogpunt van de prijsbeïnvloeding in samenhang met de distributieregeling bezwaar gemaakt. In zoverre verzoekster dienaangaande in haar verzoekschrift heeft verklaard, dat Mammouth na opneming in het distributiestelsel een zeer agressieve prijspolitiek heeft gevoerd — zonder dat ATF daartegen heeft geprotesteerd —, kan dit hooguit relevant zijn voor de beoordeling van de gevolgen van vorenbedoelde afspraak.

cc) Het geval Iffli (Metz)

Hier zijn volgens de Commissie drie feiten van belang: in de eerste plaats zou Iffli zich bij zijn opneming in het distributiestelsel ertoe hebben verbonden, zich aan de door ATF opgegeven detailhandelsprijzen te houden (vgl. de nota van 30 juni 1978); voorts zou op aandrang van verzoekster tussen Iffli en twee andere handelaren in Metz (Le Roi de la Télé en Darty) een overeenkomst betreffende een politiek van vaste prijzen zijn gesloten; tenslotte zou Iffli op 12 augustus 1978 hebben verklaard, dat vertegenwoordigers van ATF hem hadden gewezen op afspraken tussen wederverkopers in Parijs en omgeving en in andere gebieden van Frankrijk om met Telefunken-apparaten geen prijsconcurrentie te voeren.

Wat eerstgenoemd punt betreft moet worden erkend, dat de Commissie terecht bezwaar heeft gemaakt tegen een zodanige toepassing van de distributieregeling, dat de prijsmededinging wordt beperkt.

Met betrekking tot beide andere punten daarentegen zijn tijdens de procedure goede gronden aan het licht gekomen om niet met de Commissie mee te gaan.

Wat het tweede punt betreft wordt in de nota van 30 juni 1978 verklaard: „Il vaut mieux trouver un arrangement de politique de prix maintenus sur la ville de Metz entre Le Roi de la Télé, Iffli en Darty . . .", en heeft Iffli er in zijn brief van 12 augustus 1980 op gewezen, dat

volgens de verklaringen van ATF-vertegenwoordigers Darty en Le Roi de la Télé ermee akkoord gingen, met Telefunken-apparaten geen prijsconcurrentie te voeren. Verzoekster heeft in dit verband evenwel beklemtoond, dat op het in de brief van 30 juni 1978 bedoelde voorstel niet is ingegaan en dat tussen de drie voornoemde handelaren geen door haar bewerkstelligde prijsafspraak tot stand is gekomen. Zij heeft er ook op gewezen dat Darty, een onderneming met een zeer grote omzet en zeer agressieve prijzen, klaarblijkelijk geen belang kon hebben bij een dergelijke afspraak, die trouwens ook geen zin had omdat er in Metz nog twee andere detailhandelaren waren, die wel voor de nodige prijsconcurrentie zouden hebben gezorgd. Deze feiten hadden dan ook nader behoren te worden onderzocht, bijvoorbeeld door ondervraging van de betrokken handelaren. In ieder geval kan op grond van het beschikbare feitenmateriaal en gelet op de omstandigheid dat verzoekster — zich beroepende op het gebrek aan geloofwaardigheid van Iffli — tijdens de administratieve procedure heeft gevraagd, Iffli formeel om informatie te verzoeken, hetgeen niet is geschied, niet worden gesteld, dat het verwijt dat verzoekster heeft meegewerkt aan de totstandkoming van een horizontale prijsafspraak, genoegzaam is bewezen.

Ten aanzien van het derde punt heeft verzoekster nadrukkelijk verklaard dat de uitlatingen van Iffli uit de lucht zijn gegrepen, en heeft zij aanwijzingen verschaft die aan de geloofwaardigheid van Iffli doen twijfelen (vgl. de brief van 7 november 1980 aan de Commissie). Derhalve kunnen de verklaringen van Iffli, die zonder formeel verzoek om informatie werden afgelegd en ten gevolge waarvan de door verzoekster verlangde confrontatie niet heeft plaatsgevonden (vgl. haar brief van 18 september 1980), bezwaarlijk als voldoende grond voor het door de Commissie gemaakte verwijt worden beschouwd.

Bijgevolg is in het geval Iffli alleen van eerstgenoemd feit terecht een verwijt gemaakt. Waar verzoekster voor het overige wijst op Iffli's zeer bescheiden omzet van Telefunken-apparaten in de jaren 1978-1979 en het feit dat hij sinds 1980 geen bestellingen meer deed, en tevens aanvoert dat Iffli zich in werkelijkheid niet aan de in de brief van 30 juni 1978 genoemde afspraak hield — hetgeen bevestiging vindt in officiële vaststellingen betreffende lokaanbiedingen met zeer lage Telefunken-prijzen (vgl. de nota van 26 maart 1979) —, kan ook dit hooguit relevant zijn voor de beoordeling van de *gevolgen* van de vastgestelde inbreuk op de mededingingsregels.

dd) Andere gevallen in Frankrijk

Terwijl het bij de drie hiervoor behandelde wederverkopers in wezen ging om afspraken bij de opneming in het distributiestelsel, hebben de zes andere gevallen die in dit verband nog moeten worden besproken, betrekking op pogingen tot prijsbeïnvloeding *na de toelating* tot het distributiestelsel.

i) In de eerste plaats is hier een brief van ATF van 26 mei 1978 van belang, volgens welke Darty zich na een bezoek van vertegenwoordigers van ATF had verbonden, voor drie types televisietoestellen op 31 mei 1978 zijn prijzen te verhogen.

Verzoekster heeft dienaangaande tijdens de administratieve procedure en voor het Hof verklaard, dat deze brief werd ge-

schreven naar aanleiding van het feit dat Darty — alleen in Parijs in de maand mei — een verkoopcampagne voor bedoelde toestellen had gevoerd. Na afloop daarvan zou Darty tot de vroegere, normale prijzen zijn teruggekeerd, en het zou alleen de bedoeling zijn geweest, de medewerkers in de buitendienst van ATF en andere handelaren daarvan op de hoogte te brengen. Gelet op de sterke marktpositie van Darty — zij zou in Frankrijk in de sector van de amusementselektronica over een marktaandeel van 8 tot 10 % beschikken — en verzoeksters geringe marktaandeel in Frankrijk, zou het ondenkbaar zijn dat verzoekster de prijsvorming bij Darty heeft beïnvloed. De uitdrukking „verbonden" zou bij vergissing zijn gebruikt; in werkelijkheid had van een „besluit van Darty" moeten worden gesproken.

Dit betoog komt mij evenwel niet overtuigend voor. Verzoekster heeft in haar verzoekschrift immers ook verklaard, dat gedurende voornoemde actie concurrerende handelaren met hun toestellen bleven zitten en geen orders meer plaatsten, hetgeen tot een bezoek van ATF-vertegenwoordigers aan Darty leidde. Waar vervolgens uitdrukkelijk wordt verklaard, dat Darty zich tot een prijsverhoging had „verbonden", moet dit wel als een afspraak worden aangemerkt. Derhalve is deze handelwijze bij de beoordeling van de toepassing van de distributieregeling terecht als onrechtmatig beschouwd, zelfs indien ervan moet worden uitgegaan dat verzoekster niet in staat was, Darty eenzijdig een bepaald prijsgedrag op te leggen.

ii) Voorts is van belang een nota van 5 juni 1978, betreffende „prix téléviseurs couleur pratiqués sur Paris". Daarin wordt gezegd „Tout le monde semble d'accord pour remonter les prix (date du 2/6/1978 — soir)", met het verzoek om contact op te nemen met FNAC en Darty. De Commissie leidt hieruit af, dat er *prijsafspraken tussen Parijse handelaren* bestonden.

Het komt mij voor, dat de Commissie hier zonder de nodige onderzoekingen voorbarige conclusies heeft getrokken. Verzoekster heeft immers verklaard, dat deze nota betrekking had op voornoemde verkoopbevorderingsactie van Darty, waarbij FNAC zich zou hebben aangesloten. Bedoelde nota zou blijkens haar inleiding na een bezoek aan Darty zijn opgesteld, zodat het, gelijk ook uit het gebruik van het woord „*re*monter" kan worden afgeleid, voor de hand ligt, dat „tout le monde" niet op alle Parijse detailhandelaren slaat doch alleen op Darty. Indien alleen Darty en FNAC een verkoopbevorderingsactie hadden gevoerd, is het inderdaad onwaarschijnlijk dat alle Parijse handelaren gezamenlijk tot een prijsverhoging zouden hebben besloten. Uit de nota blijkt evenmin, dat op instigatie van ATF een afspraak tussen Darty en FNAC tot stand zou zijn gekomen; met betrekking tot FNAC wordt immers gezegd, dat de prijzen nog niet waren verhoogd en dat derhalve met FNAC contact moest worden opgenomen. Hoe die contacten zijn verlopen, met name of er afspraken zijn gemaakt dan wel onder pressie op ongeoorloofde wijze in de prijsvorming is ingegrepen, zegt de nota echter niet.

