of, indien zulks wel geheel of gedeeltelijk het geval is, binnen het kader van artikel 85, lid 3. Dit geldt temeer wanneer deze voorwaarden bovendien leiden tot toeneming van de mededinging ten aanzien van andere factoren dan de prijs. De Commissie dient er echter voor te waken dat de starheid van deze structuur niet wordt versterkt, hetgeen zou kunnen gebeuren wanneer het aantal selectieve verkoopnetten voor de verhandeling van eenzelfde produkt sterk zou toenemen.

7. Ieder verkoopsysteem dat is gebaseerd op een selectie van de verkooppunten brengt noodzakelijkerwijs voor de groothandelaren die tot het verkoopnet behoren de verplichting mee alleen aan erkende wederverkopers te leveren en bij gevolg, de mogelijkheid voor de betrokken fabrikant de naleving van deze verplichting te controleren. De aangegane controleverplichtingen kunnen, voor zover zij de naleving van de voorwaarden voor erkenning op het stuk van de vakbekwaamheid beogen te verzekeren, op zichzelf geen beperking vormen van de mededinging, doch sluiten aan bij de hoofdverplichting en dragen ertoe bij de nakoming daarvan te verzekeren. Voor zover zij echter de naleving van verdergaande verplichtingen verzekeren, vallen zij wel onder het verbod van artikel 85, lid 1, behalve wanneer zij, eventueel tezamen met de hoofdverplichting waarvan zij een onderdeel vormen, een ontheffing conform artikel 85, lid 3, genieten.

8. De scheiding van de functie van groothandelaar en die van detailhandelaar in die zin dat het de groothandelaren verboden is te leveren aan particuliere gebruikers, met inbegrip van grote eindgebruikers, is principieel in overeenstemming met het vereiste dat de mededinging niet mag worden vervalst.

9. Daar de functie van een groothandelaar niet is de produktie van een bepaalde fabrikant te begunstigen, doch zorg te dragen voor een door mededinging tussen fabrikanten bevorderde bevoorrading van de detailhandel, vormen verplichtingen voor een groothandelaar die zijn vrijheid in dat opzicht begrenzen, beperkingen van de mededinging als bedoeld in artikel 85, lid 1.

10. De verplichting voor niet-gespecialiseerde groothandelaren om een speciale afdeling voor produkten op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden te openen, kan de verkoop van de betrokken produkten onder goede voorwaarden garanderen en vormt dus geen beperking van de concurrentie in de zin van artikel 85, lid 1; daarentegen gaat de verplichting een omzet te bereiken die vergelijkbaar is met die van een gespecialiseerde groothandelaar verder dan noodzakelijk is op grond van kwalitatieve vereisten die kenmerkend zijn voor een selectief verkoopsysteem en moet deze verplichting derhalve worden beoordeeld aan de hand van artikel 85, lid 3.

In de zaak 26/76,

METRO SB-GROSSMÄRKTE GMBH & CO. KG, Schlüterstraße 3, 4 Düsseldorf, ten deze vertegenwoordigd door H. von der Osten, advocaat te Düsseldorf, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Elter, Boulevard Royal 11,

verzoekster,

en

VERBAND DES SB-GROSSHANDELS eV, Theaterstraße 8, 3 Hannover, ten deze vertegenwoordigd door M. Bartholatus, advocaat te Hamburg, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Elter, Boulevard Royal 11,

interveniënte,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door D. Oldenkop, lid van de juridische dienst van de Commissie, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij M. Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

en

SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne), te Villingen-Schwenningen, ten deze vertegenwoordigd door C. Hootz, advocaat te Stuttgart, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van G. Reuter, advocaat aldaar, rue Notre Dame 12,

interveniënte,

betreffende verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie der Europese Gemeenschappen van 15 december 1975 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/847-SABA, PB L 28 van 3. 2. 1976, blz. 19),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, M. Sørensen en G. Bosco, kamerpresidenten, A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe en A. Touffait, rechters,

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

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de feiten, het procesverloop, de conclusies en de middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

De firma Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne (hierna te noemen „SABA"), gevestigd te Villingen-Schwenningen in de Bondsrepubliek Duitsland, vervaardigt elektronische produkten voor ontspanningsdoeleinden (radio-, televisie-, bandopname-apparaten) en brengt deze op de markt door middel van een netwerk van overeenkomsten en afspraken met erkende alleenverkopers, groothandelaren en detailhandelaren, die tezamen een selectief verkoopsysteem vormen. In de bestreden beschikking van 15 december 1975 heeft de Commissie aan SABA met betrekking tot bepaalde bijzonderheden van dit stelsel een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 13 van 21. 2. 1962, blz. 204) afgegeven, en haar voor het overige onder bepaalde voorwaarden een ontheffing conform artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag tot en met 21 juli 1980 verleend.

Na de wijzigingen die op aansporing van de Commissie werden aangebracht, zou dit afzetsysteem volgens de litigieuze beschikking zijn te beschouwen als een uniform verkoopsysteem voor het hele grondgebied van de Gemeenschap met als voornaamste kenmerken:

1) samenwerking tussen SABA en haar alleenverkopers en groothandelaren;
2) beperking van het aantal wederverkopers en
3) vaststelling van de verkoopkanalen door de fabrikant (punt 3 van de litigieuze beschikking).

Dit systeem omvat voor het gebied van de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn een net van door SABA erkende groothandelaren en detailhandelaren en voor de overige Lid-Staten — met uitzondering van Ierland — alleenverkopers die hunnerzijds een binding zouden hebben met erkende groot- althans detailhandelaren.

De overeenkomsten en afspraken tussen SABA en de verschillende wederverkopers van het verkoopnet kunnen als volgt worden omschreven:

a) *Duitse groothandelaars* worden slechts erkend na ondertekening van de drie hierna beschreven documenten en *bovendien* bij voldoening aan de onder 4 gestelde voorwaarden.

1. Een zogenaamde *samenwerkingsovereenkomst* waarbij zij zich verplichten met SABA halfjaarlijkse leverantieovereenkomsten te sluiten en de bestelde hoeveelheid goederen binnen de gestelde termijn af te nemen, deze produkten in voorraad te nemen en een door SABA redelijk geachte omzet te behalen; SABA is harerzijds verplicht met haar groothandelaren overleg te plegen bij de opstelling van haar produktieprogramma's (punten 14 en 40 van de litigieuze beschikking).

2. Een uit twee delen bestaand *verplichtingscertificaat verkoopbinding SABA-groothandelaar* („Verplichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler"). In het *eerste deel* verbindt de groothandelaar zich in de Bondsrepubliek Duits-

land en West-Berlijn slechts te leveren aan die groothandelaren en detailhandelaren die door SABA zijn erkend; hiertoe dienen dezen te voldoen aan een aantal voorwaarden en bereid te zijn de diensten te verlenen, waarvan SABA die erkenning als groothandelaar of gespecialiseerd detailhandelaar afhankelijk stelt. De in dit eerste deel neergelegde verplichtingen komen in hoofdzaak overeen met die welke SABA in het hierna sub 3 bedoelde document voor de gehele EEG aan haar groothandelaars oplegt.

Het *tweede deel* van dit certificaat bevat verplichtingen voor de afzet op de Duitse markt, welke verband houden met de in Duitse wetgeving en rechtspraak geldende opvattingen over de scheiding van de functies van groothandelaar en detailhandelaar. Zo is het Duitse groothandelaars verboden in de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn aan *particuliere eindgebruikers* te leveren (punt 34 van de litigieuze beschikking). Daarentegen mogen zij wel leveren aan eindgebruikers die een bedrijf uitoefenen, dat wil zeggen aan industriële of handelsbedrijven die de van de groothandelaren gekochte produkten slechts gebruiken voor bedrijfsdoeleinden ter bevordering van de rentabiliteit der onderneming en die zich daartoe schriftelijk verbinden in een „SABA-Sonderverpflichtungsschein". Hierop zijn controlemaatregelen voorzien. Levering door groothandelaren aan „institutionele" eindgebruikers (ziekenhuizen, scholen, kazernes) is echter uitgesloten.

3. *Een EEG-verplichtingscertificaat SABA-groothandelaar* (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler") betreffende de verkoop door de groothandelaren in de gehele gemeenschappelijke markt. In dit document wordt voor de gehele gemeenschappelijke markt de verplichting herhaald slechts te leveren aan andere groot- of detailhandelaren die voldoen aan de door SABA gestelde voorwaarden voor hun erkenning, alsmede de verplichting controlemaatregelen te nemen of te gedogen. Dit document bevat ten deze in hoofdzaak dezelfde verplichtingen die voor de Bondsrepubliek Duitsland reeds zijn vermeld in het eerste deel van het hierboven sub 2 genoemde document.

4. SABA heeft tegenover de Commissie verklaard (beschikking punt 9) dat zij „in principe bereid is in de Bondsrepubliek Duitsland te leveren aan alle groothandelaren die — naast ondertekening van de SABA-samenwerkingsovereenkomst en de SABA-verplichtingscertificaten voldoen aan de voorwaarden dat zij:

a — een speciaalzaak drijven, dat wil zeggen hun omzet voor meer dan 50 % realiseren uit de verkoop van elektrotechnische artikelen, of een speciale afdeling hebben ingericht voor de verkoop van elektrotechnische artikelen, en wier omzet te vergelijken is met de omzet van een gespecialiseerde groothandelaar;

b — bijdragen aan de opbouw en de versterking van het verkoopnet van SABA;

c — deelnemen aan het SABA-klantenservice-systeem".

SABA verplicht zich harerzijds tegenover iedere groothandelaar zorg te dragen voor de naleving van dit verkoopsysteem door de anderen (beschikking punt 17).

Anderzijds laat dit stelsel de wederverkopers vrij met betrekking tot de vaststelling van de prijzen, de levering op het gehele gebied van de gemeenschappelijke markt en de zogenaamde horizontale leveringen (van groothandelaar aan groothandelaar of van detailhandelaar aan detailhandelaar), of terugleveringen (van detailhandelaar aan groothandelaar).

b) In alle Lid-Staten behalve Ierland zijn *alleenverkopers* aangesteld. In Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Italië zijn dit dochterondernemingen van SABA. In België, het Groothertogdom Luxemburg, Denemarken en Nederland ondertekenen de alleenverkopers alleenverkoopovereenkomsten (beschikking

punt 13), die de voornaamste bepalingen bevatten van de samenwerkingsovereenkomsten en van de verplichtingscertificaten, en met name de verplichting slechts aan erkende detailhandelaren en groothandelaren te leveren.

c) *Zowel in de Bondsrepubliek Duitsland als in de andere Lid-Staten* kunnen de *detailhandelaren* slechts worden erkend bij ondertekening van een EEG-verplichtingscertificaat SABA-detailhandelaren „EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler"). Daarin verplichten zij zich een redelijke omzet in SABA-produkten te behalen, een dienovereenkomstige voorraad te houden, de SABA-apparaten representatief uit te stallen, een verkooppunt te hebben dat geschikt is om reklame voor SABA-produkten te maken en deze uit te stallen, een behoorlijke klantenservice te verlenen en slechts aan andere SABA-wederverkopers (groothandelaren of detailhandelaren) te leveren die als zodanig door SABA zijn erkend. Elke levering aan andere erkende wederverkopers moet in de boeken worden vermeld op zodanige wijze dat controle mogelijk is. Voorts blijkt — zij het indirect — uit dit document, en met name uit artikel 2, dat de betrokkene voor erkenning als SABA-beroepsdetailhandelaar bovendien

a — een speciaalzaak moet drijven, dat wil zeggen zijn omzet voor meer dan 50 % moet realiseren uit de verkoop van elektronika voor ontspanningsdoeleinden of andere elektrotechnische artikelen, of een speciale afdeling moet hebben voor de verkoop van deze produkten, en

b — zich moet verplichten met SABA leveringscontracten op lange termijn voor het gehele SABA-assortiment te sluiten wanneer de produkten rechtstreeks bij SABA worden betrokken (dus zonder tussenkomst van groothandelaren).

Detailhandelaren en groothandelaren mogen hun verkoopprijzen zelf vaststellen, zij mogen in alle landen van de Gemeenschap verkopen en ook produkten voeren die met SABA-produkten concurreren.

De vier voornaamste kenmerken van het verkoopsysteem zijn derhalve (beschikking punt 11):

1. de verkoop geschiedt door geselecteerde en erkende groot- en detailhandelaren en alleenverkopers;
2. deze wederverkopers verplichten zich in de gemeenschappelijke markt slechts te leveren aan andere wederverkopers die erkende SABA-handelaren zijn, en onderwerpen zich aan, en nemen zelf strenge controlemaatregelen ter naleving van deze verplichting; Duitse groothandelaren verplichten zich in de Bondsrepubliek Duitsland niet te leveren aan particuliere eindgebruikers;
3. de groothandelaren, detailhandelaren en alleenverkopers verplichten zich SABA-produkten niet uit te voeren naar of in te voeren uit landen buiten de Gemeenschap;
4. de groothandelaren en detailhandelaren verplichten zich een redelijke omzet te behalen en een voorraad SABA-apparaten aan te houden.

In haar beschikking van 15 december 1975 overweegt de Commissie:

1. dat het voorbehouden van de verkoop der produkten aan erkende wederverkopers ertoe strekt en ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de Gemeenschap merkbaar wordt beperkt (beschikking punt 24);
2. dat het objectieve karakter van de toegepaste kwalitatieve voorwaarden meebrengt dat er nog geen sprake is van een beperking van de mededinging als bedoeld in artikel 85, lid 1, in zoverre alle handelaren die deze voorwaarden vervullen, feitelijk als wederverkoper zijn toegelaten (beschikking punten, 27 en 28);
3. dat van zodanige beperking echter wel sprake is wanneer de selectie niet slechts afhankelijk wordt gesteld van kwalitatieve voorwaarden voor en verkoop onder gunstige voorwaarden voor de gebruiker, doch ook van bij-

zondere verplichtingen die niet door de doelmatige verkoop van de betrokken produkten gerechtvaardigd worden (het behalen van een redelijke omzet, het aanhouden van voldoende voorraden (beschikking punt 29);

4. dat ook de aan de handelaren opgelegde verplichtingen die ten doel hebben SABA in staat te stellen te controleren of leveranties zijn verricht aan niet-erkende handelaren, er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt of vervalst, inzover zij zijn gericht op de nakoming door de handelaren van in artikel 85, lid 1, verboden beperkingen. Deze verplichtingen beperken de keuzevrijheid van de voor de verkoop van produkten op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden geschikte, doch door SABA niet toegelaten handelaren en van de gebruikers (punt 30);
5. dat ten slotte een onder artikel 85, lid 1, vallende beperking van de mededinging daarin is gelegen dat SABA alleen levert aan de nationale alleenverkopers en de gebieden in acht neemt waarvoor de alleenverkopers zich in de model-alleenverkoopovereenkomst hebben verbonden (beschikking punt 32).

In de litigieuze beschikking worden de verschillende contractuele bepalingen die tezamen bedoeld verkoopsysteem vormen, uiteenlopend behandeld. Voor sommige bepalingen wordt in een negatieve verklaring te kennen gegeven dat zij geen inbreuk maken op het verbod van artikel 85, lid 1, en voor andere is een ontheffing conform artikel 85, lid 3, verleend.

