zeugnisse innehaben und ob die Vereinbarung für sich allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist. Das Bestehen gleichartiger Verträge muß zwar nicht ausschlaggebend sein, es stellt aber einen Sachverhalt dar, der gemeinsam mit anderen eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang die Vereinbarung bei ihrer Beurteilung betrachtet werden muß.

In der Rechtssache 99/79

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag von der Ersten Kammer der Arrondissementsrechtbank Haarlem in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit

1. SA LANCÔME, Paris,

2. COSPARFRANCE NEDERLAND BV, Weesp,

gegen

1. ETOS BV, Zaandam,

2. ALBERT HEYN SUPERMART BV, Zaandam,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 85 des Vertrages und einiger Durchführungsbestimungen zu dieser Vorschrift

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten A. O'Keeffe und A. Touffait, der Richter J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, G. Bosco, T. Koopmans und O. Due,

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Die SA Lancôme, Paris, produziert und vertreibt unter der Marke Lancôme Parfümerieartikel, Schönheitsmittel sowie Toilettenartikel. Cosparfrance Nederland BV ist eine Tochtergesellschaft von Lancôme, die die Lancôme-Erzeugnisse in den Niederlanden vertreibt.

2. Für den Vertrieb ihrer Erzeugnisse hat Lancôme eine selektive Verkaufsorganisation errichtet, die sich über die gesamte EWG erstreckt und die insbesondere auf Alleinvertriebsvereinbarungen, die sie mit den von ihr in den verschiedenen EWG-Mitgliedstaaten ernannten Generalvertretern geschlossen hat, sowie auf Verkaufsvereinbarungen beruht, die zwischen Lancôme und in Frankreich ansässigen Einzelhändlern geschlossen werden. Lancôme meldete am 30. Januar 1963 einen Mustervertrag über den Alleinvertrieb bei der Kommission an, der mit ihren Generalvertretern für Deutschland, Italien, die Niederlande, Belgien und Luxemburg geschlossen wurde. Später teilte Lancôme der Kommission auch die Vereinbarungen mit, die zwischen ihren Generalvertretern oder Tochtergesellschaften und den jeweiligen zugelassenen Wiederverkäufern getroffen wurden.

3. Nachdem die Kommission am 27. April 1972 das Verfahren eingeleitet hatte, richtete sie am 24. Juli 1972 eine Mitteilung von Beschwerdepunkten an Lancôme. Im Anschluß an diese Mitteilung änderte Lancôme ihre Verträge, um den Handel zwischen den zugelassenen Lancôme-Einzelhändlern in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu ermöglichen und um zu verhindern, daß die auf diese Weise ein- oder ausgeführten Lancôme-Artikel dem in einigen Mitgliedstaaten angewandten Preisbindungssystem unterliegen. Der Generaldirektor für Wettbewerb sandte deshalb am 16. Dezember 1974 an Lancôme folgendes Schreiben:

„Betrifft: Verfahren Nr. IV/19.552 — Verkaufsorganisation Lancôme

Sehr geehrte Herren,

die SA Lancôme hat in Frankreich und den anderen EWG-Ländern ein selektives Vertriebsnetz errichtet, das durch eine begrenzte Zahl zugelassener Einzelhändler gekennzeichnet ist.

Diese Verkaufsorganisation beruht auf einem Mustervertrag über den Alleinvertrieb, den Lancôme mit ihren Generalvertretern in den einzelnen EWG-Ländern schließt, sowie auf einheitlichen Vertriebsverträgen, die die Generalvertreter und Lancôme mit ihren zugelassenen Einzelhändlern in ihrem jeweiligen Vertragsgebiet schließen.

Der Mustervertrag über den Alleinvertrieb sowie die einheitlichen Vertriebsverträge enthielten Bestimmungen, die von der Kommission als unvereinbar mit Artikel 85 des Vertrages von Rom angesehen wurden. Es handelte sich insbesondere um Bestimmungen, welche die zugelassenen Einzelhändler daran hindern sollten, Lancôme-Erzeugnisse bei zugelassenen Generalvertretern oder Einzelhändlern der anderen EWG-Länder einzukaufen oder an diese weiterzuver-

kaufen, sowie um die ihnen auferlegte Verpflichtung, die Preisbindung auch bei den Lancôme-Erzeugnissen zu beachten, die sie im Gemeinsamen Markt reimportierten oder -exportierten. Deshalb sind Ihrer Gesellschaft am 24. Juli 1972 gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 Beschwerdepunkte mitgeteilt worden. Aufgrund dieser Mitteilung hat Ihre Gesellschaft die Verträge über ihre Verkaufsorganisation in der EWG dahin geändert, daß es den zugelassenen Einzelhändlern künftig freisteht, Lancôme-Erzeugnisse an jeden zugelassenen Generalvertreter oder Einzelhändler in der EWG weiterzuverkaufen oder von ihnen Lancôme-Erzeugnisse zu beziehen; handelt es sich um Erzeugnisse, die aus anderen Ländern des Gemeinsamen Marktes reimportiert oder in solche reexportiert wurden, so setzen sie ihre Preise selbst fest.

Ich beehre mich, Ihnen mitzuteilen, daß die Kommission unter diesen Umständen angesichts des geringen Anteils, den Ihre Gesellschaft in den einzelnen EWG-Ländern am Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel besitzt, sowie im Hinblick auf die beträchtliche Zahl von Konkurrenzunternehmen vergleichbarer Größe auf diesem Markt und weil die finanziellen Bindungen, die zwischen Ihrer Gesellschaft und der Gruppe L'Oréal bestehen, im vorliegenden Fall nicht geeignet sind, das Umsatzvolumen bei den fraglichen Erzeugnissen zu beeinflussen, nach den ihr bekannten Tatsachen keinen Anlaß mehr sieht, gegen die vorerwähnten Verträge nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages von Rom einzuschreiten. Das Verfahren kann daher eingestellt werden.

Ich weise Sie jedoch darauf hin, daß die Kommission aufmerksam darüber wachen wird, daß die Zulassung oder der Ausschluß von qualifizierten Einzelhändlern in Ihrem selektiven Vertriebssystem nicht willkürlich gehandhabt und nicht auf Umwegen dazu benutzt wird, den freien Warenaustausch zwischen den zugelassenen Verteilern zu vereiteln.

Mit vorzüglicher Hochachtung

W. Schlieder"

4. Die Gruppe Ahold NV, zu der Etos BV und Albert Heyn Supermart BV, die Beklagten des Ausgangsverfahrens, gehören, kontrolliert eine umfangreiche Kette von Einzelhandelsgeschäften in den Niederlanden, hauptsächlich im Sektor für Lebensmittel und Massenverbrauchsgüter. Etos betreibt zur Zeit 59 Drogerien in den Niederlanden aufgrund einer Verkaufsform zu Zwischenhandelspreisen und verkauft auf diesem Wege eine Reihe von Erzeugnissen, unter anderem Drogerieartikel, pharmazeutische Produkte, Schönheitsartikel und Parfüms.

Vor ihrer Aufnahme in die Gruppe Albert Heyn (seitdem: Ahold) hatte Etos mit Cosparfrance Verträge geschlossen, wonach mehrere von Etos betriebene Geschäfte als Alleinvertretungen für Lancôme-Artikel zugelassen wurden. Diese Verträge endeten am 20. Oktober 1975.

Die Beklagten des Ausgangsverfahrens verlangten von Cosparfrance die Lieferung von Lancôme-Artikeln an alle ihre Etos-Drogerien und Etos-„Discountdrugstores"; Cosparfrance lehnte dies jedoch mit der Begründung ab, daß die „Discountdrugstores" nicht ihren qualitativen Maßstäben entsprächen und die Belieferung aller bezeichneten Geschäfte außerdem ihrem selektiven Vertriebssystem zuwiderlaufe.

Die Beklagten des Ausgangsverfahrens verkauften gleichwohl Lancôme-Erzeugnisse zu niedrigeren Preisen, als die niederländischen Alleinvertreter zu berechnen haben.

5. Lancôme und Cosparfrance, die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, verklagten Albert Heyn Supermarkt und Etos vor der Arrondissementsrechtbank Haarlem, um ihnen zu verbieten, Lancôme-Artikel in den von ihnen betriebenen, nicht als Alleinvertretungen für Lancôme-Artikel zugelassenen Geschäften zu verkaufen, und um Ersatz für den ihnen durch diese Verkäufe entstandenen Schaden zu erlangen.

Zur Begründung ihrer Anträge trugen Lancôme und Cosparfrance vor, die Beklagten machten sich dadurch einer unrechtmäßigen Handlung gegen sie schuldig, daß sie ihre Verkaufsorganisation störten und unterminierten, insbesondere indem sie die zugelassenen Alleinvertreter dazu veranlaßten, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu verletzen.