Het betoog van de Commissie, dat op aandrang van ATF prijsafspraken tussen Parijse handelaren tot stand zijn gekomen of de contacten met FNAC met het oog op prijsbeïnvloeding verder zijn gegaan dan hetgeen in het kader van een distributieregeling geoorloofd is, kan

derhalve bij gebreke van nadere gegevens niet bewezen worden geacht.

iii) De Commissie heeft voorts gewezen op een nota van 5 juni 1978, waarin met betrekking tot de catalogusprijzen van de inkoopvereniging *Camif* wordt opgemerkt dat andere handelaren Camif als een concurrent beschouwden en zich aan haar prijzen aanpasten, waarop ATF zou hebben aangedrongen op verhoging van de prijzen in de wintercatalogus 1978.

Ook hier zou ik, gelet op verzoeksters verklaringen en bij gebreke van een nader onderzoek door de Commissie, niet van een bewijs van ongeoorloofde prijsbeïnvloeding willen spreken. Verzoekster heeft immers verklaard, dat bedoeld verzoek moet worden gezien in verband met de voorgenomen verhoging van haar leveringsprijzen per 1 september 1978, waarvan inderdaad sprake is in een brief van Cart. Dat aldus tijdig op een geplande prijsverhoging werd gewezen, kan slechts worden beschouwd als een normale informatie in het kader van een vaste handelsbetrekking, en een verzoek of aanbeveling om daarmee rekening te houden kan niet als een verboden ingreep in de vrije prijsvorming worden beschouwd, althans wanneer daarbij geen — in casu niet-aantoonbare — pressie wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld door met verbreking van de handelsbetrekkingen te dreigen.

iv) Van belang is volgens de Commissie voorts de ATF-nota van 13 oktober 1978, betreffende de vanaf 18 september 1978 toe te passen detailhandelsprijzen. Daarin wordt erop gewezen dat deze prijzen „n'ont pas tous été appliqués en raison des stocks qui se trouvaient chez vos clients", en vervolgens dat „nous nous mettons d'accord avec les clients siège, c'est-à-dire Darty, FNAC et Grands Magasins, pour que l'ensemble de ces prix soient appliqués au 2 novembre 1978."

In zoverre schijnt de kritiek van de Commissie juist ook in het licht van verzoeksters verklaringen gegrond te zijn. Voornoemde grote afnemers beschikten kennelijk nog over omvangrijke voorraden goedkoop ingekochte toestellen, terwijl kleinere afnemers met na de prijsverhoging van september 1978 duurder ingekochte toestellen bleven zitten en er derhalve bij ATF op aandrongen, daar iets aan te doen. Gesteld dat het in dit verband tot een prijsafstemming tussen ATF en verschillende afnemers is gekomen, dan gaat deze actieve deelneming van ATF aan een afspraak betreffende de prijsvorming stellig verder dan het in het kader van een selectieve distributieregeling als normaal te beschouwen streven, door prijsgesprekken de vakhandel een bepaald prijsniveau te garanderen.

v) Voorts moet hier worden ingegaan op twee brieven aan de inkoopvereniging *Cart.* In de eerste — van 4 november 1977 — spreekt ATF haar verbazing uit over het feit dat twee voor de leden van Cart bestemde catalogi waren uitgegeven, de ene met algemeen geldende tarieven en de andere met gereduceerde prijzen. Voorts is sprake van een overeenkomst over de uitgave van twee catalogi, „à condition que l'un soit à prix haut et l'autre à prix plancher", en wordt de vraag gesteld over mogelijke intrekking van de catalogus. In de tweede brief — van 21 juli 1978 — wordt gewag ge-

maakt van een prijsverhoging per 1 september 1978, worden aanbevolen minimumprijzen voor de detailhandel vermeld en heet het tenslotte: „comme nous en étions convenus nous vous demandons de tenir compte pour l'édition de votre catalogue des prix de vente détail énoncés ci-dessus en les considérant comme des prix minimum."

Verzoekster heeft dienaangaande verklaard, dat de prijzen in de wintercatalogus 1977 kennelijk afweken van de gezamenlijk nagestreefde prijzen en dat, toen ATF haar verbazing daarover te kennen gaf, Cart ontdekte dat een *fout* in de catalogus was geslopen doordat een oude prijslijst was gebruikt. Voor het overige zou het slechts om contacten ter voorbereiding van de catalogus zijn gegaan, opdat de afnemers tijdig zouden weten of met een verhoging van de producentenprijzen moest worden gerekend; de brief van 21 juli 1978 zou alleen een dergelijke mededeling bevatten.

Deze vergelijkende voorstelling van zaken komt mij evenwel niet overtuigend voor. Daarbij kan in het midden worden gelaten, of in de wintercatalogus 1977 van Cart werkelijk bij vergissing verkeerde prijzen waren opgegeven. Essentieel is immers, dat in eerstgenoemde brief uitdrukkelijk sprake is van een *overeenkomst* over de uitgave van twee catalogi onder bepaalde voorwaarden — met andere woorden een prijsafspraak — en dat daarin tevens wordt gewezen op een mogelijke verslechtering van de handelsbetrekkingen, hetgeen als een bedreiging en een pressiemiddel moet worden beschouwd. De bewoordingen van de brief van 21 juli 1978 wijzen eveneens op het bestaan van een afspraak over de naleving van de meegedeelde prijzen, waarvan uitdrukkelijk wordt gezegd dat zij als minimumprijzen moesten worden aangezien. De Commissie kon hieruit dan ook terecht de conclusie trekken, dat ATF zich ook in de handelsbetrekkingen met Cart op een vanuit mededingingsoogpunt laakbare wijze heeft gedragen, nu het klaarblijkelijk om meer dan vrijblijvende prijsaanbevelingen ging.

vi) Tenslotte moet in dit verband worden gewezen op een brief van ATF van 3 april 1979 betreffende de bijzondere condities voor een bepaald toestel. Daarin wordt gezegd: „Cet appareil sera facturé à compter du 1er avril 1979 à un prix net, prime déduite, de FF 2 854 H.T.", en „Les établissements Darty s'engagent de ne pas profiter de cette prime spéciale de FF 225 pour baisser le tarif détail."

Verzoekster heeft daaromtrent in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar uiteengezet, dat het ging om een actie ter bevordering van de verkoop van een bepaald televisietoestel, waarbij aan de kopers voor hun oud toestel FF 500 moest worden betaald, waarvan FF 225 ten laste van ATF kwamen; derhalve zou er ATF veel aan gelegen zijn geweest, dat deze premie niet werd aangewend om de consumentenprijs te drukken.

Ook hier ben ik het evenwel met de Commissie eens, dat deze brief wijst op een vanuit concurrentierechtelijk oogpunt bedenkelijk gedrag. Het betreft hier immers een afspraak, de door ATF toegekende premie niet aan te wenden om onder de in de brief vermelde consumentenprijs te verkopen. Zulks komt neer op een verboden overeenkomst tot handhaving van een bepaald prijsniveau.

b) Documenten van algemene strekking betreffende de afzetpolitiek in Frankrijk

Nu in een reeks individuele gevallen is aangetoond, dat het op de Franse markt in het kader van de distributieregeling tot ongeoorloofde prijsbeïnvloeding en

daarmee tot belemmering van de prijsconcurrentie is gekomen, moet worden onderzocht wat ten aanzien van deze vraag bovendien kan worden afgeleid uit algemene documenten die de Commissie heeft aangevoerd ten bewijze dat ATF een politiek van hoge prijzen heeft gevoerd.

In dit verband komen vier documenten in aanmerking:

aa) een ATF-circulaire aan de medewerkers van de buitendienst van 13 september 1977 met de opdracht „[de] provoquer chez votre client l'impression que Telefunken cherche à le protéger (marge correcte)";

bb) de reeds in verband met het geval Iffli ter sprake gebrachte ATF-nota van 30 juni 1978, waarin erop wordt gewezen dat Iffli om verscheidene redenen in het distributiestelsel wenste te worden opgenomen, onder meer omdat hij op de hoogte was van de handelspolitiek van Telefunken, waardoor het mogelijk was de detailhandelsprijzen en daarmee een redelijke marge (marge convenable) voor de wederverkoper te handhaven, en waarin geheel in het algemeen ook sprake is van „notre politique de prix";

cc) de eveneens reeds vermelde nota van 5 januari 1978, waarin aansluitend op een beschrijving van de structuur van ATF's distributienet op de Franse markt in 1977 wordt verklaard, dat het wegens het uiterst geringe aandeel van de discounts („grandes surfaces") in de omzet van ATF mogelijk was geweest, een uniform hoog prijsniveau toe te passen (grotere winstmarge voor de handelaren dan bij concurrerende toestellen);

dd) een brief van 12 januari 1979 over het verloop van de handel in 1978, waarin de „politiek van hoge prijzen" wordt toegelicht aan de hand van een vergelijking met de prijzen van vergelijkbare toestellen van Philips, Thomson of Grundig en waaruit blijkt, dat zulks samenhangt met de terughoudendheid bij de openstelling van het distributiestelsel voor moderne verkoopwegen.