De negatieve verklaring betreft de „verkoopvoorwaarden voor binnenlandse transacties" (artikel 1 van de beschikking). Blijkbaar zijn hiermede de bepalingen bedoeld die zijn behandeld in de punten 34 (aan de Duitse groothandelaren opgelegd verbod in de Bondsrepubliek Duitsland aan particuliere eindgebruikers te leveren), 35 (verbod van uitvoer naar landen buiten de Gemeenschap) en 36 (verkoopvoorwaarden, te weten het merendeel van de verplichtingen die de groothandelaren en detailhandelaren zijn aangegaan in de zogenaamde „Verplichtungsscheine" (— verplichtingscertificaten verkoopbinding —).

De ontheffing conform artikel 85, lid 3, betreft in hoofdzaak de samenwerkingsovereenkomsten en *bepaalde* onderdelen van de „Verpflichtungsscheine", namelijk de verplichting voor de detailhandelaren een zo volledig mogelijk assortiment SABA-produkten aan te bieden, een redelijke omzet te behalen en een daarmee overeenkomende voorraad aan te houden (punt 29 van de beschikking), alsmede de zowel op de alleenverkopers als op de groothandelaren en detailhandelaren rustende verplichting om bij levering aan andere wederverkopers na te gaan of zij erkende SABA-handelaren zijn.

Verzoekster heeft een groothandel met zelfbediening van het type „cash and carry". Door het laten vallen van bepaalde diensten die de traditionele handel aan de koper verleent (kredietverlening, aflevering, klantenadvies), tracht zij de algemene kosten te drukken en gunstiger prijzen te bereiken. De Metro-winkels zijn slechts toegankelijk voor detailhandelaren en voor instellingen die door hun structuur in aanzienlijke bedrijfsbehoeften moeten voorzien. Kopers moeten in het bezit zijn van een schriftelijke koopvergunning. De algemene verkoopvoorwaarden van Metro verplichten de klant onder meer bij Metro alleen de bedrijfsbehoeften van zijn onderneming te dekken. Daarbij wordt echter een uitzondering gemaakt voor artikelen van de bedrijfsbehoefte, die later dienen ter voorziening in particuliere behoeften.

Daar SABA weigerde haar produkten aan Metro te leveren, omdat deze niet voldeed aan de voorwaarden voor erkenning als SABA-groothandelaar, heeft Metro bij telex van 7 november 1973 en bij memorie van 9 november 1973, een klacht overeenkomstig artikel 3 van verordening

nr. 17 bij de Commissie ingediend op grond dat het stelsel van contractuele verkoopbindingen inbreuk zou maken op artikel 85 en 86 EEG-Verdrag, en de Commissie verzocht deze inbreuk te doen beëindigen. De klacht van Metro was aanvankelijk in hoofdzaak gericht tegen het *destijds* uit het SABA-verkoopsysteem voortvloeiende verbod van „Sprunglieferungen", dat wil zeggen leveringen aan beroepseindgebruikers in Duitsland.

Op aandrang van de Commissie heeft SABA in de loop van de administratieve procedure de bepaling houdende verbod van Sprunglieferungen gewijzigd in die zin, dat Duitse groothandelaars voortaan onder bepaalde voorwaarden SABA-produkten aan beroepseindgebruikers konden leveren; verboden bleef alleen de levering aan instellingen, zoals kazernes, kerken, ziekenhuizen en scholen.

Voorts heeft SABA, aldus de Commissie, de definitie van groothandelaar uitgebreid tot groothandelaren met zelfbediening, zodat Metro toegang kreeg tot het SABA-verkoopsysteem, voorzover zij voldeed aan de toelatingsvoorwaarden voor alle andere groothandelaren. Bovendien verklaarde SABA dat haar handelaren de keuze hadden of zij de klantenservice zelf wilden verzorgen of aan contractbedrijven wilden opdragen.

Ondanks deze wijzigingen was Metro van mening dat er nog steeds sprake was van een discriminatie van de groothandel met zelfbediening, daar verschillende concurrentiebeperkingen gehandhaafd werden, die niet noodzakelijk waren voor het bereiken van de doeleinden die een ontheffing ex artikel 85, lid 3, rechtvaardigen, namelijk:

1. het verbod voor groothandelaren om aan institutionele eindgebruikers te leveren;
2. de eis dat door beroepseindgebruikers van groothandelaren gekochte produkten moeten dienen ter bevordering van de rentabiliteit van het bedrijf;
3. de verplichting van de beroepseindgebruikers om een verplichtingscertificaat te ondertekenen, hetwelk redelijkerwijs niet van hem kan worden verlangd;
4. de verplichting voor de groothandelaar met een speciale afdeling om een omzet te behalen, vergelijkbaar met die van een gespecialiseerde groothandelaar;
5. de verplichting een samenwerkingsovereenkomst te ondertekenen;
6. de verplichting voor alle groothandelaars om bij te dragen tot versterking van het SABA-verkoopnet, hetgeen een onaanvaardbare eis is voor groothandelaren met zelfbedieningsbedrijf.

De Commissie achtte deze bezwaren niet gegrond en gaf op 15 december 1975 de litigieuze beschikking die aan verzoekster bij schrijven van 14 januari 1976 werd medegedeeld onder afwijzing van haar bezwaren.

Het beroep van 10 maart 1976 is op 11 maart 1976 ingeschreven ter griffie van het Hof.

Bij beschikking van 5 mei 1976 is SABA op haar verzoek toegelaten tot interventie aan de zijde van verweerster.

Bij beschikking van 23 juli 1976 is een verzoek in kort geding van Metro afgewezen.

Bij beschikking van 30 november 1976 is het „Verband des SB-Großhandels eV" toegelaten tot interventie aan de zijde van verzoekster.

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

II — Conclusies van partijen

Verzoekster concludeert dat het den Hove behage:

„— De beschikking van de Commissie der Europese Gemeenschappen van 15 december 1975, nr. K 75 1852 — def. inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/847-SABA), en de verwerping van verzoeksters bezwaren van 14 januari 1976 in die procedure, nietig te verklaren;
— De wederpartij te verwijzen in de kosten van het geding."

Verweerster concludeert dat het den Hove behage:
„— Het beroep voor zover strekkende tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 december 1975, ongegrond te verklaren;
— Het beroep voor het overige niet-ontvankelijk, subsidiair ongegrond te verklaren;
— Verzoekster in de kosten te verwijzen."

SABA treedt als interveniënte op aan de zijde van de Commissie.

Verband des SB-Großhandels eV treedt als interveniënte op aan de zijde van verzoekster.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — De ontvankelijkheid van het beroep

Volgens Metro is het beroep ontvankelijk, zowel ten aanzien van de tot haar gerichte brief van 14 januari 1976, als ten aanzien van de beschikking van 15 december 1975 welke haar rechtstreeks en individueel raakt. Deze beschikking leidt er namelijk toe dat zij geen SABA-apparaten kan betrekken en daardoor wordt uitgesloten van de handel in een bij de kopers zeer gewild produkt.

De *Commissie* acht het beroep ontvankelijk voor zover het betrekking heeft op de beschikking van 15 december 1975, doch niet-ontvankelijk voor zover het betrekking heeft op de brief van 14 januari 1976, waarbij de klacht van 17 november 1973 werd verworpen. De situatie waartegen de verzoeksters klacht is gericht, vloeit uitsluitend voort uit de beschikking en wordt niet meer beïnvloed door de brief van 14 januari 1976; deze brief vormt derhalve geen beschikking in de zin van artikel 173.

Volgens *interveniënte SABA* is de ontvankelijkheid van het beroep, voor zover gericht tegen de beschikking van 15 december 1975, dubieus. Deze beschikking raakt verzoekster niet rechtstreeks en zeker niet individueel, daar zij alle handelaren raakt die er belang bij kunnen hebben SABA-apparaten in de gemeenschappelijke markt te verkopen.

Verzoekster antwoordt dat zij rechtstreeks en individueel werd geraakt, hetgeen blijkt uit haar deelneming aan de ontheffingsprocedure en vooral uit het feit dat SABA zich voor haar weigering om haar produkten aan verzoekster te leveren, beroept op de litigieuze beschikking.

B — Ten principale

I — *Verzoekster* acht de litigieuze beschikking in strijd met artikel 85 EEG-Verdrag, en inzonderheid met lid 3 van dit artikel. Volgens de jurisprudentie van het Hof (arrest van 13 juli 1966 in de gevoegde zaken 56 en 58/64, *Grundig Consten* t. *Commissie,* Jurispr. 1966, blz. 449) kan voor overeenkomsten die de mededinging beperken slechts ontheffing van het in artikel 85, lid 1, neergelegde verbod worden verleend, wanneer aan de vier voorwaarden van lid 3 is voldaan, dat wil zeggen dat de overeenkomsten 1) bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische vooruitgang; 2) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede doen komen; 3) geen beperkingen opleggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar

zijn, en 4) de bij de overeenkomsten betrokken of aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging deelnemende ondernemingen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen.

Voor het SABA-verkoopsysteem is echter ontheffing verleend, hoewel dit stellig niet voldoet aan de tweede, derde en vierde voorwaarde.

Met betrekking tot de *tweede voorwaarde* betoogt Metro dat de gebruikers vooral belang hebben bij een prijsconcurrentie, terwijl het litigieuze stelsel leidt tot verstarring van de prijzen in de detailhandelsfase. De prijsverschillen tussen SABA-detailhandelaren bewegen zich binnen een marge van 1 %. De verplichting van de groot- en kleinhandelaren om de verkoop van SABA-produkten (systematisch) te bevorderen en de daarmee samenhangende verplichting bepaalde minimumhoeveelheden te verkopen, brengen de handelaren ertoe hun klanten SABA-produkten aan de hand te doen in plaats van hun een objectieve keuze te bieden.

Metro merkt met betrekking tot de *derde voorwaarde* op dat tal van beperkende voorwaarden niet onmisbaar en zelfs niet noodzakelijk zijn om de distributie van SABA-produkten te verbeteren. Aan het belang van de gebruiker bij een goede service zou al zijn voldaan, wanneer in het stelsel de verkoop was beperkt tot verkopers die de technische klantenservice hetzij zelf hetzij door een vast servicebedrijf konden verzorgen. Door de verplichting samenwerkingsovereenkomsten te sluiten, de apparaten representatief uit te stallen, controle op de groothandelsfase uit te oefenen, en door het verbod aan institutionele gebruikers te leveren, gaat het litigieuze stelsel veel verder dan noodzakelijk is.

Met betrekking tot de *vierde voorwaarde* merkt Metro op dat in het litigieuze stelsel de groothandel met zelfbediening wordt uitgesloten, doordat — met name door de verplichting samenwerkingscontracten aan te gaan en controlemaatregelen te nemen — voorwaarden worden gesteld die onverenigbaar zijn met de aard van deze nieuwe verkooptechniek. Door te strenge selectievoorwaarden (representatieve uitstalling — voorraden) wordt in dit stelsel anderzijds ook de kleine detailhandelaar uitgesloten. Juist de groothandel met zelfbediening en de kleine detailhandelaar maken echter de belangrijkste vorm van mededinging, namelijk de prijsmededinging, mogelijk.

Metro merkt voorts nog op dat de verkoper niet tot taak heeft de fabrikant te bevoordelen, doch zijn klanten in staat te stellen de beste keuze te doen. Het litigieuze stelsel is ten slotte nog des te meer onaanvaardbaar, omdat SABA een machtspositie inneemt.

II — In haar *verweerschrift* stelt de Commissie zich op het standpunt dat het SABA-verkoopsysteem ondanks de nauwe binding van de groothandelaren en alleenverkopers aan de producent een open systeem is, dat met name toegankelijk is voor de groothandelaren met zelfbediening en dat voldoet aan de voorwaarden voor een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3.

De bepalingen waarvoor geen ontheffing kon worden verleend (afgrendeling der markten, verbod van horizontale of „terug"-levering, uitsluiting van warenhuizen en discontozaken), zijn geschrapt. Met name het verbod van „Sprunglieferungen", dat wil zeggen rechtstreekse leveringen van de groothandelaar aan de eindgebruiker — dat ten gronde ligt aan het geschil tussen SABA en Metro —, is verzacht en beperkt tot een verbod van leveringen van de groothandelaar aan particuliere eindgebruikers, waarbij de levering aan eindgebruikers voor bedrijfsdoeleinden voortaan is toegestaan.

De Commissie verwijst naar vroegere beschikkingen op het gebied van selectieve verkoopsystemen (Kodak, beschikking van 30 juni 1970, PB L 147 van 7. 7.

1970, blz. 24; OMEGA, beschikking van 28 oktober 1970, PB L 242 van 5. 11. 1970, blz. 22; BMW, beschikking van 13 december 1974, PB L 29 van 3. 2. 1975, blz. 1).

Aan de hand van deze beschikkingen konden reeds twee met het selectieve verkoopsysteem samenhangende problemen worden opgelost. Enerzijds volgt daaruit namelijk dat bepalingen die ten doel of als gevolg hebben de nationale markten af te grendelen niet in aanmerking komen voor een ontheffing, en anderzijds dat de „Fachhandelsbindung" (verplichting de vakhandel in te schakelen), welke de kring van als wederverkoper toegelaten handelaren beperkt op grond van passende en niet-discriminerende kwalitatieve maatstaven, niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt.

Moeilijkheden met eventuele toepassing van artikel 85, lid 3, doen zich voor bij bepalingen die verder gaan dan de Fachhandelsbindung, doch daarmee één geheel vormen: dit geldt in casu ten aanzien van de bij het samenwerkingsverdrag opgelegde verplichtingen en de eisen voor toelating als gespecialiseerd detailhandelaar.

Het Hof heeft ten deze te kennen gegeven (arrest van 13 juli 1966 in de gevoegde zaken 56 en 58/64, *Grundig Consten* t. *Commissie,* Jurispr. 1966, blz. 449), dat de Commissie bij de uitoefening van haar bevoegdheden ingewikkelde economische vragen heeft te beoordelen en de rechter met de aard dier waarderingen rekening dient te houden en zich derhalve dient te beperken tot het onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door de Commissie toegepaste juridische kwalificaties. De Commissie wijst er overigens op dat zij de gevraagde ontheffing slechts voor een betrekkelijk korte periode (tot en met 21 juli 1980) heeft verleend.

De tegen de beschikking van 15 december 1975 aangevoerde grieven zijn volgens de Commissie ongegrond. Het SABA-verkoopsysteem leidt niet tot een overmatige beperking van de kring van handelaren en evenmin tot uitsluiting van de mededinging tussen de erkende handelaren. SABA hanteert voor de toelating als handelaar objectieve maatstaven, en kan derhalve een handelaar die aan deze maatstaven voldoet, niet op grond van diens concurrentiebeleid van levering uitsluiten.

Anderzijds zijn groothandelaren met zelfbediening zoals verzoekster in staat aan de door SABA gestelde voorwaarden te voldoen, zonder deswege te hoeven afzien van hun functie van groothandelaar. Weliswaar leidde de beperking van de kring van toegelaten handelaren in verhouding tot de voor de handel in SABA-produkten in aanmerking komende handelaren ertoe dat dit verkoopsysteem onder artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag viel, doch deze beperking van de mededinging had ook positieve aspecten, die niet mogen worden verzwegen. De verplichting voor de handelaren zich vooral toe te leggen op de verkoop van SABA-produkten, versterkt de concurrentie niet slechts tussen de SABA-handelaren onderling (intra-brand competition), maar ook tussen de SABA-produkten en andere merkprodukten (inter-brand competition). Zonder het belang van nieuwe verkoopvormen — zoals de groothandel met zelfbediening — te willen ontkennen, bestrijdt de Commissie toch bepaalde beweringen van verzoekster met betrekking tot het hieruit voor de verbruiker voortvloeiende prijsvoordeel. Deze kostenbesparing moet worden beoordeeld in het licht van de bijzondere betekenis van de consumentenvoorlichting op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden.