6. Die Beklagten machten zu ihrer Verteidigung geltend, die Verkaufsorganisation der Klägerinnen sei wegen Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages teilweise nichtig. Sie behaupteten außerdem, das erwähnte Schreiben vom 16. Dezember 1974 gebe nur die Ansicht eines Dienststellenleiters wieder, die die Kommission nicht binde.

7. In Anbetracht der zwischen den Parteien entstandenen Meinungsverschiedenheiten über die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf den speziellen Fall hat das vorlegende Gericht mit Urteil vom 19. Juni 1979 folgendes Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof gerichtet:

„Einerseits davon ausgehend,

(1) daß ein Unternehmen für den Absatz seiner Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel in der EWG ein selektives Vertriebssystem anwendet,

(2) daß die Vereinbarungen, auf denen dieses selektive Vertriebssystem beruht, bereits zur Zeit des Inkrafttretens der EWG-Verordnung Nr. 17 bestanden haben und rechtzeitig gemäß Artikel 5 Absatz 1 dieser Verordnung unter Verwendung des Formulares B bei der Kommission angemeldet worden sind,

(3) daß an diesen Vereinbarungen die von der Komission in ihrem Vierten Bericht über die Wettbewerbspolitik, Nr. 94, genannten Änderungen vorgenommen worden sind,

(4) daß der Generaldirektor für Wettbewerb am 16. Dezember 1974 an dieses Unternehmen ein Schreiben gerichtet hat, wegen dessen Inhalt auf die Entscheidungsgründe des vorliegenden Urteils verwiesen wird,

(5) daß auch die meisten (wenn nicht alle) anderen Unternehmen des Parfümeriesektors selektive Vertriebssysteme für den Verkauf ihrer „Prestigererzeugnisse" anwenden, wie es von der Kommission in ihrem Fünften Bericht über die Wettbewerbspolitik, Nrn. 57 bis 59, beschrieben wird,

(6) daß die in Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Veröffentlichung nicht stattgefunden hat,

andererseits dahingestellt sein lassend, ob die nachstehend unter a und/oder b der Frage 3 erwähnten Umstände gegeben sind,

ersucht den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um Entscheidung über folgende Fragen:

1. Welchen Charakter hat das unter (4) genannte Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb namentlich in folgender Hinsicht:

   1.1. Gilt es als Erklärung, daß die Kommission Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht als anwend-

bar auf die Vereinbarungen betrachtet, an denen die unter (3) genannten Änderungen vorgenommen worden sind?

1.2. Gilt es als Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag?

1.3. Hat es Wirkung gegenüber Dritten?

1.4. Beendet es die vorläufige Gültigkeit alter, rechtzeitig angemeldeter Vereinbarungen?

2. Ist es möglich, daß die Vereinbarungen, an denen die unter (3) genannten Änderungen vorgenommen worden sind, aufgrund des verhältnismäßig bescheidenen Marktanteils des unter (1) bezeichneten Unternehmens nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen, ungeachtet

2.1. der Tatsche, daß sie Bestimmungen enthalten, die einerseits eine Auswahl sogenannter zugelassener Einzelhändler und andererseits ein Verbot der Lieferung an andere als Verbraucher oder zugelassene Einzelhändler vorsehen,

2.2. der Tatsache, daß auch die Konkurrenten des unter (1) bezeichneten Unternehmens einen selektiven Vertrieb anwenden,

2.3. der Tatsache, daß ein selektiver Vertrieb bisher nur aufgrund einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 möglich schien?

3. Wenn die Kommission einem Unternehmen eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag für die Anwendung eines selektiven Vertriebssystems gewährt hat, wird dann diese Freistellung hinfällig, falls sich herausstellt,

a) daß sich das betreffende Unternehmen nicht an die von der Kommission an die Freistellung geknüpften Bedingungen und Verpflichtungen hält

und/oder

b) daß in der Praxis die fraglichen Erzeugnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes von Groß- und Einzelhändlern angeboten werden, die nicht durch das betreffende Unternehmen ausgewählt worden sind?"

8. Das Vorlagenurteil ist am 21. Juni 1979 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt W. Alexander, zugelassen in Den Haag, die Beklagten des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt D. J. Gijlstra, zugelassen in Amsterdam, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater J. Temple Lang und das Mitglied ihres Juristischen Dienstes J.-F. Verstrynge als Bevollmächtigte, haben nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG schriftliche Erklärungen eingereicht.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes eingereichte schriftliche Erklärungen

A — Erklärungen der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens beschreiben in ihren einleitenden Bemerkungen kurz die besonderen Merkmale

der in Rede stehenden Erzeugnisse. Sie betonen vor allem, wie wichtig die Kontrolle der Bedingungen sei, unter denen Prestigeerzeugnisse wie die Lancôme-Produkte dem Publikum angeboten würden. Es sei insbesondere darauf zu achten, daß nur völlig frische Erzeugnisse ausgestellt und zum Verkauf angeboten würden, daß stets das gesamte Warenprogramm (einschließlich der weniger oft verkauften Nuancen) auf Lager sei, daß der Kunde durch qualifiziertes Personal beraten werden könne und daß das Geschäft keine Ware verkaufe oder Werbung betreibe, die dem Luxuscharakter und dem Markenimage des Erzeugnisses schaden könne. Ein Hersteller könne die Faktoren, von denen die Gunst des speziellen Publikums abhänge, an das sich die Prestigeerzeugnisse richteten, nur auf Kosten eines Verlustes an Kundschaft außer acht lassen. Dies sei der Grund, weshalb die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens nur bereit seien, ihre Erzeugnisse auf dem Wege über ausgewählte Einzelhändler zu verkaufen, die einwilligen, Verpflichtungen in bezug auf den Verkauf und die Darbietung der betreffenden Erzeugnisse einzuhalten.

Nach einer kurzen Schilderung des dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalts und des von der Kommission im Hinblick auf das Vertriebssystem Lancôme angewandte Verwaltungsverfahren geben die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens folgende Erklärungen zu den drei Fragen des vorlegenden Gerichts ab:

Zur ersten Frage

Zunächst sei hervorzuheben, daß das an Lancôme gerichtete Schreiben vom 16. Dezember 1974 die Ansicht der Kommission und nicht nur die eines Dienststellenleiters wiedergebe; dies gehe klar aus den Nrn. 93 bis 97 des Vierten Berichtes der Kommission über die Wettbewerbspolitik hervor.

Die fehlende Veröffentlichung nach Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17, die Unterschrift des Generaldirektors für Wettbewerb und die fehlende (traditionelle) Veröffentlichung im Sinne von Artikel 21 der Verordnung Nr. 17 zeigten, daß die Kommission das Schreiben vom 16. Dezember 1974 selbst nicht als eine Entscheidung gemäß Artikel 2 oder Artikel 6 der Verordnung Nr. 17 angesehen habe. Ein solches Schreiben könne jedoch nach dem Urteil *CBR* (Slg. 1967, 99) gleichwohl eine Entscheidung darstellen, wenn es eine Maßnahme enthalte, die die Interesssen des Unternehmens dadurch berühre, daß sie seine Rechtsposition erheblich ändere. Es sei zu betonen, daß das genannte Schreiben bei Lancôme das berechtigte Vertrauen darauf erweckt habe, daß die fraglichen Vereinbarungen mit Artikel 85 vereinbar seien und daß sich Lancôme bemüht habe, ein Vertriebssystem aufrechtzuerhalten, das mit den von der Kommission gebilligten Grundsätzen in Einklang stehe. In bezug auf die Frage, ob dieses Schreiben eine Entscheidung darstellt, schließen sich die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens den hierzu von den Gesellschaften Parfums Rochas und Estée Lauder in den Rechtssachen 2/79 und 37/79 vorgetragenen Argumenten an.

Aufgrund der von diesen beiden Gesellschaften dargelegten Argumente tragen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens außerdem vor, das erwähnte Schreiben stelle eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages dar. Falls der Gerichtshof anders entscheide, könne dieses Schreiben nur als Anwendung von Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 betrachtet werden. Die Rechtssicherheit verlange, daß eine solche Entscheidung ihre Wirkung auch gegenüber Dritten entfalte, solange sie nicht aufgehoben oder für ungültig erklärt worden sei. Eine derartige Entscheidung wandele die vorläufige

Gültigkeit der rechtzeitig angemeldeten alten Vereinbarungen in eine definitive Gültigkeit um.