Hieraan kunnen mijns inziens geen *aanvullende*, op zichzelf staande elementen ten bewijze van ongeoorloofde prijsbeïnvloeding worden ontleend.

Eerstgenoemde circulaire zal hebben gediend om de medewerkers van de buitendienst een reclamemiddel aan de hand te doen; zo daarin sprake is van een „marge correcte", wordt daarmee — afgezien van het feit dat de van de vakhandel verlangde kostenintensieve prestaties een bepaalde minimumwinstmarge volstrekt rechtvaardigen — hooguit verwezen naar het in beginsel restrictieve toelatingsbeleid jegens grote warenhuizen, die reeds in een andere context werd beoordeeld.

In zoverre daarin sprake is van een „marge convenable", geldt dit mijns inziens ook voor het tweede document. Weliswaar wordt daarin ook nog van de handhaving van de detailhandelsprijzen en in het algemeen van de prijspolitiek van ATF gesproken, doch volgens mij in te algemene termen om daaruit enige conclusie te kunnen trekken ten aanzien van bepaalde methoden van prijsbeïnvloeding.

Wat het derde en het vierde document betreft zij toegegeven, dat deze wellicht op een hoge-prijzenpolitiek van ATF wijzen. Zij leren ons echter evenmin iets

nieuws over *specifieke maatregelen* op het gebied van de prijsvorming.

2. Prijsbeïnvloeding in België

Op dit punt wordt in de beschikking slechts *één* relevant geval aangevoerd en wordt voor het overige naar een algemeen document verwezen.

a) Om ook hier met het individuele geval te beginnen, is de verklaring van detailhandelaar *Verbinnen* van belang, dat hij begin 1980 werd verzocht de prijs van een televisietoestel met ongeveer BFR 3 000 te verhogen, hetgeen hij echter weigerde (vgl. de brieven van Verbinnen van 3 en 27 november 1980).

aa) In zoverre rijst — om op een argument van verzoekster in te haken — in de eerste plaats de vraag, of dit geval eigenlijk wel in de beschikking mocht worden opgenomen, aangezien het in de mededeling van de punten van bezwaar nog niet was vermeld.

Mijns inziens bestaat daartegen geen bezwaar. Daarbij kan in het midden blijven, of het slechts om een nieuw bewijsmiddel voor een reeds in de mededeling van de punten van bezwaar vermeld verwijt gaat. Beslissend is in ieder geval, dat verzoekster de gelegenheid is geboden haar standpunt ten aanzien van beide voornoemde brieven kenbaar te maken, en dat zij dit ook heeft gedaan (vgl. de brief van haar raadsman van 24 april 1981); mitsdien kan niet van schending van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure worden gesproken.

bb) Met betrekking tot de door de Commissie gewraakte feiten heeft verzoekster verklaard, dat de door Verbinnen toegepaste prijs niet ongebruikelijk was, daar hetzelfde toestel door dertien andere handelaren nog goedkoper zou zijn aangeboden. Zij meende dan ook dat deze kwestie moest worden opgehelderd, door Verbinnen op straffe van boete om inlichtingen te verzoeken dan wel met haar te confronteren.

Gelet op deze situatie — de Commissie is niet op verzoeksters voorstel ingegaan —, lijkt het al bij voorbaat twijfelachtig, of de verklaringen van Verbinnen als bruikbaar bewijsmateriaal kunnen worden beschouwd. Zij leveren in geen geval het bewijs van met de mededingingsregels strijdig gedrag bij de toepassing van de distributieregeling. Er kan immers hooguit worden uitgegaan van het bestaan van *eenzijdige* maatregelen, waarbij evenwel geen sprake was van pressie of bedreiging met sancties en die dan ook geen effect hebben gesorteerd. In hetgeen de Commissie als een vorm van pressie beschouwt — in de brief van Verbinnen van 3 november 1980 is enkel sprake van „machinatie", in die zin dat een vertegenwoordiger van ATBG zich voordeed als koper om anoniem om informatie te verzoeken en kritiek uit te oefenen op de toestellen — kan in de eerste plaats geen poging tot beïnvloeding worden gezien. Bovendien is daarvan slechts sprake in verband met de poging de importactiviteiten van Verbinnen te beïnvloeden, doch niet waar het zijn prijsvorming betreft.

Mijns inziens kan het geval Verbinnen — aan wie volgens verzoeksters verklaringen nog steeds wordt geleverd — niet als bewijs voor een ongeoorloofd ingrijpen in de prijsvorming worden beschouwd.

b) Daarmee kom ik toe aan het document betreffende de *algemene prijspolitiek in België*, te weten het ATBG-verslag van 19 december 1978, met een uiteenzetting over verkoopbevordering. Daarin

staat: „de laisser librement fluctuer les prix conduit inévitablement à ce que les petits clients ne réalisent pas la marge minimum . . .", en verder: „il n'entre pas dans nos intentions d'établir un prix de marché unique . . . mais d'arriver par un jeu de positionnement des prix de marché à ce que les prix ne fluctuent pas de plus de BFR 1 000."

Verzoekster heeft beklemtoond, dat het hier slechts gaat om door de betrokken auteur uitgewerkte ideeën, en niet om een verbindende beleidsbeslissing van ATBG. In werkelijkheid zou degene tot wie de mededeling was gericht — de directeur van ATBG — alleen al de gedachte achter het voorgestelde systeem van prijsberekening niet hebben begrepen en zou dit systeem in ieder geval in België nooit zijn toegepast. Met deze tegenwerpingen voor ogen heeft de Commissie getracht te achterhalen, of deze prijspolitiek in praktijk werd gebracht en wat tegen ongehoorzame handelaren werd ondernomen, doch blijkbaar zonder succes. In ieder geval is verzoeksters betoog niet weerlegd dat, nadat zij was gehoord, zeven verzoeken om informatie tot Belgische handelaren zijn gericht, doch de Commissie alleen het hiervoor reeds behandelde antwoord van Verbinnen heeft ontvangen. Mijns inziens kan dan ook bezwaarlijk het verwijt staande worden gehouden, dat in België een prijspolitiek is gevoerd als in voornoemd document omschreven.

Al aangenomen bovendien dat tot de detailhandelaren bepaalde *prijsaanbevelingen* werden gericht, dan nog kan in een dergelijke handelwijze — opgave van een gemiddeld haalbare marktprijs, voortvloeiende uit de kostprijsberekening van de producent en een vergelijking met de prijzen van concurrerende produkten — geen onrechtmatige toepassing van de distributieregeling worden gezien. Daarbij doet het er niet toe, in hoeverre de Belgische rechtssituatie hier een rol speelt. Belangrijk is hetgeen in het arrest in zaak 26/76 [1] wordt gezegd over het streven om voor gespecialiseerde groot- en kleinhandelaren een bepaald prijsniveau te handhaven, alsmede het feit dat artikel 85 in beginsel niet van toepassing is op eenzijdige maatregelen. Wanneer echter een selectieve distributieregeling als zodanig niet onder artikel 85 kan vallen en eenzijdige prijsmaatregelen evenmin, kan een combinatie van deze elementen niet anders worden beoordeeld. Derhalve kunnen eenzijdige prijsmaatregelen alleen aanleiding geven tot kritiek, wanneer wordt gepoogd ze onder pressie op te leggen, omdat daardoor de vrije prijsvorming daadwerkelijk wordt belemmerd. De poging om zodanige pressie uit te oefenen — hetgeen overigens, gelet op de marktpositie van Telefunken, de intense „interbrand"-mededinging en de aanzienlijke macht van grote afnemers of groepen van afnemers nauwelijks aannemelijk lijkt — moet echter, evenals het bestaan van onderling afgestemde gedragingen tussen handelaren, waartoe een prijsaanbeveling kan leiden, in concreto worden bewezen.

c) Wat het Belgische afzetgebied betreft kan bijgevolg — het reeds in een andere context beoordeelde geval-Diederichs buiten beschouwing gelaten — niet van verboden prijsacties van verzoekster in het kader van de distributieregeling worden gesproken.

3. Prijsbeïnvloeding in Duitsland

Tenslotte zijn er nog enkele gevallen in Duitsland, waarin de Commissie heeft

1 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

gemeend een ontoelaatbaar ingrijpen in de prijsvorming te kunnen vaststellen. Daarbij wordt in de beschikking onderscheiden tussen rechtstreekse (sub 40 en 41) en indirecte prijsbeïnvloeding (sub 48-52).

a) Wat het eerste aspect betreft, gaat het in hoofdzaak om de gevallen *Suma* en *Holder.*

aa) Met betrekking tot Suma (te München) is in de eerste plaats een verslag van een gesprek op 20 april 1977 van belang. Hierin zou de directeur van Suma duidelijk zijn gemaakt, hoe belangrijk de marktprijsbepaling in zijn winkels voor TFR was. Daarbij zou zijn overeengekomen, dat het nieuwe prijsniveau grondig zou worden besproken en dat de verkoopprijzen zouden worden vastgelegd. Tenslotte zou de bedrijfsleider van Suma hebben toegezegd, „niet het ‚price-leadership' op zich te zullen nemen, maar in het uiterste geval de minimumprijs op de markt toe te passen, zich echter zoveel mogelijk te zullen houden aan prijzen tussen de gemiddelde winkelprijzen en de minimumprijzen." In de tweede plaats beroept de Commissie zich op een nota over de ondervraging van voornoemde bedrijfsleider, blijkens welke AEG-Telefunken de verzekering zou zijn gegeven, „dat bijzonder agressieve prijzen van de concurrentie aan Telefunken zouden worden meegedeeld en niet onmiddellijk door Suma zouden worden overgenomen."