De Commissie ontkent dat het SABA-verkoopsysteem tot verstarring van de detailhandelsprijzen leidt. Hiertoe kan men zich niet — zoals verzoekster doet — baseren op vergelijkingen in plaatselijk nauw begrensde en economisch zeer homogene gebieden. In een dergelijke si-

tuatie kan een aanpassing van de prijzen zelfs het resultaat van heftige concurrentiestrijd zijn.

De Commissie legt tabellen over waaruit volgens haar blijkt dat tussen de laagste en de hoogste prijs voor eindgebruikers in het gehele gebied van de Bondsrepubliek Duitsland verschillen bestaan, die gemiddeld 30 % bedragen en zelfs oplopen tot 50 % of meer.

Ingaande op de bepalingen in de samenwerkingsovereenkomsten merkt de Commissie op dat de door de groothandelaren aanvaarde afnameverplichtingen slechts een looptijd van zes maanden hebben; anders dan verzoekster beweert, worden de groothandelaars daarbij niet verplicht SABA-produkten in overwegende mate, doch — met inachtneming van de in punt 14 van de litigieuze beschikking genoemde criteria — slechts in bevredigende mate om te zetten. Deze voorwaarde geldt trouwens alleen rechtstreeks voor de gespecialiseerde groothandelaren; de gespecialiseerde afdeling van een groothandel met zelfbediening moet een omzet behalen die is te vergelijken met de omzet van een groothandelaar die gespecialiseerd is in produkten op het gebied van elektronika voor ontspanningsdoeleinden.

Deze halfjaarlijkse leveringscontracten zijn blijkens een onderzoek van de Commissie bij Duitse SABA-groothandelaren voor hen van groot belang, daar zij beantwoorden aan hun behoefte zich te verzekeren van een continue bevoorrading met contractprodukten. Verzoekster heeft niet gesteld dat zij niet in staat is deze verplichting aan te gaan. Gezien de betrekkelijk korte looptijd van deze verplichting en de gebezigde maatstaven voor de berekening van de te leveren hoeveelheden, kan ten slotte ook niet worden gezegd dat de fabrikant vrijliep van ieder afzetrisico en van de noodzaak om soepel op concurrentieveranderingen te reageren. De Commissie is van mening dat de nauwe samenwerking tussen SABA en de groothandel juist bevorderlijk is voor een produktie- en verkoopbeleid dat is afgestemd op de betrokken markt en op de wensen van de gebruikers.

Met betrekking tot het verbod voor de Duitse groothandelaren om aan zogenaamde institutionele eindgebruikers (ziekenhuizen, bejaardenhuizen, etc.) te leveren en de noodzaak van desbetreffende controlemaatregelen die volgens verzoekster praktisch onuitvoerbaar zijn, merkt de Commissie op dat dit verbod de groothandel niet verplicht zijn structuur prijs te geven en ook niet belet een van zijn voornaamste taken te vervullen. Wat de controlemaatregelen betreft, heeft verzoekster, in verband met de eisen die in de Duitse rechtspraak aan de hoedanigheid van groothandelaren worden gesteld, een controlestelsel ingevoerd, dat globaal toereikend is om de aanschaf van SABA-produkten door daartoe niet gerechtigde instellingen uit te sluiten.

Volgens verzoekster was het voorts ontoelaatbaar dat van beroepseindgebruikers, die bereid zijn SABA-produkten te kopen, wordt verlangd dat zij bepaalde verklaringen ondertekenen of bepaalde verplichtingen aangaan met betrekking tot het gebruik van de gekochte produkten; deze bepaling houdt evenwel rechtstreeks verband met de wettelijke regeling van de groothandel met zelfbediening in de Bondsrepubliek Duitsland. In deze regeling worden groothandel en detailhandel uit concurrentieoverwegingen gescheiden en wordt de toekenning van de hoedanigheid van groothandelaar met de daaraan verbonden voordelen afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de betrokken onderneming in hoofdzaak levert aan wederverkopers of beroepseindgebruikers, met uitsluiting van de voorziening in particuliere behoeften.

De Commissie beschouwt de verkoop aan beroepseindgebruikers bij uitstek als een taak van de groothandel en heeft het door SABA terzake aan de groothandelaren opgelegde verbod doen schrappen. Het verbod om aan particuliere eindge-

bruikers te verkopen, is daarentegen in overeenstemming met het streven de mededingingsstructuur in de detailhandel te beschermen, en is om die reden gehandhaafd.

De verplichting van de groothandelaar om de beroepseindgebruiker een verklaring te laten ondertekenen, dat de gekochte SABA-produkten slechts mogen worden gebruikt voor bedrijfsdoeleinden die „ten goede kunnen komen aan de rentabiliteit van de onderneming", heeft ten doel te voorkomen dat beroepseindgebruikers via de groothandel ook hun particuliere behoeften dekken. Dit gevaar bestaat met name bij de groothandel met zelfbediening. Derhalve verlangt de Duitse rechtspraak dat de groothandelaar ervoor zorgt dat deze mogelijkheid buiten bepaalde tolerantiegrenzen wordt uitgesloten.

De Commissie vermag niet in te zien waarom de ondertekening van deze verklaring bij de eindgebruikers op onbegrip zou stuiten, voor zover zij de gekochte apparaten inderdaad voor bedrijfsdoeleinden willen gebruiken. De verklaring is volkomen redelijk en voldoende concreet om zonder al te grote moeilijkheden door groothandelaren met zelfbediening te kunnen worden gecontroleerd.

Voor de verplichting der handelaren om een redelijke omzet te behalen is dan ook ontheffing verleend, omdat zij leidt tot rationalisatie van de verkoop, intensievere bewerking van de markt en bevordering van de afzet. De afzetverplichting is gerelateerd aan de afzetmogelijkheden van iedere handelaar en — op basis van het globale marktaandeel van SABA in het betrokken gebied — aan diens omzet van produkten van andere fabrikanten.

Ook de verlangde vergroting van de omzet wordt aan de hand van objectieve en *aanvaardbare* maatstaven bepaald. Door deze verplichtingen werden de handelaren er gelijkelijk toe aangespoord zich in het kader van hun afzetmogelijkheden intensief in te zetten voor de verkoop van SABA-produkten.

De verplichting de SABA-produkten representatief uit te stallen dient om te voorkomen dat SABA-produkten worden omringd met goederen die afbreuk kunnen doen aan de aantrekkingskracht van de SABA-produkten. Ook kleinere handelaren zijn hiertoe in staat.

III — *Interveniënte SABA* merkt allereerst op dat verzoekster zich niet kan doen voorstaan op de hoedanigheid van groothandelaar. Anders dan zij zegt, zijn de Metro-verkoopruimten niet alleen toegankelijk voor handelaren en worden daar zeker niet alleen produkten voor beroepsdoeleinden verkocht.

Enerzijds wordt het toegangsbewijs tot de levensmiddelenafdeling afgegeven aan instellingen die geen bedrijf uitoefenen en die het bewijs uitsluitend voor privédoeleinden gebruiken. Voorzover anderzijds handelaren bij Metro inkopen, doen zij dit vooral als particuliere eindgebruikers, en kopen zij hoofdzakelijk buiten hun branche vallende produkten. Geen enkele radiohandelaar zou bij voorbeeld zijn produkten voor bedrijfsdoeleinden van Metro betrekken, waar de prijzen te hoog zijn en geen service wordt verleend.

Bovendien maakt Metro inbreuk op de voorwaarden die de Duitse wetgeving stelt aan de hoedanigheid van groothandelaar, en tracht zij met haar beroep de bedreigingen voor haar verkoopsysteem af te wenden.

Ten aanzien van de gegrondheid van het beroep merkt interveniënte op dat de grieven van Metro uitsluitend betrekking hebben op twee der in artikel 85, lid 3, gestelde voorwaarden voor een ontheffing: de gebruikers zouden geen billijk aandeel in de uit het verkoopsysteem ontstane winst ontvangen en het verkoopsysteem zou de mogelijkheid geven om de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten uit te schakelen.

Ten deze merkt SABA op dat zij op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland ongeveer 100 groothandelaren en bijna 9 000 detailhandelaren als SABA-handelaren heeft aangesteld. Daarbij komen nog de talrijke SABA-handelaren in de overige Lid-Staten van de EEG, die elkaar allen fel beconcurreren. Ten slotte beschikt SABA slechts over een gering marktaandeel in de Bondsrepubliek Duitsland en moet zij concurreren met andere producenten in dezelfde sector. Uit prijsvergelijkingen in het gehele grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland blijkt hoe levendig de mededinging tussen de SABA-handelaren is.

IV — In *repliek* wijst *Metro* er op dat haar beroep in hoofdzaak is gebaseerd op twee punten die zij als volgt zou willen formuleren:

A — De Commissie heeft bij de verlening van een ontheffing overeenkomstig artikel 85, lid 3, op grond van de door haar vastgestelde feiten gebruik gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid op een wijze die niet verenigbaar is met de wil van de wetgever.

B — De Commissie is uitgegaan van feiten die zonder nader bewijs niet als vaststaand hadden mogen worden aangenomen.

Ad A — De Commissie heeft met name op de volgende punten misbruik gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid:

1. De Commissie heeft miskend dat het selectieve SABA-verkoopsysteem slechts in schijn kwalitatieve criteria hanteert en in werkelijkheid leidt tot een keuze van groothandelaren en detailhandelaren, van wie geen noemenswaardige prijsconcurrentie meer te vrezen viel. Dit werd bereikt door de uitsluiting van zelfbedieningsgroothandelaren en detailhandelaren, bij wie de kans op prijsonderbieding het grootste was.

2. De Commissie stelt zich ten onrechte op het standpunt (zie blz. 13 verweerschrift) dat de eventuele beïnvloeding van de prijsconcurrentie wordt gecompenseerd door de versterkte concurrentiepositie van de SABA-handelaren ten opzichte van handelaren die andere merken voeren. De bewering dat een beperking van de intra-brand concurrentie de inter-brand concurrentie bevordert, is onjuist; in ieder geval valt niet in te zien hoe dit ten voordele van de gebruiker zou kunnen werken.

3. De Commissie heeft in haar beschikking buiten beschouwing gelaten dat SABA-produkten van zeer hoge kwaliteit zijn en dat de gebruikers daar ook niet gemakkelijk op andere produkten overstappen. De handelaren zijn derhalve wel verplicht een volledig assortiment merkartikelen, in het bijzonder SABA-produkten, aan te houden. Deze noodzaak is erkend door het Bundesgerichtshof in het „Rossignol"-arrest van 20 november 1975 (WuW 1976, blz. 279).

4. De Commissie heeft er geen rekening mee gehouden dat het SABA-verkoopbeleid slechts een onderdeel is van een door alle leidende fabrikanten van elektronika voor ontspanningsdoeleinden op dezelfde wijze toegepaste systeem.

Ad B — De Commissie heeft zich gebaseerd op feiten die niet of niet genoegzaam zijn bewezen.

1. Het is onjuist dat zogenaamde institutionele eindgebruikers (scholen, kazernes, ziekenhuizen ...) geen bedrijf uitoefenen. Iedere bezigheid in het handelsverkeer, die niet dient ter dekking van privébehoeften, is volgens verzoekster bedrijfsmatig.

2. Onjuist is de opvatting van de Commissie (blz. 24-25 verweerschrift) dat verzoekster ter verificatie van de hoedanigheid van haar klanten slechts een schriftelijke verklaring van hen verlangt, dat de goederen alleen voor bedrijfsdoeleinden worden gekocht. Verzoekster verricht een aantal controles, doch weigert

de verdere controles die alleen voor SABA-produkten worden geëist en die naar haar mening ten doel hebben de zelfbedieningsgroothandel uit te sluiten.

3. Anders dan de Commissie meent, is de groothandel met zelfbediening wegens de besparing van vervoers- en kredietkosten voor kleine handelaren een bijzonder aantrekkelijke inkoopbron, daar zij tegen lagere prijzen kunnen inkopen en het vervoer in de vorm van een eigen arbeidsprestatie kunnen verrichten.

4. Eveneens onjuist is de bewering van de Commissie dat „verzoeksters prijzen tegenover die van de traditionele gespecialiseerde groothandel, met name gezien de overige door deze groothandel verleende diensten, weinig aantrekkelijk zijn voor wederverkopers" (blz. 14 verweerschrift). Verzoekster wijst er op dat zij met elektronische apparaten voor ontspanningsdoeleinden geen omzet van DM 100 miljoen per jaar zou kunnen bereiken, wanneer haar prijzen niet aantrekkelijk zijn.

In de publikatie „Markt intern", welke interveniënte SABA in de eerste plaats aanvoert voor haar bewering dat Metro zich geen groothandelaar kan noemen (bijlagen 2, 4, 6 — 13 en 15 van de memorie van interveniënte), wordt herhaaldelijk gewezen op de gunstige prijzen van verzoekster. Deze prijzen zouden volgens verzoekster nog gunstiger zijn, wanneer alle belangrijkste fabrikanten niet hadden afgesproken niet aan verzoekster te leveren.

5. De bewering van de Commissie (blz. 2 en 16 verweerschrift), dat SABA moet concurreren met meer dan 20 andere fabrikanten, is onjuist of althans onvolledig. In werkelijkheid gaat het in bedoelde markt slechts om acht firma's (in volgorde van belang: Grundig, Philips, Telefunken, Nordmende, SABA, Blaupunkt, Loewe-Opta, Schaub-Lorenz), die alle een stelsel van verkoopbinding toepassen dat tegen de groothandel met zelfbediening is gericht.

6. De Commissie baseert haar bewering dat de prijsconcurrentie tussen SABA-detailhandelaren tot prijsverschillen van 30 tot 40 of zelfs 50 % leidt, ten onrechte op de door SABA overgelegde stukken (SABA-Preisspiegel, bijlage 7 verweerschrift). Volgens verzoekster zijn de door SABA in haar eigen belang overgelegde prijstabellen niet representatief. In elk geval moet voor een prijsvergelijking niet het gehele gebied van de Bondsrepubliek Duitsland in aanmerking worden genomen, doch slechts de plaatselijke deelmarkten, daar een klant in Düsseldorf volstrekt geen belangstelling heeft voor de prijzen in Frankfurt of Oberammergau. Op de plaatselijke deelmarkten vallen slechts zeer geringe prijsverschillen te constateren. Dit komt vooral omdat de in het SABA-systeem toegepaste selectiemaatstaven de mogelijkheid bieden op grond van de opslagfaciliteiten, het representatieve karakter enzovoort, slechts de leidende plaatselijke handelaren toe te laten, dat wil zeggen diegenen die er belang bij hebben een prijsconcurrentie te voorkomen. Dit leidt op elk dezer markten tot een oligopolide situatie. Verzoekster vraagt het Hof de interveniënte SABA uit te nodigen een lijst van de SABA-detailhandelaren met vermelding van hun juiste adres over te leggen, zodat aan de hand daarvan een onderzoek terzake kan worden ingesteld.

7. Volgens verzoekster strookt het niet met de praktijk van het dagelijks leven om te beweren, zoals de Commissie schijnt te doen, dat de samenwerking tussen fabrikanten en de handelaren ten goede komt aan de consument. Deze samenwerking, die haar weerslag heeft op de detailhandel, verlamt de prijsconcurrentie en sluit de mogelijkheid uit van een neutrale en objectieve voorlichting van de klanten over de voor- en nadelen der aangeboden produkten door de handelaar.