Hilfsweise, falls der Gerichtshof die Ansicht nicht teilen sollte, daß das Schreiben vom 16. Dezember 1974 eine Entscheidung darstellt, machen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens geltend, in diesem Fall sei das Verfahren betreffend den Erlaß einer günstigen Entscheidung gegenüber den Lancôme-Vereinbarungen noch nicht abgeschlossen. Da die Kommission noch keine endgültige Entscheidung aufgrund der Verordnung Nr. 17 erlassen habe, habe das besagte Schreiben die vorläufige Gültigkeit der ordnungsgemäß angemeldeten alten Vereinbarungen nicht beendet (Rechtssache 59/77, *De Boos/Bouyer*, Slg. 1977, 2372).

Zur zweiten Frage

Die vom vorlegenden Gericht in dieser Frage genannten Umstände könnten Anzeichen für die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 sein. Gehe man davon aus, daß das Schreiben vom 16. Dezember 1974 keine Freistellungsentscheidung sei, müsse man zu dem Schluß gelangen, daß die Kommission im Hinblick auf die beträchtliche Zahl von Konkurrenzunternehmen vergleichbarer Größe auf dem Markt und angesichts der an den Verträgen vorgenommenen Änderungen der Auffassung gewesen sei, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 nicht erfüllt seien. Erweise sich diese Beurteilung der Verträge und des wirtschaftlichen Zusammenhangs als irrig, so erfülle das Verkaufssystem Lancôme aber jedenfalls die für die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erforderlichen Voraussetzungen. Auf jeden Fall komme dem Verkaufssystem von Lancôme weiterhin vorläufige Gültigkeit zu, bis die Kommission eine solche Entscheidung erlasse.

Zur dritten Frage

Die dritte Frage beruhe auf Behauptungen der Beklagten des Ausgangsverfahrens, deren Richtigkeit das vorlegende Gericht nicht selbst festgestellt habe. Insoweit bemerken die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, es sei unvermeidlich, daß sich unter den 10 000 zugelassenen Lancôme-Einzelhändlern in der Gemeinschaft einige befänden, die sich dazu verleiten ließen, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu verletzen. Sobald sie entdeckt seien, würden sie nicht mehr beliefert. Was die Dritten angehe, die von solchen Verstößen gegen die Vertragspflichten profitierten, so sehe sich Lancôme gezwungen, Prioritäten zu setzen, bevor sie darüber entscheide, gegen wen gerichtliche Schritte unternommen werden sollten. Etos unterscheide sich dadurch von den anderen nicht an das Netz angeschlossenen Händlern, daß sie die selektive Verkaufsorganisation von Lancôme schrittweise untergraben habe, indem sie Lancôme-Erzeugnisse außerhalb der Etos-Geschäfte verkauft habe, die ursprünglich von Lancôme zugelassen worden seien. Außerdem zeichne sich Etos durch ihre in großem Stil betriebenen systematischen und aggressiven Angriffe gegen die Verkaufsorganisation Lancôme aus. Nichts deute darauf hin, daß die einem Unternehmen gewährte Freistellung hinfällig werde, wenn sich herausstelle, daß die betreffenden Erzeugnisse von Groß- und Einzelhändlern angeboten würden, die durch das betreffende Unternehmen nicht zugelassen seien. Eine solche Behauptung sei heuchlerisch seitens eines Unternehmens, das es sich angelegen sein lasse, in das besagte Verkaufsnetz einzubrechen. Auf jeden Fall seien die Folgen der etwaigen Nichteinhaltung der Bedingungen, die an die Freistellung geknüpft seien, in Artikel 8 Absatz 3 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 geregelt, der die Kommission er-

mächtige, ihre Entscheidung zu widerrufen oder zu ändern.

Abschließend schlagen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens vor, die erste Vorabentscheidungsfrage wie folgt zu beantworten:

„1. Das zitierte Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb vom 16. Dezember 1974 stellt eine Entscheidung dar, mit der die Kommission

1.1. Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag auf die Verträge angewandt hat, an denen die von ihr angegebenen Veränderungen vorgenommen worden sind;

1.2. (hilfsweise) erklärt hat, daß Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht auf die Verträge anwendbar ist, an denen die von ihr angegebenen Änderungen vorgenommen worden sind.

1.3. Diese Entscheidung hat volle Wirkung gegenüber Dritten, solange sie nicht aufgehoben oder für ungültig erklärt worden ist.

1.4. Diese Entscheidung hat die vorläufige Gültigkeit der alten, rechtzeitig angemeldeten Vereinbarungen in eine definitive Gültigkeit umgewandelt."

Falls der Ansicht, wonach das zitierte Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb eine Entscheidung darstellt, nicht zugestimmt wird, schlagen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens vor, die erste Frage des Haarlemer Gerichts wie folgt zu beantworten:

„1. Das zitierte Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb vom 16. Dezember 1974 stellt keine Entscheidung dar, mit der die Kommission

1.1. endgültig erklärt hat, daß Artikel 85 EWG-Vertrag nicht auf die Vereinbarungen anwendbar ist, an denen die von ihr angegebenen Änderungen vorgenommen worden sind;

1.2. Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag angewandt hat;

1.3. Dritten die Möglichkeit genommen hat, die Kommission auf Umstände hinzuweisen, die dem Erlaß einer günstigen Entscheidung im Hinblick auf diese Vereinbarungen entgegenstehen,

oder

1.4. die Verpflichtung der Gerichte, vor denen ein Rechtsstreit über eine ordnungsgemäß angemeldete oder von der Anmeldung befreite alte Vereinbarung anhängig ist, aufgehoben hat, dieser Vereinbarung die nach dem anwendbaren Recht mit ihr verbundenen Rechtswirkungen zuzuerkennen, ohne daß diese Wirkungen in Zweifel gezogen werden könnten, etwa weil ihre Vereinbarkeit mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag bestritten wird."

Falls noch eine Antwort auf die Fragen 2 und/oder 3 des Haarlemer Gerichts erforderlich sei, schlagen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens vor, diese wie folgt zu formulieren:

„2. Sind die Vereinbarungen, durch die ein Unternehmen zugelassene Einzelhändler für den Verkauf seiner Erzeugnisse auswählt und die Lieferung an andere als Verbraucher oder zugelassene Einzelhändler verbietet, nicht aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag freigestellt, so können sie gleichwohl dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag entgehen, auch wenn die Konkurrenten dieses Unternehmens

ebenfalls einen selektiven Vertrieb anwenden, falls sich herausstellt, daß die Konkurrenzunternehmen auf dem Markt ziemlich zahlreich und von vergleichbarer Größe sind und daß diese Vereinbarungen die Wiederausfuhr und -einfuhr durch zugelassene Händler innerhalb des Gemeinsamen Marktes nicht verhindern.

3. Weder die Nichteinhaltung der Bedingungen und Auflagen, die die Kommission an die Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag geknüpft hat, noch die Tatsache, daß die fraglichen Erzeugnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes von Groß- und Einzelhändlern angeboten werden, die nicht durch das betreffende Unternehmen ausgewählt worden sind, ist geeignet, eine solche Freistellung für selektive Vertriebsvereinbarungen hinfällig zu machen."

B — Erklärungen der Beklagten des Ausgangsverfahrens

Nachdem die Beklagten des Ausgangsverfahrens den dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Sachverhalt und die besonderen Merkmale des in Rede stehenden Marktes beschrieben haben, geben sie folgende Erklärungen zu den Fragen des vorlegenden Gerichts ab:

Zur ersten Frage

Die Beklagten des Ausgangsverfahrens tragen unter Bezugnahme auf die Urteile des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 23, 24 und 52/63 (Slg. 1963, 467), in den verbundenen Rechtssachen 53 und 54/63 (Slg. 1963, 517), in der Rechtssache 54/65 (Slg. 1966, 529) und in den verbundenen Rechtssachen 8 bis 11/66 (Slg. 1967, 99) vor, das Schreiben vom 16. Dezember 1974 weise keines der Kennzeichen auf, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Entscheidung ausmachten. Dieses Schreiben könne a fortiori auch nicht als ein Negativattest oder als eine Freistellung angesehen werden; hierzu sei zu bemerken, daß im vorliegenden Fall jedenfalls die in der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Veröffentlichungsbedingungen für den Erlaß derartiger Maßnahmen nicht eingehalten worden seien. Das Schreiben vom 16. Dezember 1974 sei demnach nicht mehr als die Wiedergabe der Ansicht eines Dienststellenleiters, die die Kommission nicht binde. Lancôme könne sich Dritten gegenüber nicht auf dieses Schreiben berufen, um zu behaupten, daß ihr selektives Vertriebssystem von der Kommission genehmigt worden sei.