Blijkens deze documenten ging het hier kennelijk om meer dan vrijblijvende gesprekken over een mogelijke prijsvorming. Het betreft veeleer een prijsafspraak in het kader van de distributieregeling, die — ook al werd wellicht niet toegezegd dat de door Telefunken vastgestelde verkoopprijzen zouden worden toegepast — er toch toe strekte, de vrijheid van Suma op het stuk van de prijsvorming te beperken. Het verwijt van de Commissie dat zulks te ver ging, was volstrekt gerechtvaardigd.

Het door verzoekster ook in dit verband aangevoerde argument, dat de afspraak in werkelijkheid geen effect heeft gesorteerd, is niet relevant voor de eigenlijke beoordeling doch kan hooguit medebepalend zijn voor de ernst van de inbreuk op de mededingingsregels.

bb) In het geval-*Holder* — een kleine detailhandelaar in Zuid-Duitsland — beroept de Commissie zich op een nota van het verkoopkantoor München van 30 november 1976, luidens welke een bepaald toestel zou zijn geleverd nadat Holder uitvoerig in kennis was gesteld van de distributiemethode en de prijsvorming.

Gelet op hetgeen tijdens de procedure naar voren is gebracht, kan daarin echter bezwaarlijk het bewijs worden gezien van een ongeoorloofd ingrijpen in de prijsvorming. Volgens verzoeksters onweersproken verklaringen ging het om de invoering van een nieuw, duurder toestel, dat intensieve voorlichting vereiste, zodat de handelaren door een prijsgesprek van de afzetmogelijkheden moesten worden overtuigd. Bovendien zijn er niet alleen geen aanwijzingen dat enigerlei pressie is uitgeoefend, hetgeen door ondervraging van Holder had kunnen worden vastgesteld, doch staat ook vast, dat Holder zich kennelijk niet aan de opgegeven prijzen hield doch met lagere prijzen adverteerde, waarop het toestel door Telefunken van de markt werd weggekocht.

Voorts is het betoog van de Commissie, dat de aanhef van de nota erop wijst dat dit voorbeeld tijdens gesprekken met de inkoopcoöperatie Interfunk moest wor-

den gebruikt om een betere prijsdiscipline te bereiken, mijns inziens irrelevant; nu over de inhoud van dergelijke gesprekken immers niets aan het licht is gekomen, vormen loutere gissingen omtrent een mogelijke prijsbeïnvloeding onvoldoende grond om van schending van het mededingingsrecht te spreken.

b) De gevallen van indirecte prijsbeïnvloeding

aa) Hier speelt in de eerste plaats wederom *Suma* een rol, en wel in zoverre voornoemde gespreksnota van 20 april 1977 ook wijst op het bestaan van een premieregeling volgens welke naast een omzetbonus van 1 % en een verkoopbevorderingsbonus van 0,5 % — beide halfjaarlijks uit te betalen — aan het einde van het jaar ook een „bonus voor goed gedrag" ten belope van 2 % zou worden uitgekeerd. Dit laatste brengt de Commissie in verband met een voorstel van het verkoopkantoor München van 22 december 1976, waarin wordt gezegd dat uitkering van de jaarbonus van 2 % afhankelijk kon worden gesteld van een behoorlijk prijsgedrag op de markt en dat via de jaarbonus het marktgedrag kon worden gestuurd.

In dit verband heeft verzoekster beklemtoond, dat het voorstel van het verkoopkantoor München in werkelijkheid niet door TFR in deze vorm is overgenomen. De bonus voor goed gedrag werd veeleer tijdens de hoorzitting voor de Commissie door verzoeksters verkoopdirecteur binnenland een vergoeding genoemd voor de terbeschikkingstelling van reclamepanelen; evenzo werd er ook in het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar op gewezen, dat bedoelde bonus werd toegekend in ruil voor de deelneming aan verkoopbevorderingsacties en het beschikbaar stellen van etalages. Ook wordt in de nota van 20 april 1974 geen verband gelegd tussen de op bladzijde 1 vermelde prijsgesprekken en de op bladzijde 3 genoemde bonus. Voorts heeft de bedrijfsleider van Suma ten overstaan van de Commissie verklaard (nota van 2 september 1980) dat de bonus een tegenprestatie is voor het feit „dat AEG in beginsel vóór het verschijnen van krantenadvertenties wordt geïnformeerd over de artikelen waarvoor reclame wordt gevoerd." Tenslotte is niet alleen niet weerlegd, dat Suma de bonus heeft gekregen ondanks herhaalde speciale acties, doch is ook van belang dat de bedrijfsleider van Suma verzoeksters raadsman de verzekering heeft gegeven, dat de bonus werd toegekend als tegenprestatie voor het verstrekken van inlichtingen aan de producent over de marktontwikkeling en wegens de hoge verkoopcijfers van Suma; omdat hij niet in de contractuele voorwaarden was opgenomen, moest hij jegens de centrale directie echter onder de gekozen benaming worden gerechtvaardigd.

Mitsdien kan mijns inziens in het geval Suma beïnvloeding van het prijsgedrag door middel van voornoemde bonus niet bewezen worden geacht.

bb) Voorts is volgens de Commissie in dit verband verzoeksters gedrag jegens de detailhandelaar *Wilhelm* te Saarbrükken van belang.

Toen deze in juli 1976 reclame maakte met goedkope aanbiedingen, vroeg TFR het verkoopkantoor Saarbrücken onder verwijzing naar een advertentie van Wilhelm met „zeer storende prijzen", waarom het nu weer opnieuw begon. De

Commissie ziet hierin een stilzwijgende aansporing om corrigerend in te grijpen.

Bij nader inzien blijkt evenwel, dat dit geval evenmin als bewijs voor een poging tot onrechtmatige prijsbeïnvloeding kan dienen. Op de vraag van TFR werd immers op 23 juli 1976 geantwoord, dat die situatie was veroorzaakt door advertenties van Kaufhof, waarvan de prijzen onmiddellijk door enkele grote handelaren waren overgenomen, en dat de aanbieding van Wilhelm volgens het kantoor Saarbrücken geen nadelige gevolgen had.

Zelfs wanneer men derhalve de vraag van 22 juli 1976 zou willen zien als een indirecte aansporing om te trachten de discipline te herstellen, is uiteindelijk toch doorslaggevend dat het niet tot enig ingrijpen is gekomen, omdat het verkoopkantoor Saarbrücken de handelwijze van Wilhelm kennelijk als normale prijsmededinging beschouwde.

cc) In het geval *Schlembach* heeft de Commissie zich in de eerste plaats beroepen op een nota van 9 september 1977 over een „soms geanimeerd" gesprek dat zou zijn gevoerd naar aanleiding van advertenties onder het motto „colorprijsactie". Daarbij zou duidelijk zijn gemaakt, dat een herhaling van dergelijke advertenties tot „ernstige verstoring van de samenwerking" zou leiden en dat zodoende „de drempel voor een nieuwe agressieve advertentiecampagne" aanzienlijk was verhoogd. Voorts wijst de Commissie op een mededeling van het verkoopkantoor Dortmund aan TFR van 30 september 1977, waarin sprake is van ruïneuze prijzen in advertenties van Schlembach voor Telefunken-kleurentelevisies en van stappen die in verband met het geval-Schlembach moesten worden ondernomen. Aan een andere geadresseerde van de nota werd bovendien de vraag gesteld, of er geen „elegante speciale wegen" waren om „de klanten de teugel kort te houden", waarin de Commissie een stilzwijgende aansporing ziet om tegen Schlembach op te treden.

In eerstgenoemd document kan wellicht daadwerkelijk het bewijs worden gezien van een effectieve beïnvloeding van een onderneming op het stuk van de marktprijsvorming en daarmee van een in het kader van de distributieregeling ongeoorloofd ingrijpen, ook al ging het niet noodzakelijkerwijs om de handhaving van het door verzoekster gewenste prijsniveau. Verzoekster heeft dienaangaande voor het Hof verklaard, dat advertenties met voornoemde slogan de indruk wekken van bijzondere voordelen bij de aankoop en derhalve moeten worden beschouwd als reclame voor een verboden speciale campagne in de zin van artikel 9, sub a, van de Duitse wet ter bestrijding van oneerlijke mededinging junctis de artikelen 1 en 2 van het besluit van de Reichsminister van Economische Zaken van 4 juli 1935, en derhalve als strijdig met de mededingingsregels neergelegd in de EG-gedragscode. Daartegen kan evenwel worden ingebracht, dat zij het bestaan van een verboden speciale campagne niet heeft aangetoond, en met name in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar niets heeft aangevoerd wat voor de Commissie een reden had kunnen zijn om nader op deze vraag in te gaan. Ten aanzien van eerstgenoemd document moet dan ook worden erkend, dat de Commissie haar verwijten terecht mede daarop heeft gebaseerd, te meer omdat ook de omstandigheid, dat in de nota uitdrukkelijk gewag wordt gemaakt van de nadelige gevolgen voor het marktprijsniveau in het

Rijn-Roergebied, erop wijst dat het verzoekster enkel en alleen om de handhaving van een bepaald prijsniveau te doen was.