Verzoekster gaat vervolgens in op de memorie van interveniënte SABA. Zij geeft een uiteenzetting van de werking van haar zelfbedieningsverkoopsysteem

en van de maatregelen waarmee zij het bedrijfskarakter van haar kopers nagaat. Zij betwist de bewijskracht van de stukken waarmee de interveniënte wil aantonen dat Metro niet voldoet aan de Duitse wettelijke voorwaarden voor de hoedanigheid van groothandelaar.

V — In *dupliek* betoogt de Commissie dat verzoekster haar grieven ten onrechte onder het hoofd misbruik van bevoegdheid brengt; zij vallen veeleer onder de categorie „schending van het Verdrag" en moeten daarop worden onderzocht. Volgens de Commissie kunnen de grieven worden samengevat als volgt:

De bestreden beschikking is in strijd met artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, daar het door de Commissie goedgekeurde selectieve verkoopsysteem leidt tot uitsluiting van de zelfbedieningsgroothandel en de detailhandel, en daarmee tot uitschakeling van de prijsconcurrentie.

De Commissie betwist opnieuw dat, na de door haar verlangde wijzigingen, de bestreden beschikking leidt tot uitsluiting van de zelfbedieningsgroothandel en de detailhandel.

De in het kader van het stelsel voorgeschreven controlemaatregelen, waaronder de verplichting om bedrijfseindgebruikers bepaalde verklaringen te laten ondertekenen over het gebruik van de produkten (nr. 15 van de litigieuze beschikking) alsmede de uitsluiting van rechtstreekse leveringen van de groothandel aan „institutionele" eindgebruikers, zijn niet buitensporig en leiden de facto niet tot uitsluiting van ondernemingen als die van verzoekster. De verklaring is zo geformuleerd dat alle klanten van verzoekster die zonder moeilijkheden kunnen ondertekenen, wanneer het gekochte produkt inderdaad voor bedrijfsdoeleinden bestemd is. Verzoeksters bewering dat zij alleen door het SABA-verkoopsysteem wordt gedwongen bijzondere controlemaatregelen bij de afgifte der goederen te nemen, is onjuist. Ook thans wordt door verzoekster naast de controle aan de kassa (narekenen van de prijzen, opmaken van de rekeningen, invullen van de garantiebewijzen) reeds een eindcontrole gehouden in het kader van haar verplichtingen naar Duits recht.

Ook het verbod van leveringen aan zogenaamde institutionele afnemers brengt geen moeilijkheden mee en belemmert noch de SABA-groothandelaren noch verzoekster bij de feitelijke vervulling van een belangrijke functie van de groothandel. Overigens kan verzoekster, die zich „Einkaufszentrum für Wiederverkäufer und gewerbliche Großverbraucher" noemt, niet leveren aan bedoelde instellingen, daar deze immers genoemde eigenschappen niet bezitten.

Volgens de bepalingen van richtlijn 64/223/EEG van 25 februari 1964 (PB L 1964, blz. 863) komen deze instellingen echter slechts als klanten van de groothandel in aanmerking, voor zover zij als grootgebruikers zijn te beschouwen, hetgeen echter in de regel niet het geval is bij elektronika voor ontspanningsdoeleinden.

Ook de grieven, gericht tegen de verplichting tot samenwerking en met name tot het sluiten van halfjaarlijkse leveringsovereenkomsten met SABA, zijn volgens de Commissie ongegrond.

Met de samenwerking tussen SABA en haar groothandelaren wordt beoogd de opbouw en structuur van het produktieprogramma voortdurend aan te passen aan de wensen van de gebruikers ten einde het marktgebeuren op de voet te kunnen volgen en de reactie van de fabrikant op kwantitatief of kwalitatief verkeerde ontwikkelingen te kunnen bekorten. De vrijheid van de groothandelaar wordt hierdoor niet overmatig beperkt, daar de looptijd der overeenkomsten relatief kort is en de voorwaarden in die overeenkomsten betrekkelijk soepel zijn.

De Commissie ontkent voorts dat het SABA-verkoopsysteem op detailhandelsniveau leidt tot uitsluiting van de kleine

detailhandelaren, die levendigheid in de prijsconcurrentie brengen. Integendeel, juist de grote detailhandelaren kunnen wegens hun gunstige koopvoorwaarden hun mogelijkheden tot verkooprationalisatie en hun klantenservice evenals door de mogelijkheid een gemiddelde winstmarge te berekenen bij series van verschillende produkten, aan de eindgebruiker voordeliger prijzen bieden.

Met betrekking tot de beweerde uitsluiting van de prijsconcurrentie tussen de SABA-handelaren merkt de Commissie op dat er geen „lokale deelmarkten" met een min of meer uniform prijsniveau bestaan. De enquête die verzoekster in Düsseldorf heeft uitgevoerd en in het kader van haar verzoek in kort geding heeft overgelegd, is niet concludent, daar het aantal geenquêteerde handelaren te gering is. Bovendien valt het feit dat de gevraagde prijzen weinig verschilden of soms zelfs identiek waren, te verklaren uit de kostenstructuur der ondervraagde handelaren of juist uit de druk van de concurrentie op dicht bijeen wonende handelaren.

Al erkent de Commissie dat de groothandel met zelfbediening voordelen op het gebied van de mededinging biedt, toch meent zij dat een correctie nodig is op verzoeksters voorstelling van zaken, als zou haar toelating als SABA-groothandelaar voldoende zijn om een omwenteling teweeg te brengen in de gehele prijs- en kostenstructuur bij de verkoop van SABA-produkten. Op de fel omstreden markt van elektronika voor ontspanningsdoeleinden is ook de klassieke groothandel ingesteld op bepaalde technieken en voordelen, die verzoekster voor zich opeist (geen minimum afnamehoeveelheden, mogelijkheid voor de klanten om de gekochte goederen zelf af te halen). Verzoeksters verwijzing naar de door haar bereikte omzet van DM 100 miljoen per jaar op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden, vormt nog geen bewijs voor haar aantrekkelijkheid op dit gebied, zolang niet vaststaat welk deel van deze omzet wordt ingenomen door transacties met wederverkopers en „echte" eindgebruikers, dat wil zeggen beroepseindgebruikers die niet hun persoonlijke, buiten de branche vallende behoeften dekken. Voor zover de omzet werd bereikt doordat handelaren hun particuliere behoeften dekken, zegt dit niets omtrent de concurrentiekracht van verzoeksters prijzen in vergelijking tot de prijzen van de klassieke groothandel, aangezien de groothandelaar zich voor deze behoefte slechts tot de detailhandel kan wenden.

Een realistische beoordeling van de concurrentiekracht van verzoeksters verkoopsysteem is alleen mogelijk wanneer zij over dezelfde aankoopmogelijkheden beschikt als de klassieke groothandel op dit gebied. Pas wanneer verzoekster als SABA-groothandelaar zou worden toegelaten, kunnen de voordelen van haar verkoopsysteem juist worden beoordeeld.

Zolang het onderhavige geschil niet is beslist, is een dergelijke vergelijking niet mogelijk, daar verzoekster erbij blijft dat zij bepaalde voorwaarden van het SABA-verkoopsysteem waarvoor de Commissie ontheffing heeft verleend, niet kan accepteren.

Wat betreft de verhouding van de concurrentie tussen verkopers van hetzelfde merk (intra-brand) ten opzichte van de concurrentie tussen deze verkopers en de verkopers van andere merken (inter-brand), merkt de Commissie op dat naar haar mening het SABA-verkoopsysteem als positief resultaat heeft dat het *naast* handhaving van de concurrentie tussen verkopers van hetzelfde merk de concurrentie met produkten van andere fabrikanten versterkt.

De grote inspanningen van de leidende handelaren bij de verkoop van het produkt van een bepaalde fabrikant sluiten noch de vertegenwoordiging van produkten van andere fabrikanten noch een goede klantenservice uit. Anders dan verzoekster zegt, heeft de Commissie heel wel beseft dat een reeks andere fabrikan-

ten van elektronika voor ontspanningsdoeleinden ook zelfstandig verkoopsystemen toepassen met voorwaarden waaraan verzoekster wegens haar bijzondere structuur niet kan voldoen. De Commissie was er zich van bewust dat haar beschikking een precedent zou vormen voor de verkoopsystemen van andere fabrikanten. De beschikking heeft juist ten doel in het kader van de communautaire mededingingsvoorschriften maatstaven op te stellen voor de beoordeling van verkoopsystemen die vergelijkbaar zijn met dat van SABA.

VI — Interveniënte, Verband des SB-Großhandels (hierna te noemen „Verband"), meent dat, gelet op de belangrijkste factoren van de markt der onderhavige produkten, het selectieve SABA-verkoopsysteem onvermijdelijk leidt tot uitsluiting van de groothandel met zelfbediening. Voorts kan worden opgemerkt dat niet alleen SABA, doch ook alle andere grote Duitse producenten van elektronika voor ontspanningsdoeleinden verkoopsystemen toepassen, waarbij de groothandel met zelfbediening van levering is uitgesloten.

De Commissie ziet over het hoofd dat artikel 85 EEG-Verdrag de bescherming van de mededingingsvrijheid ten behoeve van de consument ten doel heeft, en niet de bescherming van de parallel lopende belangen van een producent en een bepaalde groep handelaren om een door hen juist geachte prijsniveau te bereiken. Het is in het belang van de consument dat ook in de handelsfase een actieve mededinging ten aanzien van de prijzen heerst.

Het Verband wijst in het bijzonder op de volgende punten:

1. De in het SABA-verkoopsysteem vervatte controlevoorschriften kunnen door de groothandel met zelfbediening niet worden nagekomen, daar dit de bedrijfsvoering zodanig zou compliceren dat de rationalisatievoordelen van de verkoop volgens het zelfbedieningsstelsel verloren zouden gaan.

Anders dan de Commissie meent, is de aanwending van het „Sonderverpflichtungsschein" op grond van door de beroepseindgebruikers af te geven verklaringen (gedetailleerde vermelding van het gebruiksdoel, verklaringen van de verantwoordelijke directeur van het bedrijf over de doorverkoop, voorafgaande overlegging van alle gegevens en documenten die de firma SABA in staat stelt de aanwending der produkten te verifiëren) te omslachtig om door de groothandel met zelfbediening in overweging te kunnen worden genomen.

Het ontstaan van een werkelijke prijsconcurrentie bij nietigverklaring van de ontheffingsbeschikking ten gunste van het SABA-verkoopsysteem zou — anders dan de Commissie stelt — niet tot gevolg hebben dat de gespecialiseerde handelaar zijn belangstelling voor SABA-produkten verliest, en zich bij voorkeur gaat toeleggen op concurrerende produkten. Een vernietiging zou veeleer neerkomen op een veroordeling van door concurrenten van SABA ingevoerde verkoopsystemen, die identiek zijn aan het systeem van SABA. Hierdoor zou de gelijkheid van de mededingingsvoorwaarden worden gewaarborgd.

2. Met betrekking tot de aan de samenwerkingsovereenkomst verbonden verplichtingen merkt het Verband op dat deze verticale samenwerking onvermijdelijk leidt tot beperking van de mededinging. De handel heeft niet ten doel met de fabrikant samen te werken, doch het voordeligste aanbod op de markt te zoeken en dit aan de consument voor te leggen. Een groothandelaar met zelfbediening kan zich niet bekommeren om de ontwikkeling van het verkoopnet van een fabrikant. De verplichting de vermoedelijke behoefte voor zes maanden te dekken, belemmert de mededinging, met name wanneer de vraag afneemt, en dwingt de handelaar voorrang te geven aan SABA-produkten. Bovendien brengt het aanhouden van een opslagplaats grote kosten met zich mee.

Naar mate een selectief verkoopsysteem zich uitbreidt, leidt het tot verdeling van de markt, tot binding van de handelaren aan hun respectieve merken en tot vermindering van de concurrentie door het ontstaan van plaatselijke monopolies.

3. Interveniënte verwijst naar het kartelrecht in de Verenigde Staten en citeert voor de betekenis van de concurrentievrijheid in de verkoopfase het arrest van het US Supreme Court van 12 juni 1967 (US t. Arnold Schwinn & Co., 388 US 365, met name 382).

4. Interveniënte gaat vervolgens in op een reeks vragen, die door het Hof aan partijen waren gesteld, voordat Verband had verzocht te mogen interveniëren (zie hierna sub VIII).

VII — Naar aanleiding van de opmerkingen van het Verband komt de Commissie op tegen het verwijt dat zij het eigenlijke doel van artikel 85 — bescherming van de concurrentievrijheid ten gunste van de gebruiker — heeft miskend en in plaats daarvan het belang van een producent en een bepaalde groep handelaren om een bepaald prijsniveau te bereiken, heeft beschermd.

Zoals blijkt uit de nummers 39-43 van de litigieuze beschikking, heeft de Commissie de aan het SABA-verkoopsysteem verbonden beperkingen van de mededinging alleen toegestaan wegens de objectieve en werkelijke voordelen van dit systeem voor de consument. Daarbij heeft de Commissie met name gewicht toegekend aan de vraag of het verkoopsysteem het behoud van een actieve mededinging ten aanzien van de prijzen waarborgt (nrs. 43 en 53 van de beschikking). Overigens is de prijs slechts een factor naast verschillende anderen, die direct (verbeterde klantenservice, beter opvangen van specifieke wensen, uitbreiding van het voorradige assortiment) of indirect (rationalisatie van de verkoop) aan de consument ten goede komen. Op een fel omstreden, onoverzichtelijke markt van technisch zeer gecompliceerde produkten waarvoor een klantenservice noodzakelijk is, is de prijs voor de consument stellig niet het enige beslissende element. Met betrekking tot de maatregelen waartoe de groothandelaar zich moet verplichten om leverantie aan particuliere eindgebruikers uit te sluiten, en de redelijkheid van deze maatregelen, merkt de Commissie op:

1. De bemoeilijking van verzoeksters bedrijfsvoering door de noodzakelijke controlemaatregelen is geringer dan interveniënte wil doen voorkomen. Alleen bij verkoop aan beroepseindgebruikers dient een formulier (het SABA-Sonderverpflichtungsschein) te worden ingevuld. Bij verkoop aan wederverkopers zijn geen bijzondere formaliteiten voorzien.

2. Uit een arrest van het Oberlandesgericht Hamburg van 16 december 1976 blijkt dat verzoekster of een van haar zusterondernemingen heeft erkend dat — anders dan zij in de onderhavige zaak betoogt — het haar mogelijk is na te gaan of gekochte waren inderdaad voor bedrijfsdoeleinden bestemd zijn.

3. Naar aanleiding van een brief van Metro aan de Commissie van 12 januari 1977 (bijlage 2 a bij de memorie van het Verband) heeft de Commissie SABA uitgenodigd de tekst van het „Sonderverpflichtungsschein" onder meer aldus te veranderen dat de groothandelaren niet meer verplicht zijn het gebruik van het produkt te verifiëren. De groothandelaar moet uitsluitend nagaan of de door de koper aangegeven bestemming behoort tot het specifieke werkterrein van de betrokken onderneming; dit is mogelijk aan de hand van de door de koper over te leggen koperskaart.