Die Beklagten des Ausgangsverfahrens kritisieren sodann die informelle Lösung, die die Kommission auf dem Parfümeriesektor angewandt habe. Es gebe einen spezifischen Weg, der es der Kommission erlaube, eine einheitliche Lösung für einen Wirtschaftssektor innerhalb der Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft auszuarbeiten. Es handele sich um die im Verordnungswege gewährte Gruppenfreistellung, die Garantien für Dritte (vorherige Veröffentlichung, Möglichkeit der Abgabe von Erklärungen) mit sich bringe. Die Kommission gerate mit der Gemeischaftsrechtsordnung in Konflikt, wenn sie auf einen Antrag auf Erteilung eines Negativattests oder einer Freistellung mit einem offiziösen Schreiben reagiere, durch das sie nicht gebunden werde. Die Kommission sei in jedem Fall zum Erlaß einer formellen Entscheidung verpflichtet, um die Vorschriften der Verordnung Nr. 17 einzuhalten.

Falls das Schreiben vom 16. Dezember 1974 keine Entscheidung sei, stelle sich die Frage der vorläufigen Gültigkeit. Die Beklagten meinen jedoch, daß dem Vertriebssystem Lancôme aus folgenden Gründen keine vorläufige Gültigkeit zukommen könne:

1. Lancôme habe im Oktober 1977 mit einem Vertriebshändler im Vereinigten Königreich eine Vereinbarung getroffen, die Bestimmungen enthalte, welche nicht durch die Anmeldung von 1963 gedeckt seien (Verpflichtung des Vertriebshändlers, Lancôme vorher zu den Ausfuhrpreisen zu befragen). Ebenso enthalte der zwischen dem britischen Vertriebshändler und den Einzelhändlern geschlossene Mustervertrag Bestimmungen, die durch diese Anmeldung nicht gedeckt seien (Verpflichtung, die Listenpreise sowohl beim Verkauf als auch beim Weiterverkauf einzuhalten; Preisdiskriminierungsklausel). Die Existenz dieser Bestimmungen beeinträchtige die vorläufige Gültigkeit des gesamten Vertriebssystems.

2. Das Verkaufssystem Lancôme sei nach der Anmeldung in wichtigen Punkten geändert worden.

3. Es sei unbillig, wenn die Gültigkeit des Vertriebssystems so lange nicht angefochten werden könne, wie die Kommission keine formelle Entscheidung erlassen habe. Der Erlaß einer solchen Entscheidung sei wenig wahrscheinlich, da die Kommission erklärt habe, die an die Unternehmen gerichteten informellen Schreiben hätten es ihr ermöglicht, eine globale Lösung für den gesamten Sektor zu finden.

4. Das Vertriebssystem Lancôme sei nicht „undurchlässig": Etos habe keine Schwierigkeiten gehabt, sich Lancôme-Erzeugnisse in bedeutendem Umfang außerhalb des offiziellen Netzes dieser Gesellschaft zu beschaffen.

Falls der Gerichtshof feststelle, daß die von Lancôme angemeldeten Vereinbarungen noch vorläufig gültig seien, muß nach Ansicht der Beklagten berücksichtigt werden, daß der Schriftwechsel zwischen dieser Gesellschaft und der Kommission als ordnungsgemäße Einleitung eines Verfahrens im Sinne von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 anzusehen sei. Mit Rücksicht auf die verwickelten Umstände dieses Falles müsse das vorlegende Gericht dann das Verfahren bis zu einer Entscheidung der Kommission aussetzen.

Zur zweiten Frage

Diese Frage gehe von einer Untersuchung des Schreibens vom 16. Dezember 1974 aus.

Nach Auffassung der Beklagten enthält dieses Schreiben einen fundamentalen Widerspruch. Seien die betreffenden Unternehmen tatsächlich nicht in der Lage, den Warenaustausch und den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zu beeinträchtigen, so fielen sie nicht in den Geltungsbereich des Artikels 85, und es sei belanglos, ob die von ihnen geschlossenen Vereinbarungen Merkmale (Ein- und Ausfuhrverbot) aufwiesen, die mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar sein könnten. Es stimme außerdem nicht, daß die besagten Vereinbarungen von geringer Bedeutung seien, da der Umsatz von Lancôme und der Gruppe L'Oréal, zu der diese Firma gehöre, weit über den von der Kommission in ihrer Bekanntmachung vom 19. Dezember 1977 genannten Kriterien liege. Ferner sei die kumulative Wirkung der Verkaufssysteme der verschiedenen Parfümerieunternehmen zu berücksichtigen, die dieselbe Form der qualitativen und quantitativen Auswahl der Verkaufsstellen anwendeten.

Schließlich widersprechen die Beklagten der These, wonach im vorliegenden Fall eine anhand qualitativer Kriterien vorgenommene Auswahl der Verkaufsstellen notwendig ist. Die fraglichen Erzeugnisse seien technisch nicht sehr kompliziert, erforderten keinen Kundendienst und könnten durch ein nicht spezialisiertes Personal verkauft werden. Der Um-

fang der von Etos getätigten Verkäufe von Parfümerieartikeln beweise, daß das Publikum diese Luxusartikel gern in einer weniger gehobenen Umgebung und zu vernünftigen Preisen kaufe.

Zur dritten Frage

Die Beklagten erklären, sie würden von den Klägerinnen diskriminiert. Etos habe sich 1974 erfolglos bemüht, von den Klägerinnen eine Liste der objektiven Voraussetzungen zu erhalten, die ihre Parfümerieverkaufsstellen erfüllen müßten, um zugelassen zu werden: Solche Kriterien existierten nicht. Die Beklagten verweisen zur Unterstützung ihrer Ansicht auf Fotografien und tragen vor, die „Luxusatmosphäre" sei bei einer großen Zahl von zugelassenen Alleinvertretern kaum wahrnehmbar. Insbesondere herrsche in den Läden, die auf den Flugplätzen, in den Häfen und an Bord von Schiffen zollfrei verkauften, eine Atmosphäre, wie sie bei den Zwischenhandelsgeschäften gegeben sei; sie böten weder eine qualifizierte Betreuung noch einen Kundendienst und verkauften nicht das vollständige Warenprogramm. Wenn ein Unternehmen, das von der Kommission eine Freistellung erlangt habe, die daran geknüpften Bedingungen nicht einhalte, werde die Freistellung hinfällig.

Dies gelte auch dann, wenn sich — wie im vorliegenden Fall — herausstelle, daß das freigestellte Vertriebssystem nicht „undurchlässig" sei.

Abschließend schlagen die Beklagten des Ausgangsverfahrens vor, die gestellten Fragen wie folgt zu beantworten:

„Erste Frage

Das Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb vom 16. Dezember 1974 ist keine Entscheidung im Sinne von Artikel 189 Absatz 4 EWG-Vertrag; es steht deshalb fest, daß es weder ein Negativattest im Sinne von Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 noch eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EGW-Vertrag begründet.

Das Schreiben ist gegenüber Dritten nicht wirksam.

Aus Gründen der Rechtssicherheit beendet das Schreiben die vorläufige Gültigkeit alter, rechtzeitig angemeldeter Vereinbarungen.

Falls das Schreiben die vorläufige Gültigkeit nicht beendet hat, wird dem vorlegenden Gericht geraten, das Verfahren in der Hauptsache auszusetzen und eine Entscheidung der Europäischen Kommission herbeizuführen, da die Europäische Kommission am 24. Juli 1972 schriftlich ein Verfahren im Sinne von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 gegen Lancôme eingeleitet hat.

Zweite Frage

Ein Vertrag, der den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes nicht spürbar beeinträchtigt, fällt in keinem Fall unter Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag.

Die kumulative Wirkung bestimmter Wettbewerbspraktiken, die, einzeln gesehen, den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigen, ist geeignet, diese Praktiken unter Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen zu lassen.

Der selektive Vertrieb, der mit einer Auswahl der Verkaufsstellen anhand qualitativer Kriterien verbunden ist, kann innerhalb der Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft nur aufgrund einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag zugelassen werden, es sei denn, das betreffende Unternehmen ist nicht imstande, den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beein-

trächtigen. Der selektive Vertrieb, der neben einer Auswahl nach qualitativen Kriterien auch eine Auswahl anhand quantitativer Kriterien mit sich bringt, kann keinesfalls im Rahmen der Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft zugelassen werden, es sei denn, das fragliche Unternehmen ist nicht imstande, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft spürbar zu beeinträchtigen.

Bei der Gewährung einer solchen Freistellung muß die Kommission der kumulativen Wirkung einer großen Zahl in gleicher Weise organisierter Verkaufssysteme innerhalb eines und desselben Wirtschaftssektors Rechnung tragen.