Met betrekking tot het tweede document heeft verzoekster in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar verklaard, dat daarmee alleen een onderzoek werd beoogd naar speciale acties op het randje van het toelaatbare, met andere woorden naar mogelijke gevallen van oneerlijke mededinging. Tegen een dergelijk onderzoek en een gepast toezicht op de tot het distributiestelsel toegelaten handelaren kan stellig geen bezwaar worden gemaakt, aangezien voortdurende goedkope aanbiedingen het vermoeden rechtvaardigen, dat van de van de vakhandel verlangde kostenintensieve prestaties (voorlichting en service) niets meer terecht komt (vgl. het arrest van het Bundesgerichtshof van 24 september 1979). In zoverre in de brief voorts sprake is van stappen die moesten worden ondernomen en aan het einde de hiervoor aangehaalde vraag wordt gesteld, levert dit mijns inziens onvoldoende grond op voor een verwijt. Het is immers komen vast te staan, dat het bij bedoeld postscriptum slechts ging om een vraag aan de directeur van de verkoopvestiging Keulen en dus niet om een aanwijzing van de verantwoordelijke voor de distributie. Voorts wijst niets erop, dat aan de verholen aansporing daadwerkelijk gevolg is gegeven — hetgeen door ondervraging van Schlembach gemakkelijk had kunnen worden opgehelderd —, zodat uiteindelijk ook in het midden kan blijven of, gesteld dat er sprake was van oneerlijke mededinging, dergelijke maatregelen daardoor werkelijk zouden zijn gerechtvaardigd.

dd) Tenslotte moet nog worden ingegaan op het door de Commissie aangevoerde *rapport van het verkoopkantoor Mannheim* van 31 oktober 1978, betreffende de situatie in de maand oktober 1978.

Volgens de Commissie is met name belangrijk dat daarin wordt gezegd, dat aanbiedingen van Gruoner en Südschall met een bepaald parallelmodel van het merk Imperial „storend" hadden gewerkt, dat ook advertenties en acties van Massa-Markt voor „Imperial-toestellen van het huis Telefunken" „marktverstorend" worden genoemd, dat sprake is van nog andere „marktverstoringen" door Kaufhof te Kassel en Hertie te Frankfurt, en dat tenslotte wordt verklaard, dat „hier eerst na intensieve inspanningen de rust kon worden hersteld." De Commissie leidt hieruit af dat — nadat storende prijzen waren vastgesteld — in ieder geval bij de drie laatstgenoemde handelaren met succes corrigerend is ingegrepen, en dat het dus ook hier tot prijsbeïnvloeding in de zin van handhaving van het door verzoekster gewenste prijsniveau is gekomen.

Ook op dit punt kan ik mij evenwel niet bij de Commissie aansluiten.

Tijdens de procedure voor het Hof is gebleken, dat de gevallen Gruoner en Südschall volstrekt ten onrechte zijn aangevoerd — ook de Commissie heeft in zoverre tijdens de mondelinge behandeling van een vergissing gesproken — omdat het daarbij niet om onder de distributieregeling vallende produkten ging; bijgevolg behoeft niet te worden onderzocht, of deze gevallen alleen al niet buiten beschouwing moesten blijven omdat zij niet in de mededeling van de punten van bezwaar waren vermeld. Mijns inziens geldt hetzelfde voor het geval Massa-Markt, waarin overigens ook in de reclame voor *Imperial*-toestellen verkeerdelijk de merknaam „Telefunken" werd gebruikt en derhalve een verzoek om stopzetting daarvan gerechtvaardigd was.

Wat echter de „marktverstoringen" door Kaufhof en Hertie aangaat, staat vast dat interne rapporten over het marktgedrag van klanten bezwaarlijk kunnen worden

gekritiseerd, ook wanneer het niet gaat om de vraag of de prijsvorming de kwaliteit van de vakhandel in gevaar brengt. Voorts heeft verzoekster in dit verband verklaard, dat er klachten van detailhandelaren waren over tijdelijke speciale aanbiedingen van Kaufhof en Hertie voor bepaalde toestellen en dat deze detailhandelaren er nadien van konden worden overtuigd, dat die speciale aanbiedingen niet op bijzondere condities van TFR berustten. De uitdrukking „herstel van de rust" heeft daarop betrekking, en niet op een geslaagde prijsverlaging. Mij komt dit aannemelijk voor, en indien de Commissie daaromtrent enige twijfel koesterde, had zij een nader onderzoek moeten instellen alvorens zij uit het document conclusies tot staving van haar stelling trok.

V. Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en de onrechtmatige toepassing van de distributieregeling

1. Tot dusver is gebleken, dat de door de Commissie tegen verzoekster ingebrachte bezwaren *slechts ten dele* gegrond zijn.

a) Derhalve is het ongetwijfeld noodzakelijk, de zeer vergaande conclusies van de beschikking — die niet alleen van belang zijn voor de vraag in hoeverre een ongunstige beïnvloeding van de mededinging merkbaar is, doch ook voor de straftoemeting — tot hun juiste proporties terug te brengen.

Ik denk daarbij aan de opmerking, dat de niet-toelating van handelaren en de prijsbeïnvloeding geen op zichzelf staande, individuele maatregelen waren, doch dat het gaat om een *groot aantal* gevallen van beperking van de mededinging; dit gaat echter niet op, wanneer men let op het tijdvak waarop de beschikking betrekking heeft alsmede op het enorme aantal — van elke kritiek gespaard gebleven — handelstransacties met een groep van ongeveer 12 000 erkende handelaren in de Gemeenschap. Ik denk met name ook aan de zeer ernstige bewering, dat de discriminatie van handelaren en de vaststelling van verkoopprijzen *stelselmatig* — tijdens de mondelinge behandeling heette het: „planmatig" — geschiedden, hetgeen stellig niet juist kan worden geacht.

b) Met betrekking tot de *toelating van handelaren* tot het distributiestelsel heeft de Commissie in het algemeen aangevoerd, dat nieuwe verkoopvormen en prijsbewuste handelaren *algemeen* de toegang werd geweigerd, en dienaangaande elders in de beschikking verklaard, dat bepaalde verkoopvormen en handelaren, ofschoon zij aan de criteria voor de vakhandel voldeden, de toegang werd ontzegd of bemoeilijkt; zij heeft in dit verband ook gesteld, dat handelaren die niet bereid waren de door verzoekster vastgestelde minimumverkoopprijs over te nemen, niet in het distributiestelsel werden opgenomen. Hieromtrent is in werkelijkheid slechts het volgende gebleken:

aa) Bewezen is slechts, dat *een* handelaar (Diederichs) op laatstgenoemde grond niet is toegelaten.

bb) Met betrekking tot grote warenhuizen en discounts is gebleken, dat van uitsluiting of vertraging bij de toelating alleen sprake was in Duitsland en Frankrijk en slechts tot een bepaald tijdstip. Daarbij is in de eerste plaats niet duidelijk — omdat de Commissie in zoverre

geen onderzoek heeft verricht — hoeveel handelaren daardoor in werkelijkheid werden getroffen; bovendien heeft verzoekster — onweersproken — kunnen aanvoeren, dat zij een groot aantal grote warenhuizen, ook in andere landen, *daadwerkelijk toegelaten* heeft.

cc) Wat de gebiedsbescherming in Frankrijk betreft, is *geen enkel geval* van uitsluiting van andere handelaren om deze reden vastgesteld; van gebiedsbescherming kan veeleer slechts in verband met de afbakening van het werkterrein van twee groothandelaren worden gesproken.

Tenslotte is gebleken, dat slechts in *drie gevallen* kon worden aangetoond dat de toelating aan *toezeggingen betreffende de prijsvorming* was gebonden, en daarbij is dan nog niets over de daadwerkelijke gevolgen daarvan bekend.

c) Met betrekking tot de *prijsbeïnvloeding* heeft de Commissie verklaard, dat in aanzienlijke mate in de vaststelling van de wederverkoopprijzen is ingegrepen en dat door beïnvloeding van de wederverkoopprijzen aanbiedingen tegen minimumprijzen verregaand zijn verhinderd. Evenwel staat vast, dat prijsbeïnvloeding in de vorm van *afspraken* slechts te onderkennen valt bij enkele Franse handelaren, en dan nog gedurende korte tijd, alsmede in het geval-Suma — overigens heeft de bedrijfsleider van Suma verklaard, dat Suma zich desondanks op het stuk van de prijsvorming vrij voelde — en dat voorts slechts in één geval — Schlembach — *eenzijdige* prijsbeïnvloeding kon worden vastgesteld. Bijgevolg kan — met name gelet op verzoeksters uitvoerige verklaringen over de prijssituatie in Duitsland — niet worden aangenomen, dat verzoekster via de distributieregeling een voortdurende politiek van hoge prijzen ten nadele van de verbruiker heeft gevoerd.