4. Met betrekking tot de samenwerkingsovereenkomsten merkt de Commissie op dat SABA de tekst daarvan onlangs heeft gewijzigd en dat de groothandelaren nog slechts verplicht zijn leverantieovereenkomsten aan te gaan voor een periode van vier maanden in plaats van zes

maanden. Deze nieuwe tekst is aan de Commissie medegedeeld bij brief van 25 januari 1977 en is thans bij de Commissie in studie.

5. De afname- en opslagverplichtingen gaan niet zo ver dat gespecialiseerde handelaren de verkoop van concurrerende produkten moeten opgeven, zodat plaatselijke monopolies zouden ontstaan. In de praktijk verkopen SABA-groothandelaren, ondanks een samenwerking van meer dan tien jaar, naast elkaar produkten van verschillende Duitse of buitenlandse merken. De weerslag van de kosten die voor de consument voortvloeien uit de afname- en opslagverplichting wordt verzacht door de korting die de groothandelaar in het kader van de inter-brandmededinging (tussen produkten van verschillende merken) toekennen aan detailhandelaren die zelf niet gehouden zijn bepaalde typen apparaten af te nemen.

6. Met betrekking tot de verwijzing naar het arrest van het Supreme Court of the United States in de zaak Schwinn, meent de Commissie dat zowel de feiten als de beoordeling rechtens zo zeer verschillen van de onderhavige zaak dat geen vergelijkingen kunnen worden gemaakt.

De Commissie betwijfelt of het Hof een onderzoek naar het prijsniveau van SABA-produkten kan gelasten, omdat een dergelijk onderzoek slechts betrekking kan hebben op de huidige prijzen. De inzet van het geding is echter de vraag of de Commissie in haar beschikking van 15 december 1975 een onjuiste uitlegging heeft gegeven aan artikel 85, lid 3, in het bijzonder door een onjuiste beoordeling van de mededinging tussen SABA-verkopers ten tijde van deze beschikking, dat wil zeggen in 1975.

VIII — Voordat het Verband verzocht om te mogen interveniëren, had het Hof, na de afsluiting van de schriftelijke behandeling, de overige partijen verzocht een aantal vragen te beantwoorden. De eerste vraag betrof de ontvankelijkheid van het beroep, in verband met artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag en artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17.

Volgens *verzoekster* (Metro) is het beroep ontvankelijk omdat de ontheffingsbeschikking van de Commissie haar rechtstreeks en individueel raakt. Ook aan de in artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 gestelde voorwaarden is voldaan. Metro wordt door de ontheffingsbeschikking rechtstreeks geraakt voor zover SABA daarin het recht wordt verleend levering aan Metro te weigeren. Bovendien houdt de litigieuze beschikking voor Metro het gevaar in dat zij in Duitsland voor de rechter wordt vervolgd, wanneer zij SABA-produkten verhandelt. Zij wordt ook individueel geraakt, omdat zij bij de Commissie een klacht heeft ingediend tegen de in het uitzicht gestelde ontheffingsbeschikking en overeenkomstig artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 aan bedoelde procedure heeft deelgenomen. Om deze redenen, is het beroep ook met het oog op verordening nr. 17 ontvankelijk.

Interveniënte Verband laat zich in dezelfde zin uit.

Ook de *Commissie* acht het beroep ontvankelijk.

De rechtshandelingen waartegen een beroep tot nietigverklaring in 's Hofs jurisprudentie tot dusver niet-ontvankelijk werd verklaard op grond dat de betrokkene daardoor niet individueel werd geraakt, waren alle regelingen van dwingende en normatieve aard, hetzij direct in de vorm van verordeningen van de Raad of de Commissie, hetzij indirect in de vorm van tot de Lid-Staten gerichte beschikkingen waarbij deze werden gemachtigd of verplicht om normatieve regelingen te treffen. Bij de litigieuze beschikking gaat het echter om een zuiver privaatrechtelijke maatregel, namelijk het bepalen van de verkooppolitiek van een bepaald bedrijf in de vorm van standaardovereenkomsten met zijn handelspart-

ners. Dit soort beschikkingen kan niet worden gelijkgesteld met rechtshandelingen tot vaststelling van publiekrechtelijke regelingen. Dit onderscheid moet ook tot uitdrukking komen in de omvang van de aan de betrokkenen geboden rechtsbescherming. Een beschikking van de Commissie waarbij ontheffing wordt verleend voor een verkoopsysteem bevat een sterk individueel aspect voor de betrokken handelaren, voorzover de criteria voor toelating tot het verkoopsysteem, waarvoor ontheffing is verleend, zijn opgenomen in individuele overeenkomsten tussen de fabrikant en de handelaren, respectievelijk de fabrikant de mogelijkheid geven te weigeren dergelijke individuele overeenkomsten te sluiten met handelaren die niet aan de criteria voor toelating voldoen.

Ten slotte wijst de Commissie erop dat een toetsing door het Hof van door de Commissie genomen ontheffingsbeschikkingen praktisch uitgesloten is, wanneer de betrokken derden tegen dergelijke beschikkingen niet kunnen opkomen: degenen tot wie de beschikkingen gericht zijn zullen als begunstigden er in het algemeen geen belang bij hebben die te bestrijden. Daar komt bij dat de betrokken derden de nietigheid van de concurrentiebeperking ook niet meer formeel voor de nationale rechterlijke instanties kunnen inroepen, daar die instanties gebonden zijn aan de ontheffingsbeschikking van de Commissie. Een toetsing is dan ook alleen nog voorstelbaar in het kader van een prejudiciële procedure.

De noodzaak van een zelfstandige beroepsmogelijkheid tegen de ontheffingsbeschikking kan niet worden ontkend met een beroep op de in artikel 19, lid 2 en lid 3, van verordening nr. 17 bedoelde procedure. In deze procedure bestaat alleen een hoorrecht, doch niet de mogelijkheid de beschikking te doen toetsen.

Om de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep te kunnen beoordelen, moet worden onderzocht of verzoekster rechtstreeks en individueel wordt geraakt door de ontheffingsbeschikking, waarbij haar overeenkomstig artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 ingediende verzoek ten dele is afgewezen. Weliswaar heeft het Hof de ontvankelijkheid van het beroep reeds ontkend in gevallen waarin de Commissie heeft geweigerd een vraag van verzoekster in te willigen: voor de ontvankelijkheid van het beroep moet worden gelet op het rechtskarakter van de gevraagde, doch geweigerde handeling (arrest van 8 maart 1972, zaak 42/71, *Nordgetreide* t. *Commissie,* Jurispr. blz. 105; arrest van 1 maart 1966, zaak 48/65, *Lütticke,* Jurispr. blz. 27; arrest van 18 november 1970, zaak 15/70, *Chevalley,* Jurispr. blz. 975).

In al deze zaken gold het verzoek echter het treffen van een niet-verbindende ofwel een normatieve handeling, dat wil zeggen een niet-aanvechtbare handeling, zodat het beroep niet-ontvankelijk moest worden verklaard. In het onderhavige geval ligt de zaak anders. Verzoekster heeft haar verzoek gebaseerd op artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, waarin personen die aantonen dat zij een redelijk belang hebben bij een beschikking van de Commissie waarbij aan een vastgestelde inbreuk een einde wordt gemaakt formeel de bevoegdheid krijgen een verzoek in te dienen. Door het indienen van haar verzoek is verzoekster geïntervenieerd in de reeds lopende goedkeuringsprocedure. Behandeling van de klacht heeft alle fasen doorlopen. Beide procedures zijn materieel afgesloten met de litigieuze ontheffingsbeschikking, waarin de door verzoekster in haar klacht naar voren gebrachte grieven ten dele in aanmerking zijn genomen en ten dele zijn afgewezen. Verzoekster wordt *individueel* geraakt, daar de litigieuze beschikking haar betreft „uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke haar ten opzichte van ieder ander karakteriseert en haar derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat". Nu de firma SABA haar verkoopsysteem inderdaad toepast in de vorm waarvoor ontheffing is

verleend, is voldoende aangetoond dat de firma Metro *rechtstreeks* wordt geraakt.

Interveniënte SABA is van mening dat Metro's beroep op artikel 3, lid 2, sub b, geen verandering brengt in de niet-ontvankelijkheid van het beroep, daar Metro door de litigieuze beschikking niet wordt „geraakt".

IX — Omtrent de vraag voor welke bepalingen van het SABA-verkoopsysteem een negatieve verklaring is afgegeven en voor welke een ontheffing conform artikel 85, lid 3, is verleend, merkt de Commissie op dat de overeenkomstig artikel 85, lid 3, verleende ontheffing geldt voor alle overeenkomsten waarop het SABA-verkoopsysteem berust. Er is geen negatieve verklaring afgegeven of een ontheffing verleend voor specifieke bepalingen van bedoelde overeenkomsten. Alleen voor de verkoopvoorwaarden voor de binnenlandse markt, die geen deel uitmaken van het eigenlijke SABA-verkoopsysteem, is een negatieve verklaring afgegeven.

X — Op de vraag van het Hof of de Commissie haar instemming met de handhaving van het in het SABA-verkoopsysteem vervatte verbod aan Duitse groothandelaren om aan „institutionele" eindgebruikers te leveren, heeft gegeven in verband met het Duitse recht op dit stuk of om andere redenen, antwoordde de Commissie dat zij zich niet heeft gebaseerd op desbetreffende Duitse wetsbepalingen, daar het Duitse recht groothandelaren nergens verbiedt aan „institutionele" eindgebruikers te leveren. Wanneer in de litigieuze beschikking op dit punt onderscheid wordt gemaakt tussen Duitse groothandelaren, op wie dit verbod wel, en buitenlandse SABA-alleenvertegenwoordigers, op wie dit verbod niet van toepassing is, dan moet dit uitsluitend worden toegeschreven aan het feit dat SABA geen redenen had om haar buitenlandse alleenvertegenwoordigers „Sprunglieferungen" te verbieden.

XI — Het Hof heeft de Commissie verzocht haar standpunt kenbaar te maken omtrent de gevolgen op mededingingsgebied van de toepassing van verkoopsystemen als dat van SABA door andere fabrikanten in dezelfde sector.

Volgens de Commissie bevat het SABA-verkoopsysteem in de eerste plaats de verplichting de gespecialiseerde handel in te schakelen, hetgeen meebrengt dat de handelaren aan bepaalde minimumeisen moeten voldoen (vakkennis, inrichting van de verkooplokalen, klantenservice, medewerking aan de uitbreiding van het verkoopnet). Deze criteria komen in praktisch alle verkoopsystemen voor en zijn niet in strijd met artikel 85. De bijzondere verplichtingen daarentegen, die verder gaan dan alleen verplichting de detailhandelaren in te schakelen (voor groothandelaren: het sluiten van een leverantieovereenkomst voor een half jaar, het bereiken van een redelijke omzet; voor detailhandelaren: de verplichting een zo volledig mogelijk SABA-assortiment te voeren, een redelijke omzet in SABA-produkten te behalen en een dienovereenkomstige voorraad SABA-apparaten aan te houden), komen in deze omvang niet voor in de verkoopsystemen van andere fabrikanten. Het is dan ook niet juist dat de belangrijkste andere fabrikanten van produkten op het gebied van elektronika voor ontspanningsdoeleinden op het SABA-verkoopsysteem gelijkende systemen hebben ingevoerd.

Het SABA-verkoopsysteem leidt ontegenzeglijk tot een betrekkelijk nauwe binding tussen handelaar en fabrikant. Dit beantwoordt aan het streven van SABA de verkopers te stimuleren actief mee te werken aan de verkoop van deze produkten. De binding gaat echter niet zo ver, dat de handelaar niet gelijktijdig overeenkomsten met andere fabrikanten kan sluiten. Weliswaar is het theoretisch niet uitgesloten dat een cumulatie van even vergaande verkoopsystemen als dat van SABA zou kunnen leiden tot een versterkte specialisatie van de handel in de zin van een vermindering van het aantal door detailhandelaren gevoerde merken.

Tussen de verkoopsystemen van de verschillende fabrikanten bestaan echter tot dusver grote verschillen, daar zij uitgaan van verschillende marktposities en verkoopmethoden. Betrouwbare voorspellingen over een toekomstige toenadering tussen verkoopsystemen kunnen thans nog niet worden gemaakt. Zelfs wanneer echter een dergelijke toenadering zou optreden en zulks zou leiden tot verdere specialisatie van de handel, dan zou dit volgens de Commissie niet noodzakelijkerwijze tot een vermindering, doch wellicht zelfs tot een toeneming van de mededinging tussen verschillende merkprodukten in deze handelsfase leiden, daar de handelaren zich dan ook meer zouden moeten inspannen voor de verkoop van de andere door hen gevoerde merken.

XII — Op de vraag of verzoekster instemt met de bewering van SABA dat haar verkoopprijzen in het algemeen — en met name voor produkten op het gebied van elektronika voor ontspanningsdoeleinden — lager zijn dan die van de detailhandel, doch hoger dan die van de groothandel, antwoordde verzoekster dat dit niet juist is en dat haar verkoopprijzen in het gehele assortiment lager liggen dan die van de gespecialiseerde groothandel; dit geldt in beginsel ook voor produkten op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden.

Overwegende dat de partijen ter terechtzitting van 10 mei 1977 in hun pleidooien zijn gehoord;

Overwegende dat de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 juni 1977 conclusie heeft genomen;

Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat het door de firma Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (hierna genoemd Metro) ingestelde en op 11 maart 1976 ter griffie ingekomen beroep in de eerste plaats strekt tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 december 1975 (PB L 28 van 3. 2. 1976, blz. 19) inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag betreffende het door de firma Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH (hierna genoemd SABA) opgezette selectieve verkoopsysteem voor de verhandeling van elektronische produkten voor ontspanningsdoeleinden van het merk SABA op de gemeenschappelijke markt;

dat het beroep in de tweede plaats strekt tot nietigverklaring van de weigering van de Commissie, vervat in haar brief van 14 januari 1976, om terug te komen op haar beschikking van 15 december 1975 en rekening te houden met opnieuw aangevoerde bezwaren van verzoekster, die echter reeds gelegenheid had gehad deze naar voren te brengen bij het horen van de betrokkenen en derden door de Commissie overeenkomstig artikel 19 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 en verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963, vóór het nemen van de litigieuze beschikking;

dat de Commissie in artikel 1 van deze beschikking heeft bepaald dat de door SABA vastgestelde verkoopvoorwaarden voor binnenlandse transacties (uitgave mei 1972) niet vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, en in artikel 2 dat voor de overige bepalingen van bedoeld verkoopsysteem een ontheffing conform artikel 85, lid 3, wordt verleend;

2 Overwegende dat het beroep weliswaar strekt tot nietigverklaring van de gehele litigieuze beschikking, doch dat bij onderzoek van de aangevoerde middelen blijkt dat daarin alleen de wettigheid van artikel 2 van de beschikking wordt betwist;

De ontvankelijkheid

a) Ten aanzien van de brief van 14 januari 1976

3 Overwegende dat deze Commissie de ontvankelijkheid van het beroep betwist voor zover het is gericht tegen de weigering, vervat in haar brief van 14 januari 1976;

4 Overwegende dat deze weigering niet meer is dan een bevestiging van de beschikking van 15 december 1975 en dat nietigverklaring daarvan zou samenvallen met de nietigverklaring van deze beschikking, zodat het beroep op dit tweede punt zonder voorwerp en dus niet-ontvankelijk moet worden geacht;

b) Ten aanzien van de beschikking van 15 december 1975

5 Overwegende dat SABA, die in het geding intervenieert aan de zijde van de Commissie, het beroep niet ontvankelijk acht, daar Metro niet rechtstreeks en individueel door de door haar bestreden beschikking wordt geraakt;