Dritte Frage

Hat die Kommission einem Unternehmen eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 2 für die Anwendung eines selektiven Vertriebssystems gewährt und hält sich das betreffende Unternehmen nicht an die von der Kommission an die Freistellung geknüpften Bedingungen und Auflagen, so wird die von der Kommission gewährte Freistellung in diesem Fall hinfällig.

Es steht fest, daß das System Dritten nicht mehr vor Gericht entgegengehalten werden kann.

Hat die Kommission einem Unternehmen eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag für die Anwendung eines selektiven Vertriebssystems gewährt, so wird diese Freistellung hinfällig, wenn sich herausstellt, daß in der Praxis die fraglichen Erzeugnisse auf dem Gemeinschaftsmarkt von Groß- und Einzelhändlern angeboten werden, die nicht durch das betreffende Unternehmen ausgewählt worden sind. Um innerhalb des Gemeinsamen Marktes gegenüber Dritten wirksam zu sein, muß dieses selektive Vertriebssystem sowohl rechtlich als auch tatsächlich undurchlässig sein."

C — Erklärungen der Kommission

Die Kommission macht zunächst Ausführungen zur Zulässigkeit der Vorabentscheidungsfragen sowie zu der Frage, ob Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 das Recht der staatlichen Gerichte einschränkt, Vorabentscheidungsfragen nach der Auslegung von Artikel 85 Absatz 3 vorzulegen; diese Ausführungen ähneln in ihren Grundzügen denjenigen, die sie in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 gemacht hat. Sie beschreibt sodann — ebenso wie in ihren Erklärungen in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 — ihr Vorgehen in bezug auf die Vertriebsvereinbarungen im Parfümeriesektor.

Zur ersten Frage

Die Kommission bemüht sich, gemäß dem von ihr in ihren Erklärungen in der Rechtssache 37/39 angewandten Schema nachzuweisen, daß dem vom vorgelegenden Gericht in Bezug genommenen Schreiben vom 16. Dezember 1974 mehrere Voraussetzungen fehlten, die erforderlich seien, um es als eine Entscheidung im Sinne von Artikel 189 Absatz 4 des Vertrages ansehen zu können. Was den Gegenstand dieses Schreibens betrifft, so vertritt die Kommission die Auffassung, die darin angestellten Überlegungen ähnelten denjenigen, die sie dann anstelle, wenn sie eine Entscheidung über ein Negativattest treffe. Infolgedessen schlägt die Kommission vor, Nr. 1.1 der Vorabentscheidungsfragen zu bejahen und Nr. 1.2 zu verneinen.

Wie sie bereits in ihren Erklärungen in der Rechtssache 37/79 ausgeführt habe, sei sie der Ansicht, daß derartige Schreiben gegenüber Dritten keine Wirkung hätten und außerdem für die Gerichte der Mitgliedstaaten nicht bindend seien.

Was die Auswirkungen des besagten Schreibens auf die vorläufige Gültigkeit angeht, so verweist die Kommission auf ihre schriftlichen Erklärungen zu diesem Punkt in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79. Sie hebt insbesondere hervor, daß sie während des Ablaufs der Verwaltungsverfahren nichts unternommen habe, was geeignet gewesen sei, den Verträgen, die vorläufig gültig gewesen seien, diese Gültigkeit zu nehmen. Die Unterfrage 1.4 sei somit nicht erheblich. Die Kommission fügt hinzu, im vorliegenden Fall stelle sich die Frage der vorläufigen Gültigkeit nicht, weil die Verträge, nachdem sie auf Verlangen der Kommission durch Lancôme geändert worden seien, nicht mehr in den Geltungsbereich des Artikels 85 des Vertrages fielen. Die von Lancôme geschlossenen Verträge seien daher aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts definitiv in vollem Umfang gültig.

Zur zweiten Frage

Die Kommission vertritt namentlich unter Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache 5/69 *(Völk/Vervaecke,* Slg. 1969, 295) die Ansicht, es sei völlig gerechtfertigt, dem „geringen Anteil, den (Lancôme) in den einzelnen EWG-Ländern am Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikeln besitzt", Rechnung zu tragen, wie es in dem am 16. Dezember 1974 an Lancôme gerichteten Schreiben heiße und wie insbesondere auch vom vorlegenden Gericht erwähnt werde, das diesen Marktanteil „verhältnismäßig bescheiden" nenne.

Die Kommission bemerkt außerdem, sie habe im vorliegenden Fall — neben der Geringfügigkeit des Marktanteils — noch folgendes berücksichtigt:

— die beträchtliche Zahl von Konkurrenzunternehmen vergleichbarer Größe,

— die Tatsache, daß die finanziellen Bindungen, die zwischen Lancôme und der Gruppe L'Oréal bestünden, nicht geeignet seien, das Umsatzvolumen bei den fraglichen Erzeugnissen zu beeinflussen,

— den Typ des betreffenden selektiven Vertriebssystems,

— die Art der fraglichen (Luxus-)Erzeugnisse,

— die Tatsache, daß die Beschränkungen, die eine Marktabschottung bezweckt oder bewirkt hätten, aufgeschoben worden seien,

— die Tatsache, daß die mit den Einzelhändlern geschlossenen Vertriebsverträge einheitlich seien und daß die Zulassung von qualifizierten Einzelhändlern in dem selektiven Vertriebssystem nicht willkürlich gehandhabt und nicht auf Umwegen dazu benutzt werde, den freien Warenaustausch zwischen den zugelassenen Verteilern zu vereiteln,

— die Tatsache, daß derartige Vertriebssysteme von allen Unternehmen des Sektors praktiziert würden.

Nach Ansicht der Kommission können ihre Bekanntmachungen über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (ABl. 1970, C 64, S. 1, und ABl. 1977, C 313, S. 3) nicht zur Unterstützung einer Argumentation herangezogen werden, mit der bewiesen werden solle, daß dann, wenn die in diesen Bekanntmachungen angegebenen Schwellen überschritten seien, die betreffenden Vereinbarungen zwangsläufig unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen. Sie habe nämlich in den Bekanntmachungen ausdrücklich klargestellt, daß „die von der Kommission gegebene quantitative Definition der Spürbarkeit ... jedoch keine ausschließliche Bedeutung [hat]".

Der von dem vorlegenden Gericht in Nr. 2.3 der Vorabentscheidungsfragen erwähnte Umstand habe mit dem vorliegenden Fall und den in Rede stehenden Vereinbarungen nichts zu tun. Da jede Vereinbarung im Hinblick auf Artikel 85 nach ihren eigenen wirtschaftlichen Auswirkungen beurteilt werde, könnten die Entscheidungen der Kommission nicht dahin ausgelegt werden, daß sie irgendein Präjudiz für eine nach ihrer Rechtsnatur festgelegte Gruppe von Vereinbarungen darstellten. Darüber hinaus könne die Richtigkeit der in Nr. 2.3 der Vorabentscheidungsfragen aufgestellten Behauptung in Zweifel gezogen werden, da sich bereits aus dem Urteil *Metro* (Slg. 1977, 1875, Randnr. 20 der Entscheidungsgründe) ergebe, daß einige selektive Vertriebssysteme für bestimmte Sektoren und unter bestimmten Umständen dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 entgehen könnten.

Zur dritten Frage

Die Kommission ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen der Auffassung, daß diese Frage gegenstandslos geworden sei.

Abschließend schlägt die Kommission vor, die Fragen des vorlegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

„1. Nach dem Gemeinschaftsrecht kann ein Schreiben wie das am 16. Dezember 1974 an Lancôme gerichtete nicht als eine Entscheidung der Kommission angesehen werden. Da es sich um ein Verwaltungsschreiben handelt, mit dem Lancôme davon in Kenntnis gesetzt wird, daß die Kommission nach den ihr bekannten Tatsachen keinen Anlaß mehr sieht, gegen die betreffenden Verträge nach Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten, kann nach dem Gemeinschaftsrecht nicht davon ausgegangen werden, daß es sich um eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 handelt. Ein solches Schreiben ist gegenüber Dritten nicht wirksam.

2. Nach dem Gemeinschaftsrecht ist davon auszugehen, daß es möglich ist, daß die in dieser Rechtssache in Rede stehenden Vereinbarungen ungeachtet der von dem vorlegenden Gericht erwähnten Umstände nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen, wenn unter Berücksichtigung aller Aspekte des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs dieser Vereinbarungen — insbesondere des verhältnismäßig bescheidenen Marktanteils — der Schluß zu ziehen ist, daß die Vereinbarungen keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb haben."

III — Mündliche Verhandlung

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt W. Alexander, die Beklagten des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt D. J. Gijlstra, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Herrn J. F. Verstrynge, haben in der Sitzung vom 8. November 1979 mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 22. November 1979 vorgetragen.