2. Voorts is belangrijk, dat de bij de toepassing van de distributieregeling gepleegde inbreuken op het mededingingsrecht die als bewezen kunnen worden beschouwd, volgens artikel 85, lid 1 — volgens hetwelk de ongunstige beïnvloeding van de mededinging merkbaar moet zijn — slechts relevant zijn, wanneer kan worden aangenomen dat zij de handel tussen *Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden,* en wel — zoals in de rechtspraak herhaaldelijk is beklemtoond — op *merkbare* wijze (vgl. de arresten in zaak 19/77 [1], de gevoegde zaken 209-215 en 218/78 [2] en zaak 126/80 [3]).

De Commissie meent dat dit het geval is, nu het distributiestelsel *het goederenverkeer tussen de Lid-Staten regelt;* aangezien het *in de gehele Gemeenschap* wordt *toegepast,* zou derhalve in beginsel van een mogelijke ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten moeten worden uitgegaan. Zij meent dat in een dergelijk geval reeds een gering aantal inbreuken de toepassing van artikel 85 rechtvaardigt, omdat alleen daardoor al wijziging wordt gebracht in de aard van het distributiestelsel, dat in zijn geheel buiten de sfeer van het toelaatbare komt te vallen. Voorts wijst de Commissie erop, dat er een aanzienlijk goederenverkeer met Telefunken-produkten plaatsvindt in het groothandels- en detailhandelsstadium. Niet in de laatste plaats beklemtoont zij dat, nu handelaren met een grote omzet, die in staat waren tot in-

1 — Arrest van 1 februari 1978, zaak 19/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131.

2 — Arrest van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Heintz van Landewyck e. a., Jurispr. 1980, blz. 3125.

3 — Arrest van 16 juni 1981, zaak 126/80, Salonia, Jurispr. 1981, blz. 1563.

voer, niet of eerst nadat zij aan extra voorwaarden hadden voldaan in het distributiestelsel werden opgenomen, kan worden aangenomen, dat het goederenverkeer zich merkbaar anders heeft ontwikkeld dan zonder deze discriminatie het geval ware geweest.

Tegen deze zienswijze heb ik — mét verzoekster — in meer dan een opzicht bedenkingen.

a) Mijns inziens kan niet worden gesteld, dat verzoeksters distributiestelsel *het goederenverkeer* tussen de Lid-Staten *regelt;* de omstandigheid voorts dat het distributiestelsel *in de gehele Gemeenschap geldt,* betekent nog niet dat het — wanneer bepaalde inbreuken worden gepleegd — in beginsel de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

In beginsel bepaalt de distributieregeling slechts, wie — als groothandelaar of als detailhandelaar — handel mag drijven met Telefunken-produkten, dat wil zeggen goederen mag verdelen waarvan in de regel mag worden aangenomen dat zij bij *nationale* distributiemaatschappijen of groothandelaren in eigen land worden betrokken. In zoverre het volgens de distributieregeling zonder meer ook mogelijk is, goederen van erkende handelaren in andere Lid-Staten te kopen, wordt daar alleen stilzwijgend van uitgegaan en kan niet van een regeling van de handel tussen staten worden gesproken.

Mocht nu een selectief distributiestelsel onder de in de rechtspraak genoemde voorwaarden niet onder artikel 85, lid 1, vallen, dan kan artikel 85 slechts op dat stelsel van toepassing zijn, *voor zover het in de praktijk onrechtmatig* wordt *toegepast.* Bijgevolg moet nauwgezet worden onderzocht of beweerde inbreuken, te weten een van de norm afwijkende toepassing, schadelijke gevolgen voor de handel tussen staten hebben; evenwel kan mijns inziens redelijkerwijs niet worden aangenomen, dat een stelsel waartegen op zichzelf geen bezwaar kan worden gemaakt, door het enkele feit dat een inbreuk wordt vastgesteld — waarvan wegens zijn geringe omvang vaststaat, dat hij slechts van plaatselijk belang is —, een volledig ander karakter krijgt en derhalve in zijn geheel als schadelijk voor de communautaire mededingingsregeling moet worden beschouwd.

b) Van de hiervoor behandelde inbreuken hecht de Commissie — wanneer ik de beschikking goed begrijp — bij de toetsing aan artikel 85, lid 1, voornamelijk belang aan de gevallen waarin vrij belangrijke handelaren, die tot handel met het buitenland in staat zijn, niet werden toegelaten dan wel met vertraging en eerst nadat zij aan bijkomende voorwaarden voldeden. Gelet op de rechtspraak terzake — gevoegde zaken 6 en 7/73 [1] en zaak 22/78 [2] — is zulks volstrekt te billijken.

Bijgevolg komen in de onderhavige zaak alleen in aanmerking het geval Diederichs in België, de tijdelijke niet-toelating van grote warenhuizen in Duitsland en van discounts in Frankrijk, alsmede de gevallen Auchan, Mammouth (Toulouse) en Iffli (Metz), waarin de toelating tot het distributiestelsel afhankelijk werd gesteld van de toezegging, een bepaald prijsniveau te handhaven. Wat de vraag betreft of deze gevallen een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel aannemelijk maken, ben ik van oordeel

1 — Arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA en Commercial Solvents Corporation, Jurispr. 1974, blz. 223.

2 — Arrest van 31 mei 1979, zaak 22/78, Hugin Kassaregister AB en Hugin Cash Registers Ltd, Jurispr. 1979, blz. 1869.

dat de Commissie daarvan niet het bewijs heeft kunnen leveren.

aa) Met betrekking tot het geval-Diederichs moet worden aangenomen, dat deze in staat en ook voornemens was, Telefunken-produkten uit Duitsland in te voeren. Ook mag ervan worden uitgegaan, dat de invoer van televisietoestellen niet onmogelijk of aanzienlijk moeilijker werd gemaakt door de omstandigheid, dat dergelijke toestellen in België voor kabeltelevisie moeten zijn uitgerust, daar volgens de overtuigende verklaringen van de Commissie een dergelijke aanpassing geen bijzondere problemen stelt.

Dit geval vormt op zichzelf evenwel onvoldoende grond om van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel te kunnen spreken. Daartoe heeft de Commissie aard en omvang van de handelsactiviteiten van Diederichs niet grondig genoeg onderzocht — de genoemde omzetcijfers zijn eerder bescheiden —, moet het geringe marktaandeel van Telefunken in België, ook in de sector televisietoestellen, in aanmerking worden genomen (in zoverre moge ik herinneren aan de arresten in de zaken 73/74 [1] en 19/77 [2] en de gevoegde zaken 209-215 en 218/78 [3]), en is ook van belang, dat Diederichs reeds een jaar na de omstreden onderhandelingen zijn handelsbedrijvigheid moest stopzetten.

bb) Met betrekking tot de tijdelijke niet-toelating van grote warenhuizen in Frankrijk en Duitsland mag er wel van worden uitgegaan, dat sommige daarvan wegens hun omvang voor tussenstaatse handel in aanmerking kwamen. Bij gebreke van een behoorlijk onderzoek van de Commissie is echter zo weinig bekend over de daadwerkelijk in aanmerking komende handelaren en hun bedrijvigheid, dat alleen daarom al niet kan worden gesteld, dat hun tijdelijke uitsluiting uit het distributiestelsel tot een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel heeft geleid of daartoe wezenlijk heeft bijgedragen.

cc) Wat tenslotte de gevallen-Auchan, Mammouth en Iffli betreft, komen in dit verband wellicht — bij gebreke van een diepgaand onderzoek zijn wij op gissingen aangewezen — alleen Auchan en Iffly in aanmerking, doch kan nauwelijks worden aangenomen dat het Mammouth-*filiaal* in Toulouse aan parallelimport zou denken.

Voorts mag niet uit het oog worden verloren, dat voornoemde handelaren niet van het distributiestelsel waren uitgesloten; het gaat erom, dat hun toelating afhankelijk werd gesteld van toezeggingen op het stuk van de prijzen. Zulks kan evenwel — nog afgezien van het feit dat de toezeggingen kennelijk niet zijn nagekomen — nauwelijks gevolgen hebben gehad voor eventuele importtransacties in de zin van een bemoeilijking van de afzet. Zo werd Auchan er enkel toe verplicht, geen lagere prijzen toe te passen dan in de betrokken stad golden, en ging het bij Iffly in hoofdzaak om de verplichting, „de ne pas casser la marque."

Zelfs in aanmerking genomen dat voor artikel 85, lid 1, geen daadwerkelijke ongunstige beïnvloeding van de handel is vereist, doch slechts een potentiële beïnvloeding (zaak 19/77 [2]), kan met betrekking tot deze twee gevallen bezwaarlijk worden aangenomen, dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan. Wegens het geringe marktaandeel van

1 — Arrest van 26 november 1975, zaak 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e. a., Jurispr. 1975, blz. 1491.