6 Overwegende dat volgens artikel 173, tweede alinea, van het EEG-Verdrag „iedere natuurlijke of rechtspersoon onder dezelfde voorwaarden beroep (tot nietigverklaring) kan instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken";

dat nu de litigieuze beschikking niet tot Metro was gericht, moet worden nagegaan of zij daardoor rechtstreeks en individueel wordt geraakt;

7 Overwegende dat Metro een groothandel „met zelfbediening" exploiteert in een dertigtal vestigingen in de Bondsrepubliek Duitsland alsook in een aantal andere Lid-Staten;

dat deze vorm van verkoop, waarbij zij met name moet concurreren met gespecialiseerde groothandelaren, erin bestaat bij de fabrikanten grote bestellingen te doen voor een breed assortiment produkten in de sector voedingsmiddelen (food) en andere sectoren (non food), om ze door te verkopen, in hoofzaak aan detailhandelaren met het oog op gebruik der gekochte goederen in de eigen onderneming voor bedrijfsdoeleinden, hetzij ten slotte met het oog op verkoop aan „institutionele" particuliere eindgebruikers, echter met dien verstande dat over laatstgenoemde functie verschil van mening tussen partijen bestaat;

dat Metro deze produkten verkoopt volgens het „cash and carry"-stelsel, waarbij de koper in de verkooplokalen zelf de goederen haalt, die zodanig zijn opgeslagen dat zij zonder tijdverlies door de klant zelf kunnen worden meegenomen, terwijl zij op eenvoudige wijze worden uitgestald en contant worden betaald, hetgeen zou leiden tot prijsverlaging en het mogelijk zou maken genoegen te nemen met winstmarges die lager zijn dan bij de traditionele groothandel;

dat deze vorm van verkoop aldus wordt gekenmerkt zowel door bijzondere verkoopmethoden als door de aard van de afnemers waarop de groothandelaar mikt;

8 Overwegende dat Metro's verzoek aan SABA om toelating als groothandelaar voor de verkoop van elektronische produkten voor ontspanningsdoeleinden werd geweigerd, omdat zij niet wilde instemmen met een aantal voorwaarden die SABA verbindt aan de toekenning van de hoedanigheid van SABA groothandelaar, welke volgens verzoekster onverenigbaar zijn met de structuur van haar groothandel met zelfbediening;

dat dit met name geldt voor het verbod aan SABA-groothandelaren om SABA-produkten voor bedrijfsdoeleinden aan eindgebruikers te leveren, dat wil zeggen aan handelaren of ambachtslieden die niet behoren tot de branche der elektronika, doch de gekochte apparaten in hun bedrijf voor bedrijfsdoeleinden gebruiken, alsmede voor het verbod aan „institutionele" eindgebruikers te leveren, en tevens voor de verplichtingen die de groothandelaren worden opgelegd in de samenwerkingsovereenkomst die zij met SABA moeten sluiten;

dat deze voorwaarden echter volgens interveniënte SABA wel verenigbaar zijn met het bedrijf van Metro en dat de weigering veeleer haar verklaring vindt in een verkooppolitiek die ertoe strekt gelijktijdig als groothandelaar en detailhandelaar op te treden, hetgeen SABA niet kan toestaan, gezien de structuur van haar verkoopsystem waarin de beide functies duidelijk gescheiden zijn, zulks in overeenstemming — aldus SABA — met de wettelijke voorschriften in de Bondsrepubliek Duitsland;

9 dat verzoekster naar aanleiding van deze weigering op 7 en 9 november 1973 een verzoek overeenkomstig artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 bij de Commissie heeft ingediend, ten einde te doen vaststellen dat het door SABA opgezette verkoopsysteem inbreuk maakt op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag en om SABA deze inbreuk te doen beëindigen;

10 dat SABA harerzijds in 1962, 1963, 1969 en 1972 ter verkrijging van een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17 of een ontheffing conform artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag en artikel 6 van verordening nr. 17, haar verkoopvoorwaarden voor binnenlandse transacties, de alleenverkoopovereenkomsten die zij sluit met in andere Lid-Staten gevestigde bedrijven, de „verplichtingscertificaten verkoopbinding", die haar handelaren, groothandelaren en detailhandelaren in de Bondsrepubliek Duitsland moeten tekenen, en de „EEG-verplichtingscertificaten SABA-groothandelaar en SABA-beroepsdetailhandelaar" bij de Commissie heeft aangemeld;

dat SABA op 22 juli 1974, na het indienen van de klacht door Metro, ook de standaard-samenwerkingsovereenkomst die door haar erkende groothandelaren moeten sluiten, heeft aangemeld;

11 dat de Commissie van mening was dat Metro een wettig belang had bij de vaststelling van een eventuele inbreuk en een onderzoek heeft gelast zowel naar het verzoek van Metro als dat van SABA;

dat de Commissie, nadat zij Metro aanvankelijk had medegedeeld dat zij meende haar verzoek niet te kunnen inwilligen, doch haar niettemin bij telex van 6 december 1974 overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 had uitgenodigd opmerkingen in te dienen, echter na de indiening van deze opmerkingen en na het horen van verzoekster, haar standpunt deels heeft herzien en SABA heeft verzocht bepaalde verplichtingen die zij aan de groothandelaren oplegt, af te schaffen, met name het verbod aan eindgebruikers voor bedrijfsdoeleinden te verkopen;

dat de Commissie, nadat SABA met deze en andere wijzigingen had ingestemd, de litigieuze beschikking heeft genomen, die echter op verschillende punten de bijzonderheden van het verkoopsysteem in stand laat waartegen verzoekster in de loop van het administratief beroep bezwaar had gemaakt;

12 dat Metro van mening is dat in het aldus goedgekeurde verkoopsysteem onwettige hinderpalen voor haar toelating als SABA-groothandelaar worden gehandhaafd en daarom het onderhavige beroep heeft ingesteld;

13 Overwegende dat uit bovengenoemde feiten blijkt dat de litigieuze beschikking onder meer naar aanleiding van een klacht van Metro is genomen en zich uitspreekt over de bepalingen van het SABA-verkoopsysteem die SABA aan Metro heeft tegengeworpen en nog tegenwerpt ter rechtvaardiging van haar weigering aan Metro te verkopen en deze toe te laten als groothandelaar, en waartegen verzoekster om deze redenen heeft geklaagd;

dat het zowel in het belang van een goede rechtsbedeling als van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86 is dat natuurlijke of rechtspersonen die op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 gerechtigd zijn de Commissie te verzoeken een inbreuk op bedoelde artikelen 85 en 86 vast te stellen, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, over een beroepsmogelijkheid kunnen beschikken ter bescherming van hun wettige belangen;

dat onder deze omstandigheden moet worden aangenomen dat verzoekster in de zin van artikel 173, tweede alinea, rechtsstreeks en individueel wordt geraakt door de litigieuze beschikking en dat het beroep dus ontvankelijk is;

Ten principale

14 Overwegende dat de Commissie volgens verzoekster door het nemen van de litigieuze beschikking zowel inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag, door ontheffing van het verbod van artikel 85, lid 1, te verlenen terwijl niet was voldaan aan de voorwaarden voor zodanige ontheffing, als op artikel 86 van het EEG-Verdrag, door misbruik van een machtpositie toe te staan;

15 Overwegende dat van toepassing van artikel 86 van het EEG-Verdrag slechts sprake kan zijn indien SABA beschikt over een machtspositie, zodat in de eerste plaats moet worden nagegaan of dat het geval is;

I — Ten aanzien van het bestaan van een machtspositie

16 Overwegende dat verzoekster voor haar bewering dat SABA op de Duitse markt voor elektronika voor ontspanningsdoeleinden een machtspositie inneemt, aanvoert dat in deze Lid-Staat tien fabrikanten zich actief bezig houden met de fabricage van produkten op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden, doch dat het marktaandeel van zes hunner tezamen het overgrote deel van de markt omvat; dat tot deze zes SABA behoort die op het gebied van de kleurentelevisie met een dagproduktie van duizend toestellen een marktaandeel heeft dat boven het gemiddelde ligt;

dat verzoekster hieraan toevoegt dat de SABA-toestellen — ondanks hun prijs — wegens hun goede kwaliteit zeer gevraagd zijn, zodat iedere handelaar, om te voorkomen dat hij in een ongunstige concurrentiepositie geraakt, in zijn assortiment produkten ook SABA-produkten moet kunnen aanbieden;

17 Overwegende dat blijkens de door de Commissie overgelegde en door verzoekster niet betwiste gegevens op de markt voor elektronika voor ontspanningsdoeleinden 26 Duitse fabrikanten opereren, en dat acht daarvan, waaronder SABA, ongeveer 90 % van de markt in handen hebben, terwijl het marktaandeel van SABA tussen 5 en 10 % ligt;

dat met name ten aanzien van het door verzoekster voor haar beweringen aangevoerde dagelijkse produktiecijfer van televisietoestellen uit de door de Commissie overgelegde en door verzoekster representatief geachte cijfers voor 1975 blijkt dat acht fabrikanten 91 % van de Duitse markt in handen hebben, waarvan één meer dan 25 %, drie ieder 10 % en vier andere, waaronder SABA, ieder 6 of 7 %;

dat uit deze gegevens blijkt dat het hier om vrij bescheiden marktaandelen gaat, zelfs wanneer — hetgeen noch is gesteld noch is bewezen — de kleurentelevisiemarkt als de relevante markt moet worden beschouwd in plaats van de markt voor elektronische produkten voor ontspanningsdoeleinden als geheel;

dat ofschoon het marktaandeel van een onderneming niet noodzakelijkerwijs het enige criterium vormt voor het bestaan van een machtspositie, niettemin op goede gronden kan worden vastgesteld dat een zo gering marktaandeel als dat van SABA, behoudens bijzondere omstandigheden, op een markt voor technisch hoogwaardige, doch in de ogen van het koperspubliek gemakkelijk verwisselbare produkten, het bestaan van een machtspositie uitsluit;

dat zulks te meer het geval is nu vaststaat dat tussen de verschillende fabrikanten een felle concurrentie heerst;

dat de omstandigheid dat de kwaliteit van het betrokken produkt de handelaren ertoe moet brengen het op te nemen in hun assortiment aangeboden produkten niet op zichzelf een element is op grond waarvan de fabrikant in vergaande mate kan optreden zonder rekening te houden met de houding van zijn concurrenten en zich bij gevolg een machtspositie kan verschaffen, doch een concurrentiefactor is naast andere;

dat hetzelfde geldt voor de omstandigheid, waarop verzoekster en interveniënte Verband des Selbstbedienungs-Großhandels (hierna genoemd SB-Verband) zich heeft beroepen, dat andere fabrikanten op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden selectieve verkoopsystemen hebben ingevoerd of willen invoeren die analoog zijn aan het verkoopsysteem dat de Commissie in haar litigieuze beschikking heeft goedgekeurd;

dat deze omstandigheid eventueel in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van de vraag of het litigieuze stelsel verenigbaar is met artikel 85 EEG-Verdrag, doch er in casu niet toe kan leiden dat de positie van SABA op de betrokken markt wordt omgezet in een machtspositie;

18 dat nu SABA geen machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag inneemt, deze bepaling niet op haar van toepassing is, zodat het beroep dient te worden verworpen, voor zover het is gegrond op schending van dit artikel;

II — Ten aanzien van de toepassing van artikel 85

19 Overwegende dat volgens verzoekster artikel 2 van de litigieuze beschikking mank gaat aan misbruik van bevoegdheid, omdat de Commissie heeft miskend „wat het doel is van de in artikel 85 ingestelde bescherming, namelijk de mededingingsvrijheid ten behoeve van de consument en niet de verdediging van parallel lopende belangen van een fabrikant en een bepaalde groep handelaren, met als doel verkoopprijzen te behalen die door laatstgenoemde handelaren bevredigend worden geacht";

dat verzoekster bovendien, voor geval zou worden aangenomen dat het litigieuze verkoopsysteem in aanmerking komt voor een ontheffing van het verbod conform artikel 85, lid 3, aanvoert dat de Commissie deze bepaling onjuist heeft toegepast door ontheffing te verlenen voor concurrentiebeperkingen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de nagestreefde verbetering

van de produktie en de verkoop of de bevordering van de technische en economische vooruitgang, doch ertoe leiden dat groothandelaren met zelfbediening van de mededinging worden uitgesloten;

A — Ten aanzien van het bestaan van misbruik van bevoegdheid

20 Overwegende dat de in de artikelen 3 en 85 van het EEG-Verdrag gestelde voorwaarde dat de mededinging niet wordt vervalst, uitgaat van het bestaan van een werkzame mededinging (workable competition) op de markt, dat wil zeggen de mate van mededinging die noodzakelijk is voor de naleving van de fundamentele vereisten en het bereiken van de doelstellingen van het Verdrag, inzonderheid de totstandbrenging van één markt met soortgelijke voorwaarden als een interne markt;

dat dit vereiste ervan uitgaat dat de aard en intensiteit van de mededinging kunnen variëren naar gelang van de betrokken produkten of diensten en de economische structuur van de betrokken marktsectoren;

dat met name op het gebied van de fabricage van technisch hoogwaardige duurzame consumptiegoederen van goede kwaliteit, waarin een betrekkelijk klein aantal grote en middelgrote fabrikanten een gevarieerd assortiment toestellen aanbiedt die — althans in de ogen van de consument — betrekkelijk gemakkelijk verwisselbaar zijn, de structuur van de markt zich niet verzet tegen het bestaan van uiteenlopende verkoopkanalen die zijn aangepast aan de kenmerken der verschillende producenten en de behoeften der verschillende categorieën gebruikers;

dat de Commissie op grond hiervan terecht heeft aangenomen dat selectieve verkoopsystemen naast andere factoren een met artikel 85, lid 1, verenigbare concurrentiefactor vormen, 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;

21 Overwegende weliswaar dat bij deze verkoopsystemen de nadruk in het algemeen niet uitsluitend en zelfs niet hoofdzakelijk wordt gelegd op de prijsconcurrentie;

dat dit in het bijzonder geldt wanneer, zoals hier het geval is, opneming in het verkoopnet afhankelijk wordt gesteld van voorwaarden die verder gaan

dan noodzakelijk is voor een wijze van verkoop die in overeenstemming is met de aard van het produkt;

dat ofschoon de prijsconcurrentie van groot belang is — en dan ook nooit volledig kan worden uitgeschakeld — zij toch niet de enige doeltreffende vorm van mededinging is en evenmin die vorm van mededinging waaraan onder alle omstandigheden absolute voorrang moet worden verleend;

dat uit de in artikel 85, lid 3, aan de Commissie verleende bevoegdheden blijkt dat de noodzaak van handhaving van een doeltreffende mededinging in overeenstemming kan worden gebracht met het behoud van doelstellingen van andere aard en dat daartoe bepaalde concurrentiebeperkingen toelaatbaar zijn, wanneer zulks onmisbaar is voor het bereiken van deze doelstellingen en niet leidt tot uitschakeling van de concurrentie voor een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt;

dat het streven om voor groothandelaren en gespecialiseerde detailhandelaren een bepaald prijsniveau te handhaven dat samenhangt met het streven in het belang van de consument de mogelijkheid te behouden dat dit verkoopkanaal blijft bestaan naast nieuwe verkoopmethoden die zijn gericht op een andere vorm van mededingingsbeleid, valt binnen het kader van doelstellingen die kunnen worden nagestreefd zonder noodzakelijkerwijs te vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, of, indien zulks wel geheel of ten dele het geval is, binnen het kader van artikel 85, lid 3;

dat dit te meer geldt wanneer deze voorwaarden bovendien leiden tot toeneming van de mededinging ten aanzien van andere factoren dan de prijs;