IV — Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung

1. Der Gerichtshof hat mit Beschluß vom 16. Januar 1980 die mündliche Verhandlung in der vorliegenden Rechtssache sowie in den verbundenen Rechtssachen 253/78, 1 bis 3/79 und in der Rechtssache 37/79 wiedereröffnet und die Beteiligten der Ausgangsverfahren,

die Mitgliedstaaten, den Rat und die Kommission aufgefordert, zu drei Fragen Stellung zu nehmen [1].

2. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, die britische, die dänische, die französische, die belgische, die deutsche und die niederländische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Antworten auf diese Fragen eingereicht [2].

Frage 1

Nach Ansicht der *Beklagten des Ausgangsverfahrens* verhindert der den rechtzeitig angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten „Altvereinbarungen" zukommende Schutz nicht, daß auf diese Vereinbarungen das innerstaatliche Recht eines Mitgliedstaats angewandt werde, das gegebenenfalls in bestimmter Hinsicht strenger sei als das Gemeinschaftsrecht, wenn die Anwendung dieses innerstaatlichen Rechts die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtige und sich auf den Geltungsbereich des innerstaatlichen Kartellrechts beschränke.

Frage 2

Die *Beklagten des Ausgangsverfahrens* tragen vor, während der ersten Jahre nach Erlaß der Verordnung Nr. 17, als noch unsicher gewesen sei, in welche Richtung sich die Auslegung des Gemeinschaftskartellrechts entwickele, hätten die bereits vor der Errichtung des Gemeinschaftssystems bestehenden Vereinbarungen sicher geschützt werden müssen. Die große Anzahl solcher Vereinbarungen habe dieses Bedürfnis nur bestätigt.

Während der vergangenen 18 Jahre habe die Kommission ihre Politik im Hinblick auf viele Probleme des Kartellrechts durch eine große Zahl von Entscheidungen festgelegt. Für zahlreiche Vereinbarungen könne daher vorhergesehen werden, ob sie jemals von der Kommission zugelassen würden und ob sie für eine Freistellung in Betracht kämen. Darüber hinaus hätten die getroffenen Entscheidungen und die Gruppenfreistellungen das Problem der Anzahl der betreffenden Vereinbarungen stark verringert.

Es sei daher angebracht, die Theorie der „vorläufigen Gültigkeit" noch einmal zu überprüfen. Das staatliche Gericht könne, wenn es die Altvereinbarungen im Lichte der von der Kommission während der vergangenen 18 Jahre entwickelten Politik untersuche, auf jeden Fall feststellen, ob eine Möglichkeit der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages bestehe. Desgleichen sei in solchen Fällen das staatliche Gericht bei Zweifeln nicht daran gehindert, das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung der Kommission herbeizuführen oder dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung von Artikel 85 Absatz 3 vorzulegen.

Im Parfümeriesektor führe die unterschiedliche Regelung für „alte" und „neue" Vereinbarungen zu einer Diskriminierung. Einige „alte" Unternehmen profitierten von der vorläufigen Gültigkeit ihres Verkaufssystems und könnten ein selektives Vertriebssystem anwenden, während die neuen Unternehmen, die neue Vereinbarungen hätten, keinen Schutz genössen und bis zur Gewährung einer Freistellung kein selektives Vertriebssystem anwenden könnten.

1 — Der Text des Beschlusses ist im Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 wiedergegeben.

2 — Die von diesen Mitgliedstaaten und der Kommission eingereichten Erklärungen sind im Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 zusammengefaßt. Die von den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens in der vorliegenden Rechtssache eingereichten Erklärungen entsprechen den Erklärungen, die die Antragsgegner der Ausgangsverfahren in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 abgegeben haben und die im Urteil des Gerichtshofes in diesen Rechtssachen zusammengefaßt sind.

Nach Auffassung der Beklagten des Ausgangsverfahrens ist die zweite Frage des Gerichtshofes somit wie folgt zu beantworten:

„Die Billigkeit und die Rechtssicherheit verlangen, daß die bisher für den vorläufigen Schutz der ‚Altvereinbarungen' angeführten Gründe es nicht mehr rechtfertigen, daß dieser Schutz gegenüber der Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 2 des Vertrages durch ein staatliches Gericht unbegrenzt beibehalten wird."

Frage 3

Die *Beklagten des Ausgangsverfahrens* sind der Ansicht, auf die neuen Kartelle seien die gleichen Vorschriften anzuwenden, die sie für die Altkartelle vorgeschlagen hätten. Bei angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten „Altvereinbarungen" gehe es nicht darum, die Theorie der vorläufigen Gültigkeit anzuwenden. In diesen Fällen könne das staatliche Gericht ohne weiteres Artikel 85 Absätze 1 und 2 EWG-Vertrag anwenden, wenn es der Überzeugung sei, daß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag keine Anwendung finde. Falls Zweifel bestünden, könne das staatliche Gericht das Verfahren aussetzen und die Kommission um den raschen Erlaß einer Entscheidung ersuchen oder aber dem Gerichtshof eine Auslegungsfrage vorlegen. Außerdem könne das nationale Gericht sein — gegebenenfalls strengeres — innerstaatliches Wettbewerbsrecht anwenden, sofern es damit die Wirkung des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtige.

3. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Alexander, die Beklagten des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Gijlstra, die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch Rechtsanwalt Scott, und die Kommission, vertreten durch Herrn Verstrynge, haben in der Sitzung vom 29. April 1980 mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat in der Sitzung vom 24. Juni 1980 ergänzende Schlußanträge vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Die Arrondissementsrechtbank Haarlem hat dem Gerichtshof mit Urteil vom 19. Juni 1979, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 21. Juni 1979, gemäß Artikel 177 des Vertrages mehrere Vorabentscheidungsfragen nach der Auslegung von Artikel 85 und einiger Bestimmungen der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 204) vorgelegt.

2 Diese Fragen sind im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Lancôme und ihrer Tochtergesellschaft in den Niederlanden, Cosparfrance Nederland, den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, und zwei Gesellschaften, Etos und Albert Heyn Supermart, den Beklagten des Ausgangsverfahrens, die eine Kette von Einzelhandelsgeschäften in den Niederlanden betreiben, aufgewor-

fen worden. Die letztgenannten Gesellschaften sind von den Klägerinnen von der Arrondissementsrechtbank Haarlem verklagt worden, damit ihnen aufgegeben wird, den Verkauf von Lancôme-Artikeln in den von ihnen betriebenen Geschäften, die nicht für den Verkauf dieser Artikel zugelassen sind, einzustellen. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, die behaupten, die Beklagten machten sich eines unlauteren Wettbewerbs schuldig, indem sie ihr selektives Vertriebssystem unterminierten und insbesondere indem sie die zugelassenen Alleinvertreter dazu veranlaßten, ihre vertraglichen Verpflichtungen zu verletzen, verlangen außerdem Ersatz für den ihnen durch dieses Verhalten entstandenen Schaden.

3 Das von Lancôme errichtete selektive Vertriebssystem beruht vor allem auf den Alleinvertriebsvereinbarungen, die sie mit den von ihr in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zugelassenen Generalvertretern geschlossen hat, sowie auf den mit Einzelhändlern in Frankreich geschlossenen Verkaufsvereinbarungen. Der mit den Generalvertretern geschlossene Mustervertrag wurde am 30. Januar 1963 bei der Kommission angemeldet. Die Verträge zwischen diesen Generalvertretern oder den Tochtergesellschaften von Lancôme und den zugelassenen Wiederverkäufern wurden später bei der Kommission angemeldet.

4 Da die Beklagten des Ausgangsverfahrens zu ihrer Verteidigung geltend machten, die Verkaufsorganisation der Klägerinnen sei wegen Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 teilweise nichtig, wiesen die Klägerinnen auf ein Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 16. Dezember 1974 hin. In diesem an Lancôme gerichteten Schreiben heißt es, daß Lancôme, nachdem ihr am 24. Juli 1972 Beschwerdepunkte mitgeteilt worden waren, die Verträge über ihre Verkaufsorganisation in der EWG dahin geändert hat, daß es den zugelassenen Einzelhändlern künftig freisteht, Lancôme-Erzeugnisse an jeden zugelassenen Generalvertreter oder Einzelhändler in der EWG weiterzuverkaufen oder von ihnen Lancôme-Erzeugnisse zu beziehen sowie ihre Preise selbst festzusetzen, wenn es sich um Erzeugnisse handelt, die aus anderen Ländern des Gemeinsamen Marktes reimportiert oder in solche reexportiert wurden. Das Schreiben schließt wie folgt:

„Ich beehre mich, Ihnen mitzuteilen, daß die Kommission unter diesen Umständen angesichts des geringen Anteils, den Ihre Gesellschaft in den einzelnen EWG-Ländern am Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel besitzt, sowie im Hinblick auf die beträchtliche Zahl von Konkurrenz-

unternehmen vergleichbarer Größe auf diesem Markt und weil die finanziellen Bindungen, die zwischen Ihrer Gesellschaft und der Gruppe L'Oréal bestehen, im vorliegenden Fall nicht geeignet sind, das Umsatzvolumen bei den fraglichen Erzeugnissen zu beeinflussen, nach den ihr bekannten Tatsachen keinen Anlaß mehr sieht, gegen die vorerwähnten Verträge nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages von Rom einzuschreiten. Das Verfahren kann daher eingestellt werden."