2 — Arrest van 1 februari 1978, zaak 19/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131.

3 — Arrest van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Heintz van Landewyck e. a., Jurispr. 1980, blz. 3125.

Telefunken, ook in de sector televisietoestellen in Frankrijk, kan een zekere belemmering van de bedrijvigheid van Auchan en Iffly als verdelers nauwelijks tot een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel hebben geleid. Voorts is ingevolge het bestaan van verschillende televisiestandaarden in Frankrijk en Duitsland en doordat zwartwittoestellen niet en kleurentelevisies slechts met hoge kosten kunnen worden omgebouwd, parallelinvoer, die volgens verzoekster nog nooit heeft plaatsgevonden, volstrekt ondenkbaar. Bij de zonder meer aan weerszijden van de grens bruikbare multistandaardtoestellen, waarvan men zich kan voorstellen dat zij in het grensgebied worden verhandeld, is het in elk geval uitgesloten, dat een belemmering van de afzet ingevolge de door de Commissie vastgestelde inbreuken op de mededingingsregels een zodanige omvang zou hebben kunnen aannemen, dat de handel merkbaar ongunstig werd beïnvloed.

c) Mochten voorts, in tegenstelling tot wat uit de motivering van de beschikking blijkt, ook de overige aangevoerde gevallen van onrechtmatige toepassing van de distriebutieregeling van belang zijn, dan moet daaromtrent nog het volgende worden opgemerkt:

aa) Een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel ingevolge de in Frankrijk vastgestelde *gebiedsbescherming*, met name de afbakening van de afzetgebieden van verschillende groothandelaren, lijkt mij uitgesloten. Mijns inziens gaat het hier in werkelijkheid om een louter binnenlandse aangelegenheid, die aan het arrest in zaak 22/78 [1] doet denken. Al aangenomen dat de toelating van mededinging in de betrokken gebieden een grotere afzet van Telefunken en daarmee een stijging van de invoer tot gevolg zou hebben gehad, zijn er — bij gebreke van een concreet onderzoek naar aard en omvang van de handelsbedrijvigheid der betrokken groothandelaren — evenwel geen aanwijzingen, dat het hier gaat om kwantiteiten waarbij aan een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel zou kunnen worden gedacht.

bb) Wat de afspraak met *Suma* en de prijsbeïnvloeding bij *Schlembach* betreft, moet eveneens van een louter binnenlandse aangelegenheid worden gesproken, omdat — gelijk de Commissie zelf erkent — handelsverkeer met Telefunken-toestellen van Frankrijk naar Duitsland ondenkbaar is en de twee voornoemde handelaren zich overigens niet voor uitvoer interesseerden.

cc) In de paar gevallen waarin de prijsvorming van Franse handelaren na hun toelating tot het distributiestelsel werd beïnvloed (zie de beschikking, sub 42 en 45-47), ging het hoofdzakelijk om naar plaats en tijd zeer beperkte acties. Ook in zoverre is weinig bekend over aard en omvang van de handelsbedrijvigheid der betrokken handelaren.

3. De vaststellingen van de Commissie betreffende de omvang van de onrechtmatige toepassing van de distributieregeling moeten derhalve in aanzienlijke mate als niet-steekhoudend worden bestempeld. Voor zover de praktische toepassing van de distributieregeling terecht wordt gekritiseerd, is mijns inziens bovendien niet bewezen, dat de handel tussen Lid-Staten daardoor merkbaar ongunstig kon worden beïnvloed.

Dit betekent dat de principiële verklaring in artikel 1 van de bestreden beschikking, dat de door AEG-Telefunken ingevoerde distributieregeling voor Telefunken-

1 — Arrest van 31 mei 1979, zaak 22/78, Hugin Kassaregister AB en Hugin Cash Registers Ltd, Jurispr. 1979, blz. 1869.

merkartikelen in haar in de praktijk toegepaste vorm een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vormt, niet staande kan worden gehouden. Daarmee wordt tevens elke grond ontnomen aan de bij artikel 2 opgelegde verplichting, aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken, en inzonderheid aan de oplegging van een geldboete bij artikel 3. *Mitsdien moet het beroep reeds op grond van bovenstaande overwegingen gegrond worden geacht.*

VI. De overige middelen

Op alle andere tijdens de procedure opgeworpen problemen behoeft dan ook eigenlijk niet meer te worden ingegaan. Niettemin zou ik er subsidiair in het kort op willen ingaan.

1. Artikel 85, lid 3

Dienaangaande wordt in de beschikking gesteld, dat de *toepassing* van de distributieregeling zoals zij door de Commissie is gekritiseerd, *niet* bij haar is *aangemeld* en alleen al daarom niet voor vrijstelling in aanmerking komt. Voorts wordt erop gewezen, dat een distributiestelsel dat tot discriminatie bij de toelating en tot prijsbeïnvloeding leidt, niet kan worden vrijgesteld, omdat deze beperkingen niet onmisbaar zijn voor een goede distributie en evenmin voordelen voor de verbruikers opleveren. Verzoekster brengt daartegen in, dat zij bij de aanmelding uitdrukkelijk om vrijstelling heeft verzocht en dat de Commissie haar derhalve niet, zonder zich daarover uit te spreken, een boete kan opleggen. Onder verwijzing naar het arrest in zaak 26/76 [1] betoogt zij, dat het streven om een bepaald prijsniveau te handhaven inherent is aan een selectief distributiestelsel, zodat daartoe strekkende handelingen in het kader van de algemene toepassing van de distributieregeling passen en dus niet afzonderlijk behoeven te worden aangemeld.

Mocht artikel 85 in afwijking van mijn standpunt toch van toepassing zijn, dan zou ik op dit punt de Commissie willen volgen.

Een vrijstelling onderstelt in de regel een aanmelding bij de Commissie. Ook staat vast dat toen verzoekster zich tot de Commissie wendde, werd verklaard dat iedere handelaar die aan de criteria voor de vakhandel voldeed, tot het distributiestelsel zou worden toegelaten. Daarentegen kwam kennelijk nooit ter sprake — en werd derhalve bij de aanmelding evenmin vermeld — dat in bepaalde grensgevallen handelaren aan het lijntje moesten worden gehouden, dat onder omstandigheden bijkomende voorwaarden moesten worden vervuld, dat bij de toelating afzetgebieden konden worden afgebakend waarin andere handelaren elke activiteit achterwege moesten laten, en dat het in het kader van de handelsbetrekkingen met erkende handelaren tot prijsafspraken of tot een niet tot loutere aanbevelingen beperkt ingrijpen in de prijsvorming zou komen. Bijgevolg is met betrekking tot de door de Commissie gewraakte inbreuken op de mededingingsregels, voor zover deze kritiek gerechtvaardigd moet worden geacht, vrijstelling alleen al op formele gronden ondenkbaar.

Aan deze conclusie wordt overigens niet afgedaan door de omstandigheid, dat in het arrest in zaak 26/76 [1] sprake is van het — in beginsel — rechtmatige streven om voor de gespecialiseerde groot — en kleinhandel een bepaald prijsniveau te handhaven. Niet alleen kan deze formulering vanzelfsprekend geen discriminerende maatregelen bij de *toelating* tot het

1 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

distributiestelsel rechtvaardigen, zij moet bovendien in beginsel aldus worden verstaan, dat niets lijkt te kunnen worden ingebracht tegen de handhaving van een prijsniveau dat eo ipso ontstaat doordat het dealernet is beperkt tot handelaren die bepaalde bijzondere, in de prijsvorming doorwerkende kosten hebben te dragen. Daarentegen wijst niets erop, dat daarbij ook is gedacht aan speciale prijsmaatregelen die verder gaan dan vrijblijvende prijsaanbevelingen en door regelrecht ingrijpen in de prijsvorming de prijsconcurrentie aantasten.

2. *Het feit dat de beschikking tot AEG-Telefunken is gericht*

In dit verband heeft verzoekster er reeds in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar op gewezen, dat TFR — alleen de distributie van deze onderneming is aan de orde — een rechtens zelfstandige bedrijfstak van AEG is, waarvan de directie over een ruime beslissingsvrijheid beschikt. Zij heeft ook aangevoerd, dat het besluit tot invoering van de distributieregeling niet op aanwijzing van de directie van AEG-Telefunken is genomen en dat ook de bepaling van het distributiebeleid en de praktische toepassing van de distributieregeling uitsluitend zaak van TFR waren. Bijgevolg, aldus AEG, kunnen bepaalde toepassingen van de distributieregeling niet aan de moedermaatschappij worden toegerekend en had de beschikking, nu AEG niet zelf bij de feiten betrokken was, dus niet tot haar moeten worden gericht.

Volgens de Commissie is evenwel beslissend, dat het distributiestelsel door AEG is aangemeld, dat AEG ook in alle overeenkomsten met handelaren als contractpartner optreedt en dat de distributie via de verkooporganisatie van AEG geschiedt. Zij betoogt dat zelfs indien de toepassing van de distributieregeling zaak van TFR was, het niettemin van belang is dat TFR door AEG wordt gecontroleerd en haar aanwijzingen, die in bepaalde gevallen ook zijn gegeven, heeft op te volgen. Bijgevolg kan worden gesproken van een economische eenheid, waarbij de moedermaatschappij verantwoordelijk moet worden geacht voor de praktische toepasing van het distributiestelsel.