22 Overwegende dat de van weerszijden overgelegde cijfers betreffende het bestaan van een prijsconcurrentie tussen de SABA-verkopers, er weliswaar toe leiden dat een zekere starheid der prijsstructuur kan worden vastgesteld, doch niet de conclusie rechtvaardigen, met name vanwege het gelijktijdig bestaan van andere mededingingsfactoren tussen produkten van eenzelfde merk (intrabrand) en het bestaan van een daadwerkelijke mededinging tussen verschillende merken, dat de mededinging in de sector elektronika voor ontspanningsdoeleinden wordt beperkt of uitgeschakeld;

dat de Commissie er echter voor dient te waken dat de starheid van deze structuur niet wordt versterkt, hetgeen zou kunnen gebeuren wanneer het aantal selectieve verkoopnetten voor de verhandeling van eenzelfde produkt sterk zou toenemen;

dat de Commissie, door de gevraagde ontheffing slechts voor het tijdvak tot 21 juli 1980 te verlenen, de mogelijkheid heeft behouden op redelijke termijn de gevolgen van haar beschikking op dit punt aan een nieuw onderzoek te onderwerpen;

dat het middel inhoudende misbruik van bevoegdheid derhalve moet worden verworpen;

B — Ten aanzien van de toepassing van artikel 85, lid 3

23 Overwegende dat verzoeksters grieven ten deze in hoofdzaak betrekking hebben op vier punten, en wel:

a) de verplichting voor SABA-handelaren, groothandelaren en detailhandelaren, erop toe te zien dat de wederverkopers aan wie zij SABA-apparatuur leveren erkende handelaren zijn, en daarop een bepaald aantal controles uit te oefenen;

b) het verbod voor SABA-groothandelaren in de Bondsrepubliek Duitsland aan zogenaamde „institutionele" eindgebruikers te leveren;

c) de verplichting voor deze zelfde groothandelaren om bij levering aan eindgebruikers „voor bedrijfsdoeleinden" erop toe te zien dat deze de gekochte apparatuur uitsluitend gebruiken ter bevordering van de rentabiliteit van hun bedrijf met uitsluiting van ieder particulier gebruik;

d) de verplichting voor de groothandelaren mee te werken aan de uitbreiding van het SABA-verkoopnet, door tezamen met SABA voor ieder halfjaar afnameplannen vast te stellen;

dat dit volgens verzoekster beperkingen van de mededinging zijn, waarvoor de Commissie een ontheffing conform artikel 85, lid 3, heeft verleend, hoewel zij in casu niet onmisbaar zijn om de doelstellingen van deze bepaling te bereiken en zij voorts het bestaan van andere verkoopkanalen in gevaar brengen, bij voorbeeld de groothandel met zelfbediening, waaraan een ander concurrentiebeleid ten grondslag ligt;

24 Overwegende dat, voordat kan worden begonnen aan het onderzoek van deze grieven, moet worden opgemerkt dat volgens de Commissie uit het feit dat voor de gezamenlijke bepalingen van het selectieve verkoopsysteem, bedoeld in artikel 2 van de litigieuze beschikking, een ontheffing conform artikel 85,

lid 3, is verleend, niet volgt dat ieder onderdeel van dit systeem onverenigbaar is met het verbod van artikel 85, lid 1;

dat integendeel zowel uit de overwegingen van de litigieuze beschikking als uit gedurende de mondelinge behandeling gegeven toelichtingen blijkt dat slechts een aantal van deze onderdelen beperkingen van de mededinging vormen waarvoor een ontheffing noodzakelijk was;

dat volgens verweerster geen concurrentiebeperkingen zijn: a) de aan de erkenning als SABA-handelaar gestelde voorwaarden betreffende de vakbekwaamheid van de handelaren, de vakkennis van het met verkoop belaste personeel, de verplichting van SABA-groothandelaren mee te werken aan de uitbreiding van het verkoopnet, de klantenservice en de inrichting van de verkoopruimten (beschikking punt 28) en b) het verbod te leveren aan zogenaamde „institutionele" eindgebruikers (beschikking punt 34);

dat daarentegen de verplichting voor de handelaren om te controleren of de wederverkopers waaraan zijn leveren door SABA erkende handelaren zijn en de verplichting in een register aantekening te houden van de verkochte toestellen, met vermelding van hun nummer en de naam van de koper (beschikking punt 11, sub b en c, en punt 29), wel onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, doch in aanmerking komen voor een ontheffing;

25 Overwegende dat voor elk der door verzoekster betwiste punten moet worden nagegaan of de Commissie ze juist heeft beoordeeld met het oog op de vraag of het verbod van artikel 85, lid 1, daarop al dan niet van toepassing was, en, voor geval zij onder dit verbod vallen, of de Commissie door daarop een ontheffing conform artikel 85, lid 3, te verlenen, een juiste toepassing aan laatstgenoemde bepaling heeft gegeven;

1. Ten aanzien van de verplichting voor SABA-handelaren alleen aan erkende groot- of detailhandelaren te leveren voor wederverkoop

26 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de verplichting voor de groothandelaren om voor de levering aan een wederverkoper persoonlijk na te gaan of hij inderdaad door SABA is erkend, met name door in een register aantekening te houden van de nummers van alle geleverde SABA-apparaten, met vermelding van de verkoopdatum en de naam van de koper, en door nauwkeurig toezicht uit te oefenen op deze gegevens, verder gaat dan noodzakelijk is voor de instandhouding van een selectief verkoopnet en een verplichting vormt die onverenigbaar is met de aard van de groothandel met zelfbediening;

27 Overwegende dat ieder verkoopsysteem dat is gebaseerd op een selectie van de verkooppunten noodzakelijkerwijs — wil het zin hebben — voor de groothandelaren die tot het verkoopnet behoren de verplichting meebrengt alleen aan erkende wederverkopers te leveren en, bij gevolg, de mogelijkheid voor de betrokken fabrikant de naleving van deze verplichting te controleren;

dat de aangegane controleverplichtingen, voor zover zij niet verder gaan dan het beoogde doel, op zichzelf geen beperking van de mededinging kunnen vormen, doch aansluiten bij de hoofdverplichting en ertoe bijdragen de nakoming daarvan te verzekeren;

dat de Commissie ervan mocht uitgaan dat de op dit punt in het verplichtingscertificaat opgelegde verplichtingen niet verder gaan dan noodzakelijk is voor een deugdelijke controle en een normale taak voor een groothandelaar vormen, daar het bij duurzame consumptiegoederen een normale eis bij het exploiteren van een groothandel is, aantekening te houden van de detailhandelaren aan wie geleverd is en de geleverde produkten;

dat derhalve, nu zij niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het gestelde doel, deze controleverplichtingen, voor zover zij de naleving van de voorwaarden voor erkenning op het stuk van de vakbekwaamheid beogen te verzekeren, niet vallen onder de toepassing van artikel 85, lid 1, doch, voor zover zij de naleving van verdergaande verplichtingen verzekeren, wel onder het verbod van artikel 85, lid 1, zullen vallen, behalve wanneer zij, eventueel tezamen met de hoofdverplichting waarvan zij een onderdeel vormen, een ontheffing conform artikel 85, lid 3, genieten;

dat de vraag of bovenbedoelde verplichtingen in overeenstemming zijn met het Verdrag er dus van afhangt hoe de overige door verzoekster aangevallen punten moeten worden beoordeeld;

2. Ten aanzien van het verbod van „Sprunglieferungen" aan institutionele eindgebruikers

28 Overwegende dat de Commissie SABA weliswaar heeft verplicht af te zien van het verbod aan groothandelaren om aan eindgebruikers voor bedrijfsdoeleinden te leveren, doch heeft ingestemd met handhaving van het verbod van levering aan particuliere gebruikers, met inbegrip van grote zogenaamde „institutionele" eindgebruikers, zoals scholen, ziekenhuizen, kazernes, overheidsinstellingen en dergelijke afnemers;

dat de Commissie van mening is dat deze beperking van het werkterrein der groothandelaren enerzijds in overeenstemming is met de Duitse rechtsvoor-

schriften en anderzijds geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vormt, daar zij in overeenstemming is met de scheiding van de functie van groothandelaar en die van detailhandelaar, en dat, wanneer zodanige scheiding ontbreekt, de groothandelaar een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel heeft boven de detailhandelaar, dat niet in overeenstemming is met de verrichte prestaties en niet wordt beschermd door artikel 85;

29 Overwegende dat vaststaat dat verschillende Lid-Staten regelingen inzake de rechtspositie van de groot- en detailhandel hebben getroffen met afwijkende verplichtingen en lasten, met name op sociaal en fiscaal gebied, zodat de mededinging zou worden vervalst indien de groothandelaren, wier lasten in het algemeen naar verhouding lichter zijn wegens de handelsfase waarin zij werkzaam zijn, de detailhandelaren concurrentie zouden aandoen in de detailhandelsfase, en met name bij de levering aan particuliere gebruikers;

dat de Commissie, door aan te nemen dat deze scheiding van functies principieel in overeenstemming is met het vereiste dat de mededinging niet mag worden vervalst, geen inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1;

dat verzoekster dit standpunt trouwens niet betwist en zelfs betoogt dat haar verkoopsysteem zo is ingericht dat deze scheiding wordt gerespecteerd, doch stelt dat de rechtstreekse levering aan grote „institutionele" eindgebruikers deel uitmaakt van de functie van groothandelaar;

dat zij hiertoe wijst op de bewoordingen van artikel 2, lid 2, van de richtlijn van de Raad van 25 februari 1964 betreffende de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor de werkzaamheden welke onder de groothandel ressorteren, luidende: „Werkzaamheden welke onder de groothandel ressorteren in de zin van deze richtlijn zijn werkzaamheden verricht door: iedere natuurlijke persoon of vennootschap die er zijn beroep van maakt geregeld goederen op eigen naam en voor eigen rekening te kopen en weder te verkopen, hetzij aan handelaren, groot- of kleinhandelaren, hetzij aan verwerkers, hetzij aan bedrijfsmatige verbruikers of grootverbruikers";

30 Overwegende dat deze richtlijn een definitie van de functie van groothandelaar geeft met het oog op de toepassing van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, doch niet mag worden uitgelegd in die zin dat het de mededingsvraagstukken bedoeld in artikel 85 beoogt te regelen;

dat al moeten bepaalde particuliere gebruikers, zoals instellingen, talrijke produkten, bij voorbeeld voedingsmiddelen, stellig in grote hoeveelheden kopen, hun institutionele aard toch niet meebrengt dat zij de hoedanigheid van grootgebruiker hebben voor iedere soort produkten;

dat de Commissie door aan te nemen dat met betrekking tot de door SABA vervaardigde produkten geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de verschillende soorten niet-professionele eindgebruikers, haar beoordelingsbevoegheid terzake niet heeft overschreden;

dat zulks te meer geldt nu het in ieder geval aan verzoekster is aan te tonen dat zij wordt of is benaderd door particuliere institutionele niet-professionele gebruikers voor omvangrijke leveringen, doch dat zij voor haar beweringen op dit punt zelfs geen begin van bewijs heeft aangebracht;

3. Ten aanzien van de verplichting voor de groothandelaren er bij de bevoorrading van eindgebruikers voor bedrijfsdoeleinden op toe te zien dat de gekochte SABA-apparaten voor bedrijfsdoeleinden worden gebruikt

31 Overwegende dat volgens punt 15 van de litigieuze beschikking „op grond van het verplichtingscertificaat verkoopbinding SABA-groothandelaar (punt 2, sub 2) de Duitse SABA-groothandelaren bovendien verplicht zijn SABA-produkten binnen de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn niet te verkopen aan eindgebruikers, behalve aan die eindgebruikers die

— kunnen aantonen een bedrijf uit te oefenen en

— de SABA-produkten slechts voor die bedrijfsdoeleinden van de onderneming gebruiken, die ten goede kunnen komen aan de rentabiliteit van de onderneming en

— een door SABA voorgeschreven verklaring ondertekenen, waardoor de naleving van deze verplichting wordt gewaarborgd, waarin het bedrijfsdoel objectief aantoonbaar wordt omschreven alsmede ieder ander gebruik en de doorverkoop wordt uitgesloten";

32 dat uit deze overwegingen blijkt dat de Commissie tijdens de administratieve fase in overeenstemming met de mening van Metro heeft aangenomen dat het verbod voor SABA-groothandelaren te verkopen aan detailhandelaren die niet behoren tot de sector elektronika voor ontspanningsdoeleinden, doch

SABA-apparaten wensen te kopen voor bedrijfsdoeleinden in hun bedrijf, niet in overeenstemming is met artikel 85, lid 1, en dat daarvoor geen ontheffing conform artikel 85, lid 3, kan worden verleend;

dat deze opheffing van een ongeoorloofde concurrentiebeperking echter in overeenstemming moet worden gebracht met de naleving van het verbod voor groothandelaren aan eindgebruikers te leveren ter dekking van hun particuliere behoeften;

dat de fabrikant derhalve gerechtigd is controle uit te oefenen op de naleving van deze verplichting die noodzakelijk is met het oog op het behoud van de structuur van zijn uit twee fasen bestaand verkoopsysteem, daar hij anders van zijn erkende detailhandelaren niet die prestaties kan verlangen, die noodzakelijk zijn voor de goede werking van een selectief verkoopsysteem;

dat verzoekster betoogt, zonder daarvoor echter overtuigende bewijzen over te leggen, dat de op dit punt in de verplichtingscertificaten voorziene controleplicht niet verenigbaar is met de behoeften van de groothandel met zelfbediening en daardoor bijdraagt tot uitschakeling van deze vorm van mededinging;

33 Overwegende dat blijkens door verzoekster zelf verstrekte inlichtingen het hoofdkenmerk van de groothandel met zelfbediening is dat de verkoopruimten uitsluitend toegankelijk zijn voor bezitters van een op naam gestelde koperskaart, waaruit niet alleen de naam van de koper kan worden afgelezen, doch tevens of hij een natuurlijke dan wel een rechtspersoon is die een ambachtelijk of industrieel bedrijf exploiteert;

dat bovendien, althans in de afdeling „non food", conform de Duitse rechtsvoorschriften controle wordt uitgeoefend vóór de afgifte der goederen, om vast te stellen dat het aankopen betreft die zijn gedaan met het oog op de wederverkoop of voor bedrijfsdoeleinden in het bedrijf van de koper, en niet ter voorziening in particuliere behoeften;

dat de in het verplichtingscertificaat voorgeschreven controle in wezen dezelfde strekking heeft, zij het dat de groothandelaar daarin wordt verplicht de koper een verklaring te laten tekenen waaruit blijkt dat de aankoop voor bedrijfsdoeleinden is geschied;

dat deze aanvullende eis derhalve in verband met de mogelijkheid van misbruik, die uiteraard wordt geboden door uitbreiding van de verkoopmogelijkheid voor andere doeleinden dan verkoop, noch onredelijk voorkomt, noch

een ernstige belemmering vormt die onverenigbaar is met de aard van de groothandel met zelfbediening;

dat zulks te meer geldt nu de opgelegde verplichting niet meebrengt dat persoonlijk voor de nakoming van door de kopers ondertekende verplichtingen moet worden gewaakt;

4. Ten aanzien van de verplichting voor de groothandelaren mee te werken aan de uitbreiding van het SABA-verkoopnet door de sluiting van samenwerkingsovereenkomsten

34 Overwegende dat volgens punt 9 van de beschikking voor de toelating als SABA-groothandelaar in de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn de volgende voorwaarden gelden:

„SABA heeft tegenover de Commissie verklaard, dat zij in principe bereid is om in de Bondsrepubliek Duitsland en West-Berlijn te leveren aan alle groothandelaren;

a) die een speciaalzaak drijven, dat wil zeggen die hun omzet voor meer dan 50 % realiseren uit de verkoop van radio-, televisie- en bandopnameapparaten of andere elektrotechnische artikelen, of die een speciale afdeling heben ingericht voor de verkoop van radio-, televisie-, en bandopnameapparaten aan de groothandel en wier omzet te vergelijken is met de omzet van een groothandelaar, die gespecialiseerd is in artikelen op het terrein van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden;

b) die bijdragen aan de opbouw en de versterking van het verkoopnet van SABA;

c) die de SABA-service verlenen, met name de technische klantenservice, en die door geschoold personeel deskundig advies kunnen geven;

d) die de SABA-Samenwerkingsovereenkomst hebben ondertekend;

e) die de SABA-verplichtingscertificaten hebben ondertekend en de verkoopbinding naleven";

35 dat volgens verzoekster de verplichtingen sub a) (speciaalzaak of speciale afdeling), b) (versterking van het SABA-verkoopnet) en d) (samenwerkingsovereen-

komsten) beperkingen van de mededinging vormen die op grond van artikel 85, lid 1, verboden zijn en dat de Commissie geen ontheffing conform artikel 85, lid 3, kon verlenen, daar niet was voldaan aan de voorwaarden voor zodanige ontheffing;

a) ten aanzien van de verplichting een speciale afdeling te openen en een omzet te behalen vergelijkbaar met die van een gespecialiseerde groothandelaar

36 Overwegende dat ofschoon deze dubbele voorwaarde niet uitdrukkelijk is vermeld in de verschillende aan het Hof overgelegde documenten betreffende het aangaan van verplichtingen (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler; Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland; EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler; Kooperationsvertrag), is zij gedurende het onderzoek van de klacht van Metro genoemd, en wel in de brief van SABA van 20 februari 1975, waarvan de inhoud op 5 maart 1975 aan verzoekster is medegedeeld;

dat hieruit blijkt dat dit een voorwaarde is voor erkenning van SABA-handelaren wanneer het gaat om niet-gespecialiseerde groothandelaren, en dat deze voorwaarde deel uitmaakt van het door de Commissie goedgekeurde verkoopsysteem;

dat de inhoud daarvan dus zowel in het licht van lid 1 als van lid 3 van artikel 85 moet worden onderzocht;

37 Overwegende dat de verplichting voor niet-gespecialiseerde groot-handelaren om een speciale afdeling voor produkten op het gebied van de elektronika voor ontspanningsdoeleinden te openen, de verkoop van de betrokken produkten onder goede voorwaarden kan garanderen en dus geen beperking van de concurrentie in de zin van artikel 85, lid 1, vormt;

dat daarentegen de verplichting een omzet te bereiken die vergelijkbaar is met die van een gespecialiseerde groothandelaar verder gaat dan noodzakelijk is op grond van kwalitatieve vereisten die kenmerkend zijn voor een selectief verkoopsysteem en dat deze verplichting derhalve moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 85, lid 3;

38 Overwegende dat deze verplichting in casu echter samenvalt met de verplichting in de samenwerkingsovereenkomst om een redelijke omzet te behalen, zodat zij tezamen met bedoelde overeenkomsten moet worden onderzocht;

b) ten aanzien van de verplichtingen sub b) (bijdragen aan de versterking van het verkoopnet) en sub d) (het ondertekenen van samenwerkingsovereenkomsten)

39 Overwegende dat de verplichtingen sub b, namelijk het bijdragen aan de opbouw en de versterking van het verkoopnet, en sub d, namelijk het ondertekenen van de samenwerkingsovereenkomsten waarin de groothandelaar zich verbindt een door SABA redelijk geachte omzet te behalen, koopcontracten voor een periode van zes maanden te sluiten en een opslagplaats aan te houden, verder gaan dan gebruikelijk is bij de exploitatie van een groothandel en noodzakelijk is voor een selectief verkoopsysteem dat is gebaseerd op kwalitatieve vereisten;

dat deze verplichtingen ten gevolge hebben dat de erkende handelaren sterk aan SABA worden gebonden en kunnen leiden tot uitsluiting van bedrijven die weliswaar aan de kwalitatieve toelatingsvoorwaarden voldoen, doch niet bereid of in staat zijn zich aan bedoelde verplichtingen te onderwerpen, zodat deze indirect kunnen leiden tot beperking van het aantal en de vestiging van verkooppunten;

dat voor deze verplichtingen derhalve slechts een ontheffing van het verbod van artikel 85, lid 1, kan worden verleend wanneer is voldaan aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3;

40 Overwegende echter dat volgens de Commissie (beschikking nr. 28) de verplichting voor de groothandelaren tot „deelname aan de uitbreiding van het verkoopnet" geen beperking van de mededinging is als bedoeld in artikel 85, lid 1;

dat in deze opvatting de strekking van laatstgenoemde bepaling wordt miskend, daar de functie van een groothandelaar niet is de produktie van een bepaalde fabrikant te begunstigen, doch zorg te dragen voor een door mededinging tussen fabrikanten bevorderde *bevoorrading* van de detailhandel, zodat verplichtingen voor een groothandelaar die zijn vrijheid in dat opzicht begrenzen, beperkingen van de mededinging vormen;

dat deze onjuiste opvatting niettemin geen ongeldigheid van de litigieuze beschikking meebrengt, nu blijkt dat de verplichting tot deelname aan de uitbreiding van het SABA-verkoopnet in feite samenvalt met de in de samenwerkingsovereenkomst genoemde verplichtingen die de Commissie heeft aangemerkt als een beperking van de mededinging welke alleen toelaatbaar is in het kader van artikel 85, lid 3;

dat derhalve moet worden onderzocht of aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan;

41 Overwegende dat in de tussen SABA en de groothandelaar te sluiten „samenwerkingsovereenkomst" zijn voorzien:

1. op SABA rustende verplichtingen van algemene aard (overleg met groepen SABA-groothandelaren over vraagstukken die van belang zijn voor de wederzijdse handelsbetrekkingen, technische voorlichting, financiële samenwerking);

2. op SABA rustende verplichtingen van specifieke aard (samenwerking op reclamegebied, vergoeding van onder garantie verrichte werkzaamheden);

3. wederzijdse verplichtingen met betrekking tot de leverantieovereenkomsten;

dat deze zelfde overeenkomst voorts voor de SABA-groothandelaren de verplichting meebrengt tevoren over ten minste zes maanden met SABA leverantieovereenkomsten te sluiten betreffende een kwantum produkten, waarbij op een voor beide partijen redelijke wijze rekening wordt gehouden met de vermoedelijke groei van de binnenlandse markt voor elektronika voor ontspanningsdoeleinden, alsmede de verplichting een opslagplaats aan te houden;

dat SABA-groothandelaren zich bovendien verplichten een redelijke omzet (ein angemessener Umsatz) in SABA-apparaten te behalen;

dat SABA zich harerzijds verbindt de groothandelaren een jaarlijkse naar de netto factuurwaarde berekende premie te betalen, waarvan het bedrag varieert van 0 tot 2 %, naar mate de in de leverantieovereenkomst aangegane verplichtingen zijn gerealiseerd;

dat naast deze „premie" bovendien jaarlijks een dispositiepremie wordt toegekend bij aanvaarding van de leveringsvoorstellen van SABA voor 100 % of meer dan 95 %, wanneer de op deze voorstellen gebaseerde overeenkomst is nagekomen;

42 Overwegende dat artikel 85, lid 3, de verlening van een ontheffing van het verbod van artikel 85, lid 1, afhankelijk stelt van de voorwaarde 1) dat de overeenkomst bijdraagt tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruit-

gang; 2) dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt; 3) dat geen beperkingen worden opgelegd welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn; 4) dat aan de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid wordt gegeven voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen;

43 Overwegende ten aanzien van de eerste van bovengenoemde voorwaarden, dat de sluiting van leverantieovereenkomsten voor een periode van zes maanden, rekening houdende met de vermoedelijke groei van de markt, het mogelijk moet maken een zekere stabiliteit te bereiken bij de levering van de betrokken produkten — met als gevolg dat beter tegemoet kan worden gekomen aan de behoeften van degenen die hun produkten betrekken van de groothandelaar — en daarnaast, wegens de betrekkelijk korte looptijd van de leverantieovereenkomsten, een zodanige soepelheid dat de produktie kan worden aangepast aan de wisselende behoeften van de markt;

dat aldus meer regelmaat bij de verkoop wordt verzekerd, die zowel ten goede komt aan de fabrikant, die deelneemt aan de voorziene uitbreiding van de markt voor het betrokken produkt, als aan de groothandelaar, die zijn leveranties gewaarborgd ziet, en ten slotte aan de bedrijven die hun produkten betrekken bij de groothandelaar, daar het assortiment der beschikbare produkten wordt vergroot;

dat een andere verbetering van de verkoop voortvloeit uit de clausule in de samenwerkingsovereenkomst waarin SABA wordt verplicht de groothandelaren onder garantie verrichte werkzaamheden te vergoeden en de onderdelen te leveren die nodig zijn om reparaties onder garantie uit te voeren;

dat voorts het aangaan van leverantieovereenkomsten over een redelijke termijn voor het behoud van de werkgelegenheid een stabiliserende factor is die, in het kader van de verbetering van de algemene produktievoorwaarden, met name in een ongunstige economische conjunctuur, valt binnen de doelstellingen die met artikel 85, lid 3, kunnen worden nagestreefd;

44 Overwegende dat in de tweede plaats moet worden onderzocht of de beperkingen, die in de samenwerkingsovereenkomst aan de groothandelaren zijn opgelegd, onmisbaar zijn ter bereiking van de gestelde doelen;

45 Overwegende dat zonder verplichtingen die zich uitstrekken over een zekere tijdsduur de zakenrelaties tussen fabrikanten en erkende groothandelaren

slecht kunnen ontstaan in de vorm van indicidentele relaties die niet de mogelijkheid bieden de stabiliteit te bereiken die noodzakelijk is om de gespecialiseerde groothandelaren en de fabrikanten in staat te stellen de andere verplichtingen aan te gaan die een verbeterde levering verzekeren;

dat de Commissie, door aan te nemen dat de samenwerkingsovereenkomst binnen de grenzen van het noodzakelijke bleef door de geldigheidsduur van de leveringsovereenkomst te beperken tot zes maanden, niet kennelijk haar beoordelingsvrijheid terzake heeft overschreden;

46 Overwegende dat volgens artikel 85, lid 3, overeenkomsten die de mededinging beperken, om voor een ontheffing in aanmerking te komen, niet slechts moeten bijdragen tot verbetering van de verdeling der produkten, doch ook een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede moeten laten komen;

47 Overwegende dat volgens de litigieuze beschikking de leveringsvoorwaarden die voor de groothandelaren uit de samenwerkingsovereenkomst voortvloeien van dien aard zijn dat zij de gebruikers rechtstreeks ten goede komen, daar zij een continue bevoorrading verzekeren alsmede een breder aanbod van de detailhandelaren aan de particuliere eindgebruikers;

dat bovendien de felle concurrentie in de sector elektronika voor ontspanningsdoeleinden voldoende pressie op de betrokkenen zou uitoefenen om SABA en de groothandelaren te dwingen de voordelen van de rationalisatie der produktie en distributie voortvloeiende uit de samenwerkingsovereenkomsten ten goede te laten komen aan de gebruikers;

48 Overwegende dat een regelmatige bevoorrading in casu voor de gebruikers een voordeel oplevert dat voldoende is om te worden beschouwd als een billijk aandeel in het voordeel dat voortvloeit uit de verbeteringen ten gevolge van de concurrentiebeperking die door de Commissie is toegestaan;

dat ook al is het twijfelachtig of de veronderstelling dat de concurrentiedruk op SABA en de groothandelaren voldoende zal zijn om een deel van het voordeel dat voortvloeit uit de rationalisatie van het verkoopnet ten goede te doen komen aan de gebruikers, kan worden geacht te voldoen aan de eis op dit punt van artikel 85, lid 3, de verlening van de ontheffing in casu genoegzaam gerechtvaardigd kan worden geacht door het voordeel dat de gebruikers hebben bij een verbeterde voorziening;

49 Overwegende dat ten slotte moet worden onderzocht of de verplichtingen in de samenwerkingsovereenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen,

50 Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat aan de voorwaarden die door SABA worden gesteld aan de erkenning als groothandelaar, grotendeels zonder bezwaren door de groothandel met zelfbediening kan worden voldaan;

dat hoewel de afnameplannen die de groothandelaar in de samenwerkingsovereenkomst moet aangaan naar alle waarschijnlijkheid een vreemd element vormen in de bij dit verkoopkanaal gebruikelijke methodes, toch niet blijkt dat de Commissie, door voor de bijzondere sector elektronika voor ontspanningsdoeleinden tegen elkaar af te wegen de noodzaak van samenwerkingsovereenkomsten ter verzekering van voldoende samenhang van het SABA-verkoopnet, met name ten aanzien van de gespecialiseerde groothandelaren, enerzijds, en de onoverwinnelijke moeilijkheden die daaruit voor de groothandelaren met zelfbediening voortvloeien, anderzijds, en door voorrang aan eerstgenoemde noodzaak te geven, haar beoordelingsvrijheid terzake heeft overschreden;

dat dit anders zou kunnen zijn wanneer de groothandelaren met zelfbediening — met name door een toeneming van het aantal selectieve verkoopnetten van soortgelijke inhoud als het SABA-verkoopnet — als verkopers in de sector elektronika voor ontspanningsdoeleinden daadwerkelijk zouden worden uitgeschakeld;

dat uit bovenstaande overwegingen echter blijkt dat dit niet het geval was op het tijdstip waarop de litigieuze beschikking werd genomen;

dat deze beschikking derhalve niet kennelijk berust op een verkeerde beoordeling van de economische omstandigheden die bepalend zijn voor de mededinging in de betrokken sector;

51 dat het beroep dus moet worden verworpen;

Ten aanzien van de kosten

52 Overwegende dat ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden verwezen;

dat de tweede alinea van genoemd artikel 69, paragraaf 2, bepaalt dat, indien meerdere partijen in het ongelijk zijn gesteld, het Hof het door ieder van haar te dragen deel der proceskosten bepaalt;

dat verzoekster in het ongelijk gesteld is en in de kosten moet worden verwezen, terwijl de interveniërende partij SB-Verband de door haar interventie veroorzaakte kosten zal hebben te dragen;

HET HOF VAN JUSTITIE

recht doende:

1. **verwerpt het beroep.**
2. **verstaat dat de interveniërende partij SB-Verband de door haar interventie veroorzaakte kosten zal dragen.**
3. **verwijst verzoekster in de overige kosten.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op vijfentwintig oktober negentienhonderdzevenenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 9 JUNI 1977 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De zaak waarin ik heden heb te concluderen, gaat over een beschikking welke de Commissie op grond van artikel 85 EEG-Verdrag heeft gegeven met betrekking tot een verkoopsysteem dat door Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer Söhne GmbH (hierna te

1 — Vertaald uit het Duits.