5 Die Arrondissementsrechtbank hat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof das folgende Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt:

„Einerseits davon ausgehend,

(1) daß ein Unternehmen für den Absatz seiner Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel in der EWG ein selektives Vertriebssystem anwendet,

(2) daß die Vereinbarungen, auf denen dieses selektive Vertriebssystem beruht, bereits zur Zeit des Inkrafttretens der EWG-Verordnung Nr. 17 bestanden haben und rechtzeitig gemäß Artikel 5 Absatz 1 dieser Verordnung unter Verwendung des Formulars B bei der Kommission angemeldet worden sind,

(3) daß an diesen Vereinbarungen die von der Kommission in ihrem Vierten Bericht über die Wettbewerbspolitik, Nr. 94, genannten Änderungen vorgenommen worden sind,

(4) daß der Generaldirektor für Wettbewerb am 16. Dezember 1974 an dieses Unternehmen ein Schreiben gerichtet hat, wegen dessen Inhalt auf die Entscheidungsgründe des vorliegenden Urteils verwiesen wird,

(5) daß auch die meisten (wenn nicht alle) anderen Unternehmen des Parfümeriesektors selektive Vertriebssysteme für den Verkauf ihrer ‚Prestigeerzeugnisse' anwenden, wie es von der Kommission in ihrem Fünften Bericht über die Wettbewerbspolitik, Nrn. 57 bis 59, beschrieben wird,

(6) daß die in Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 vorgesehene Veröffentlichung nicht stattgefunden hat,

andererseits dahingestellt sein lassend, ob die nachstehend unter a und/oder b der Frage 3 erwähnten Umstände gegeben sind,

ersucht den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um Entscheidung über folgende Fragen:

1. Welchen Charakter hat das unter (4) genannte Schreiben des Generaldirektors für Wettbewerb namentlich in folgender Hinsicht:

   1.1. Gilt es als Erklärung, daß die Kommission Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht als anwendbar auf die Vereinbarungen betrachtet, an denen die unter (3) genannten Änderungen vorgenommen worden sind?

   1.2. Gilt es als Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag?

   1.3. Hat es Wirkung gegenüber Dritten?

   1.4. Beendet es die vorläufige Gültigkeit alter, rechtzeitig angemeldeter Vereinbarungen?

2. Ist es möglich, daß die Vereinbarungen, an denen die unter (3) genannten Änderungen vorgenommen worden sind, aufgrund des verhältnismäßig bescheidenen Marktanteils des unter (1) bezeichneten Unternehmens nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallen, ungeachtet

   2.1. der Tatsache, daß sie Bestimmungen enthalten, die einerseits eine Auswahl sogenannter zugelassener Einzelhändler und andererseits ein Verbot der Lieferung an andere als Verbraucher oder zugelassene Einzelhändler vorsehen,

   2.2. der Tatsache, daß auch die Konkurrenten des unter (1) bezeichneten Unternehmens einen selektiven Vertrieb anwenden,

   2.3 der Tatsache, daß ein selektiver Vertrieb bisher nur aufgrund einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 möglich schien?

3. Wenn die Kommission einem Unternehmen eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag für die Anwendung eines selektiven Vertriebssystem gewährt hat, wird dann diese Freistellung hinfällig, falls sich herausstellt,

   a) daß sich das betreffende Unternehmen nicht an die von der Kommission an die Freistellung geknüpften Bedingungen und Verpflichtungen hält

   und/oder

b) daß in der Praxis die fraglichen Erzeugnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes von Groß- und Einzelhändlern angeboten werden, die nicht durch das betreffende Unternehmen ausgewählt worden sind?"

Zur ersten Frage

6 Mit der ersten Frage wird der Gerichtshof erstens ersucht, die Rechtsnatur eines Schreibens, wie es von der Generaldirektion Wettbewerb an Lancôme gerichtet wurde, zu bestimmen und die Wirkungen aufzuzeigen, die derartige Schreiben gegenüber Dritten entfalten. Zweitens wird gefragt, ob ein solches Schreiben die „vorläufige Gültigkeit" rechtzeitig angemeldeter Altkartelle beendet.

Zur Rechtsnatur der fraglichen Schreiben

7 Artikel 87 Absatz 1 des Vertrages hat den Rat ermächtigt, alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze zu erlassen. Aufgrund dieser Ermächtigung erließ der Rat Verordnungen — unter anderem die Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 204) —, die der Kommission die Befugnis verliehen haben, verschiedene Arten von Verordnungen, Entscheidungen und Empfehlungen zu erlassen.

8 Zu dem der Kommission damit für die Erfüllung ihrer Aufgabe zur Verfügung gestellten Instrumentarium gehören die Negativatteste und die Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3. In bezug auf die Negativatteste bestimmt Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates, daß die Kommission auf Antrag der beteiligten Unternehmen feststellen kann, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen die Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 oder von Artikel 86 des Vertrages einzuschreiten. In bezug auf die Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 sehen die Artikel 6 ff. der Verordnung Nr. 17 vor, daß die Kommission Entscheidungen erlassen kann, mit denen die Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 auf eine bestimmte Vereinbarung für nicht anwendbar erklärt werden, sofern diese bei ihr angemeldet wurde, es sei denn, daß sie nach Artikel 4 Absatz 2 dieser Verordnung von der Anmeldung befreit ist.

9 Die Verordnung Nr. 17 und die Verordnungen zu ihrer Durchführung legen die Regeln fest, die die Kommission bei Erlaß der vorerwähnten Entschei-

dungen zu beachten hat. Will die Kommission ein Negativattest aufgrund des genannten Artikels 2 erteilen oder eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 abgeben, so ist sie gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 insbesondere verpflichtet, den wesentlichen Inhalt des Antrags oder der Anmeldung mit der Aufforderung an alle betroffenen Dritten zu veröffentlichen, der Kommission innerhalb einer von ihr festzusetzenden Frist Bemerkungen mitzuteilen. Nach Artikel 21 Absatz 1 der Verordnung sind die Entscheidungen über ein Negativattest und die Freistellungsentscheidungen zu veröffentlichen.

10 Es ist offensichtlich, daß ein Schreiben wie das von der Generaldirektion Wettbewerb an Lancôme gerichtete, das abgesandt worden ist, ohne daß die Veröffentlichungsvorschriften des Artikels 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 beachtet wurden, und das auch nicht nach Artikel 21 Absatz 1 dieser Verordnung veröffentlicht worden ist, weder ein Negativattest noch eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 im Sinne der Artikel 2 und 6 der Verordnung Nr. 17 darstellt. Wie die Kommission selbst hervorhebt, handelt es sich lediglich um ein Verwaltungsschreiben, durch das dem beteiligten Unternehmen die Ansicht der Kommission mitgeteilt wird, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen die fraglichen Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages einzuschreiten, und daß das Verfahren somit eingestellt werden kann.

11 Ein derartiges, nur auf die der Kommission bekannten Tatsachen gestütztes Schreiben, das eine Beurteilung der Kommission wiedergibt und ein von den zuständigen Dienststellen der Kommission durchgeführtes Untersuchungsverfahren beendet, hindert die innerstaatlichen Gerichte, vor denen die Unvereinbarkeit der fraglichen Vereinbarungen mit Artikel 85 geltend gemacht wird, nicht daran, aufgrund der ihnen vorliegenden Tatsachen eine andere Beurteilung dieser Vereinbarungen vorzunehmen. Die in derartigen Schreiben mitgeteilte Ansicht bindet zwar die innerstaatlichen Gerichte nicht; sie stellt aber einen tatsächlichen Umstand dar, den diese Gerichte bei ihrer Prüfung der Frage, ob die betreffenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen mit Artikel 85 vereinbar sind, berücksichtigen können.