Vergelijkbare problemen zijn reeds herhaaldelijk in de rechtspraak aan de orde geweest. Zo werd bijvoorbeeld in het arrest in zaak 48/69 [1] aangenomen, dat een moedermaatschappij en een — rechtens zelfstandige — dochtermaatschappij een economische eenheid vormden omdat de dochtermaatschappij, wier kapitaal grotendeels in handen van de moedermaatschappij was, haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalde, doch in wezen de aanwijzingen van de moedermaatschappij volgde. In een dergelijk geval, waarin de mogelijkheid bestond het beleid van de onderneming op beslissende wijze te beïnvloeden, en van de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen ook daadwerkelijk gebruik werd gemaakt, was het Hof van oordeel dat het met de mededingingsregels strijdige gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij moest worden toegerekend (vgl. ook de arresten in zaak 6/72 [2] en in de gevoegde zaken 6 en 7/73 [3]).

In casu gaat het om de toepassing van een distributieregeling waartegen bezwaren moeten worden gemaakt gezien de

1 — Arrest van 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries, Jurispr. 1972, blz. 619.

2 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Europemballage en Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215.

3 — Arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA en Commercial Solvents Corporation, Jurispr. 1974, blz. 223.

discriminerende uitsluiting van een verdeler, de vaststelling van bijkomende toelatingsvoorwaarden, de afbakening van de afzetgebieden van erkende handelaren alsmede de in het kader van bestaande handelsbetrekkingen getroffen maatregelen ter beïnvloeding van de prijsvorming van erkende handelaren. Gelet op voornoemde rechtspraak lijkt het mij bedenkelijk, dit alles zonder meer aan de moedermaatschappij toe te rekenen op grond dat deze de dealercontracten heeft ondertekend en haar verkooporganisatie ter beschikking heeft gesteld. Het is wellicht verdedigbaar, dat hetgeen zich *bij de sluiting* van de overeenkomsten heeft voorgedaan, aan de — ondertekende — moedermaatschappij moet worden toegerekend. Voor zover het evenwel gaat om de niet-toelating van handelaren en de beïnvloeding van de prijsvorming na toelating tot het distributiestelsel, kan dit evenwel bezwaarlijk worden aangenomen zonder concreet bewijs van beïnvloeding; dit bewijs heeft de Commissie niet geleverd.

Verzoeksters bezwaren tegen de beschikking zijn dan ook stellig gerechtvaardigd, voor zover daarin *alle verwijten* betreffende de onrechtmatige toepassing van de distributieregeling tot de moedermaatschappij zijn gericht.

3. Oplegging en hoogte van de boete

Zo het Hof mocht oordelen dat de onrechtmatige toepassing van de distributieregeling, voor zover deze bewezen kan worden geacht, een inbreuk op artikel 85 vormt, kan in beginsel niets tegen de oplegging van een boete worden ingebracht. Ik zeg dit, omdat in ieder geval sinds het arrest in zaak 26/76 [1] (oktober 1977) — en uit deze tijd dateren de meeste inbreuken waarvan volgens mij het bewijs is geleverd — een verwijt van schuldig gedrag gerechtvaardigd lijkt en, anders dan verzoekster meent, evenmin van „onvermijdelijke verkeerde beslissingen" in het kader van een in beginsel centraal gestuurde distributieregeling kan worden gesproken.

Een *aanzienlijke vermindering van de boete* ware echter stellig wenselijk. Beslissend daarvoor is, dat een aanzienlijk aantal van de door de Commissie gemaakte verwijten niet hard kan worden gemaakt en dat de Commissie geen betrouwbaar beeld heeft gegeven van de daadwerkelijke gevolgen van bepaalde inbreuken voor markt en verbruiker. Voor het nauwkeurige bedrag van de boete refereer ik mij aan het oordeel van het Hof.

4. Tenslotte nog een woord over de vraag of verzoekster, wanneer het bij een boete blijft, over dit bedrag tot de effectieve betaling *interessen* verschuldigd is.

In dit verband zij eraan herinnerd, dat de Commissie bij de kennisgeving van de bestreden beschikking verklaarde, dat zij na het verstrijken van de betalingstermijn (op 21 april 1982) zelfs in geval van beroep tot invordering zou overgaan, met dien verstande evenwel dat zij, hangende de uitspraak van het Hof, invorderingsmaatregelen achterwege zou laten op voorwaarde dat verzoekster ermee instemde, dat de schuldvordering na het verstrijken van de betalingstermijn rente zou dragen berekend volgens het discontotarief van de Bundesbank plus 1 %, en de Commissie een bankgarantie zou worden verschaft tot zekerheid van hoofdsom én interessen. Verzoekster voldeed daaraan in dier voege, dat haar bank op 17 maart 1982 de door de Commissie verlangde garantiebrief afgaf. Bovendien verklaarde verzoekster in een brief van 28 april 1982 ermee in te stemmen, dat het bedrag, van de boete vanaf het verstrijken van de betalingstermijn

1 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875.

rente zou dragen, hetgeen zij tijdens de hoorzitting over haar verzoek om opschorting bevestigde.

Op 6 mei 1982 gaf de president van het Hof de hiervoor reeds genoemde beschikking, waarbij de tenuitvoerlegging van artikel 3 van de beschikking werd opgeschort op voorwaarde dat de ten gunste van de Commissie gestelde zekerheid werd gehandhaafd. Daar verzoekster met betaling van interessen had ingestemd onder voorbehoud van de uitspraak van het Hof over de vraag, of interessen mogen worden geëist, bevatte de beschikking van het Hof op dit punt een voorbehoud. Bijgevolg moet thans bij de behandeling ten principale nog iets worden gezegd over de verplichting tot betaling van interessen, ook al is daarover in de bestreden beschikking zelf niets te vinden.

Verzoekster betoogt in dit verband, dat het in het gemeenschapsrecht aan een rechtsgrond voor een dergelijke verplichting ontbreekt. De Commissie verwijst naar artikel 185 EEG-Verdrag en voert aan, dat verzoeksters aanvaarding van deze verplichting voor haar een voorwaarde was om met de opschorting in te stemmen, en derhalve de rechtsgrond voor de rentevordering vormt. Bovendien meent zij, dat alleen op die manier het doel van de boetebeschikking wordt bereikt en wordt voorkomen, dat met het oog op rentewinst nodeloos wordt geprocedeerd. Zo het Hof het bestaan van een verplichting tot betaling van interessen niet mocht aanvaarden, stelt zij voor de boete met een overeenkomstig bedrag te verhogen, om te voorkomen dat opschorting van de tenuitvoerlegging economisch voordeel oplevert.

Op dit punt zou ik wederom de Commissie gelijk willen geven. Wanneer zij een schending van artikel 85, lid 1, vaststelt en een boete op haar plaats acht, kan deze zonder meer binnen de vastgestelde termijn worden geïnd; onder het verdragsstelsel opgelegde financiële sancties moeten, aangezien beroepen geen opschortende werking hebben, in beginsel onmiddellijk effect sorteren. Daarvan kan onder bepaalde voorwaarden bij een beschikking krachtens artikel 85 van het Reglement voor de procesvoering worden afgeweken. De enige tijd geleden gevonden tussenoplossing, waarvan ook in het onderhavige geval gebruik is gemaakt, is volkomen redelijk, omdat zij de zware gevolgen van een onmiddellijke tenuitvoerlegging voorkomt, de Commissie zekerheid biedt en het onaantrekkelijk maakt om door het instellen van beroep de nakoming van een verplichting tot betaling uit te stellen. Het ontbreekt hier voorts niet aan een rechtsgrond, aangezien de grondgedachte voor een zodanige handelwijze in artikel 86, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering tot uiting is gebracht.

Mocht het Hof derhalve mijn standpunt niet delen en van oordeel zijn, dat verzoeksters gedrag een boetebeschikking rechtvaardigt, dan moet de beschikking van de president in dier voege worden bevestigd, dat over het betrokken bedrag vanaf de in de beschikking gestelde vervaldag bovengenoemde interessen verschuldigd zijn, tenzij er de voorkeur aan wordt gegeven — hetgeen in geval van vermindering van de boete verkieslijk zou zijn — het bedrag van de boete zodanig vast te stellen, dat de verschuldigde interessen zijn inbegrepen.

VII. Samenvattend concludeer ik als volgt:

Mijns inziens is tijdens de procedure gebleken, dat de stelling van de Commissie, dat de door AEG-Telefunken per 1 november 1973 ingevoerde distributieregeling in haar in de praktijk toegepaste vorm een inbreuk op artikel 85, lid 1, oplevert, niet genoegzaam is bewezen. Mitsdien moet de beschikking van de Commissie in volle omvang nietig worden verklaard en moet de Commissie derhalve ook in de proceskosten, de op de procedure in kort geding gevallen kosten daaronder begrepen, worden verwezen.