Zur vorläufigen Gültigkeit

12 Wie der Gerichtshof — zuletzt in seinem Urteil vom 14. Dezember 1977 in der Rechtssache 59/77 *(De Bloos/Bouyer,* Slg. 1977, 2359) — für Recht er-

kannt hat, „[müssen] in der Zeit von der Anmeldung bis zu dem Tag, an dem eine Entscheidung der Kommission ergeht, ... die Gerichte, vor denen ein Rechtsstreit über ein ordnungsgemäß angemeldetes oder von der Anmeldung befreites Altkartell anhängig ist, diesem die nach dem anwendbaren Recht mit ihm verbundenen Rechtswirkungen zuerkennen, ohne daß diese Wirkungen in Zweifel gezogen werden könnten, weil etwa die Vereinbarkeit des Kartells mit Artikel 85 Absatz 1 bestritten wird".

13 Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob ein Schreiben wie das vom 16. Dezember 1974, das von den zuständigen Dienststellen der Kommission an Lancôme gerichtet wurde, den vorläufigen Schutz beendet, den nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die innerhalb der Frist des Artikels 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten Altvereinbarungen von ihrer Anmeldung an genießen.

14 Für die Antwort auf diese Frage ist an die Erwägungen zu erinnern, die der Rechtsprechung des Gerichtshofes über die „vorläufige Gültigkeit" zugrunde liegen.

15 Wie der Gerichtshof unter anderem in seinem Urteil vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 10/69 *(Portelange/Smith Corona Marchant International,* Slg. 1969, 309) ausgeführt hat, stellt Artikel 85 des Vertrages in seinem ersten Absatz eine Verbotsnorm auf, bezeichnet im zweiten Absatz deren Wirkungen und mildert diese Vorschriften anschließend dadurch, daß er im dritten Absatz die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen zuläßt. Eine bestimmte Vereinbarung oder einzelne ihrer Klauseln sind daher nur dann ohne weiteres nichtig, wenn die Vereinbarung unter Artikel 85 Absatz 1 fällt und die Vorschriften des Absatzes 3 für sie nicht in Betracht kommen.

16 Der Gerichtshof ist angesichts der ausschließlichen Zuständigkeit für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3, die der Kommission durch Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 übertragen worden ist, in Verbindung mit den zugunsten der Altvereinbarungen vorgesehenen Bestimmungen der Artikel 6 Absatz 2 und 7 dieser Verordnung zu der Schlußfolgerung gelangt, daß bei diesen Vereinbarungen die vertragliche Rechtssicherheit verlangt, daß dann, wenn die Vereinbarung gemäß der Verordnung Nr. 17 angemeldet worden ist, das Gericht über deren Nichtigkeit erst befindet, nachdem die Kommission aufgrund dieser Verordnung eine Entscheidung getroffen hat.

17 Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen ergibt sich, daß die Aufrechterhaltung des vorläufigen Schutzes, den die angemeldeten Altvereinbarungen genießen, von dem Zeitpunkt an nicht mehr gerechtfertigt ist, zu dem die Kommission den Beteiligten mitteilt, daß sie das sie betreffende Verfahren eingestellt hat. Nach einer solchen Stellungnahme, die erkennen läßt, daß die Kommission den Erlaß einer Einzelentscheidung hinsichtlich der angemeldeten Vereinbarungen nicht in Betracht zieht, ist es unwahrscheinlich, daß die Kommission noch zugunsten dieser Vereinbarungen von ihrer Befugnis zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 — gegebenenfalls rückwirkend auf die Zeit vor ihrer Anmeldung, wie es Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 erlaubt — Gebrauch machen wird. Nichts kann daher die innerstaatlichen Gerichte, vor denen die unmittelbare Wirkung des in Artikel 85 Absatz 1 enthaltenen Verbots geltend gemacht wird, mehr davon entbinden, ihre Entscheidung zu fällen.

18 Auf die erste Frage ist somit zu antworten, daß ein Verwaltunsschreiben, durch das dem Betroffenen die Ansicht der Kommission mitgeteilt wird, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen angemeldete Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten, den Zeitraum der vorläufigen Gültigkeit beendet, die die vor dem 13. März 1962 geschlossenen und innerhalb der Frist des Artikels 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen von ihrer Anmeldung an genießen. Die in einem solchen Schreiben enthaltenen Beurteilungen binden das innerstaatliche Gericht nicht, sondern stellen einen tatsächlichen Umstand dar, den das Gericht bei seiner Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Verträge mit Artikel 85 berücksichtigen kann.

Zur zweiten Frage

19 Mit der zweiten Frage des vorlegenden Gerichts soll geklärt werden, ob die Vereinbarungen, auf denen ein selektives Vertriebssystem beruht, wegen des verhältnismäßig bescheidenen Marktanteils des betreffenden Unternehmens möglicherweise nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages fallen. Das vorlegende Gericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Konkurrenten des genannten Unternehmens ebenfalls einen selektiven Vertrieb anwenden. Es vertritt außerdem die Ansicht, daß ein selektiver Vertrieb bisher nur aufgrund einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 möglich gewesen sei.

20 Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 *(Metro,* Slg. 1977, 1875) ausgeführt hat, sind die selektiven Vertriebssysteme ein mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden.

21 Hieraus folgt, daß ein selektives Vertriebsnetz, zu dem der Zugang von Voraussetzungen abhängig ist, die über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehen, grundsätzlich unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fällt, insbesondere wenn es auf quantitativen Auswahlkriterien beruht.

22 Wie der Gerichtshof jedoch in seinem Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 *(LTM,* Slg. 1966, 281) entschieden hat, ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen nur dann nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und somit verboten, wenn sie verschiedene Tatbestandsmerkmale erfüllt, die weniger ihre Rechtsnatur als ihr Verhältnis zum „Handel zwischen Mitgliedstaaten" und zum „Wettbewerb" betreffen.

23 Um beurteilen zu können, ob eine Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, muß anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände festgestellt werden, ob sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann.

24 Um außerdem beurteilen zu können, ob eine Vereinbarung wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bezweckt oder bewirkt, als verboten anzusehen ist, muß der Wettbewerb betrachtet werden, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde. Hierbei sind insbesondere Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse in Betracht zu ziehen; ferner ist zu prüfen, welche Stellung und Bedeutung die Parteien auf dem Markt dieser Erzeugnisse innehaben und ob die Vereinbarung für sich allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist. Hierzu hat

der Gerichshof in seinem Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67; *(Brasserie de Haecht I,* Slg. 1967, 543) klargestellt, daß das Bestehen gleichartiger Verträge zwar nicht ausschlaggebend sein muß, aber einen Sachverhalt darstellt, der gemeinsam mit anderen eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang die Vereinbarung bei ihrer Beurteilung betrachtet werden muß.

25 Es ist Sache des innerstaatlichen Gerichts, anhand aller erheblichen Umstände festzustellen, ob die Vereinbarung tatsächlich die Voraussetzungen des in Artikel 85 Absatz 1 aufgestellten Verbots erfüllt.

26 Auf die zweite Frage ist sonach zu antworten, daß Vereinbarungen, die Grundlage eines selektiven Vertriebssystems sind, das auf über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehenden Zulassungskriterien beruht, die Tatbestandsmerkmale der Unvereinbarkeit mit Artikel 85 Absatz 1 erfüllen, wenn sie einzeln oder gemeinsam mit anderen in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie zustande gekommen sind, mit Rücksicht auf die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Umstände den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Zur dritten Frage

27 Angesichts der Antwort auf die erste Frage braucht die dritte Frage des vorlegenden Gerichts nicht mehr beantwortet zu werden.

Kosten

28 Die Auslagen der belgischen Regierung, der dänischen Regierung, der französischen Regierung, der niederländischen Regierung, der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem vor dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm von der Arrondissementsrechtbank Haarlem mit Urteil vom 19. Juni 1979 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Ein Verwaltungsschreiben, durch das dem Betroffenen die Ansicht der Kommission mitgeteilt wird, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen angemeldete Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten, beendet den Zeitraum der vorläufigen Gültigkeit, die die vor dem 13. März 1962 geschlossenen und innerhalb der Frist des Artikels 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 angemeldeten oder von der Anmeldung befreiten Vereinbarungen von ihrer Anmeldung an genießen. Die in einem solchen Schreiben enthaltenen Beurteilungen binden das innerstaatliche Gericht nicht, sondern stellen einen tatsächlichen Umstand dar, den das Gericht bei seiner Prüfung der Vereinbarkeit der betreffenden Verträge mit Artikel 85 berücksichtigen kann.**

2. **Vereinbarungen, die Grundlage eines selektiven Vertriebssystems sind, das auf über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehenden Zulassungskriterien beruht, erfüllen die Tatbestandsmerkmale der Unvereinbarkeit mit Artikel 85 Absatz 1, wenn sie einzeln oder gemeinsam mit anderen in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie zustande gekommen sind, mit Rücksicht auf die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Umstände den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.**

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 10. Juli 1980.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher