pågældende produkter, spørgsmålet, om der kun foreligger én tvivlsom aftale, eller om den derimod indgår i en helhed af aftaler. Eksistensen af lignende aftaler er, uden at være altafgørende, en omstændighed, der i forbindelse med andre kan danne en helhed, som er den økonomiske og retlige sammenhæng, som aftalen skal vurderes i.

I sag 99/79

angående en anmodning, som i medfør af EØF-traktatens artikel 177 af Arrondissementsrechtbank (første afdeling), Haarlem, er indgivet til Domstolen for i den sag, som verserer for nævnte ret mellem

1) SA LANCÔME, Paris,

2) COSPARFRANCE NEDERLAND BV, Weesp,

og

1) ETOS BV, Zaandam,

2) ALBERT HEYN SUPERMART BV, Zaandam,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 85 og af visse gennemførelsesbestemmelser hertil,

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten H. Kutscher, afdelingsformændene A. O'Keeffe og A. Touffait, dommerne J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, G. Bosco, T. Koopmans og O. Due,

generaladvokat: G. Reischl
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandling

1. SA Lancôme, Paris, fremstiller og sælger parfumerivarer, skønhedsprodukter samt toiletartikler. Cosparfrance Nederland BV er et af Lancômes datterselskaber, der sælger Lancôme-produkterne i Nederlandene.

2. Lancôme sælger sine produkter via en selektiv salgsorganisation, der dækker hele EØF, og som bl.a. hviler på dels eneforhandlingsaftaler indgået med generalagenter, selskabet har valgt i de forskellige medlemsstater i EØF, dels salgsaftaler afsluttet mellem Lancôme og detailhandlere etableret i Frankrig. Den 30. januar 1963 anmeldte Lancôme til Kommissionen en standardkontrakt om eneforhandling, som selskabet havde indgået med sine generalagenter for Tyskland, Italien, Nederlandene, Belgien og Luxembourg. Senere gav Lancôme også Kommissionen meddelelse om de aftaler, som dets generalagenter eller datterselskaber anvendte over for deres respektive autoriserede forhandlere.

3. Den 27. april 1972 indledte Kommissionen en procedure, og den 24. juli 1972 tilstillede den Lancôme en meddelelse indeholdende Kommissionens klagepunkter. Som følge af denne meddelelse ændrede Lancôme sine kontrakter, således at Lancôme's autoriserede forhandlere i de forskellige medlemsstater kunne handle indbyrdes og således undgå, at de herved importerede eller eksporterede Lancôme-artikler blev underlagt det system med bindende priser, som gjaldt i visse medlemsstater. Den 16. december 1974 tilstillede generaldirektøren for konkurrence Lancôme følgende skrivelse:

»Angående: Sag nr. IV/19.552 — Lancôme's salgsorganisation

S.A. Lancôme har i Frankrig og i de andre EØF-lande oprettet et selektivt salgssystem, der karakteriseres af et begrænset antal autoriserede detailhandlere.

Salgsorganisationens grundlag er den standardkontrakt om eneforhandling, som Lancôme har indgået med sine generalagenter i de forskellige lande i EØF, og de ensartede salgskontrakter, som generalagenterne og Lancôme har indgået med de autoriserede detailhandlere på deres respektive område.

Standardkontrakten om eneforhandling og de ensartede forhandlerkontrakter indeholdt bestemmelser, der af Kommissionen ansås for uforenelige med Romtraktatens artikel 85. Det gjaldt bl.a. bestemmelser, der skulle hindre de autoriserede detailhandlere i at videresælge Lancôme-produkter til eller købe sådanne hos generalagenter eller autoriserede detailhandlere i de andre EØF-medlemsstater, samt bestemmelser, som

forpligtede disse til at overholde bindende videresalgspriser selv for de Lancôme-produkter, som de reimporterede eller reeksporterede i fællesmarkedet. Dette var grunden til, at Deres selskab den 24. juli 1972 fik meddelelse om visse klagepunkter i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17. Som følge af meddelelsen har Deres selskab ændret de kontrakter, som salgsorganisationen i EØF hviler på således, at de autoriserede detailhandlere herefter frit kan videresælge Lancôme-produkter til og købe sådanne hos en hvilken som helst generalagent eller autoriseret detailhandler etableret i EØF samt selv kan bestemme deres salgspriser, når der er tale om reimporterede eller reeksporterede produkter fra eller til de andre lande i fællessmarkedet.

Jeg skal meddele Dem, at Kommissionen ikke længere, efter de forhold, den har kendskab til, finder anledning til i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, at skride ind mod ovennævnte kontrakter. Kommissionen har herved lagt følgende til grund: Lancôme har kun en ringe andel i de enkelte EØF-lande på markedet for parfume-, skønheds-, og toiletartikler. På markedet findes der et tilstrækkeligt antal konkurrerende virksomheder med samme størrelse. Desuden findes de økonomiske forhold mellem Deres selskab og Oréal-koncernen ikke i nærværende sag at kunne øve indflydelse på størrelsen af Deres omsætning af de pågældende produkter. Sagen kan følgelig henlægges.

Jeg skal dog henlede Deres opmærksomhed på, at Kommissionen opmærksomt vil påse, at det ikke vilkårligt afgøres, hvilke kvalificerede detailhandlere der skal have adgang til Deres selektive salgsnet, eller hvem der skal udelukkes herfra, således at denne afgørelse ikke indirekte bliver et middel til at hindre den frie samhandel mellem autoriserede forhandlere. Med venlig hilsen

W. Schlieder.«

4. Ahold NV-koncernen, som Etos BV og Albert Heyn Supermart BV, de sagsøgte i hovedsagen (herefter benævnt de sagsøgte), tilhører, kontrollerer en vigtig kæde af detailforretninger i Nederlandene, hovedsagelig i sektoren for fødevarer og masseforbrugsvarer. For tiden driver Etos 59 materialist-forretninger i Nederlandene og sælger til engrospriser en række produkter, der omfatter materialist-artikler, farmaceutiske produkter, skønhedsartikler og parfumer.

Før Etos blev overtaget af Albert Heyn-koncernen (der senere blev til Ahold-koncernen) havde det med Cosparfrance indgået kontrakter, hvorefter flere Etos-forretninger fik status som autoriserede forhandlere af Lancôme-artikler. Kontrakterne udløb den 20. oktober 1975.

De sagsøgte anmodede Cosparfrance om at levere Lancôme-artiklerne til alle deres materialister og »Etos-discount drugstores«, men Cosparfrance afslog dette med den begrundelse, at »discount drugstores« ikke opfyldte dets kvalitative kriterier, og at en eventuel levering ville stride mod dets selektive salgssystem.

De sagsøgte solgte alligevel Lancôme-produkter til lavere priser end dem, som de autoriserede nederlandske forhandlere har pligt til at tage.

5. Lancôme og Cosparfrance, sagsøgerne i hovedsagen (herefter benævnt sagsøgerne), indstævnede Albert Heyn Supermarkt og Etos for Arrondissementsrechtbank, Haarlem, med påstand om, dels at det blev forbudt de sagsøgte at sælge Lancôme-artikler i de af dem drevne forretninger, som ikke var autoriserede som forhandlere af Lancôme-artikler, dels at der tilkendtes sagsøgerne erstatning for det tab, de havde lidt ved det pågældende salg.

Til støtte for påstandene har Lancôme og Cosparfrance gjort gældende, at sagsøgte i forhold til dem har begået en retsstridig handling, idet de har forstyrret og undermineret deres salgsorganisation, navnlig ved at tilskynde de autoriserede forhandlere til at krænke deres kontraktmæssige forpligtelser.

6. Sagsøgte har gjort gældende, at sagsøgernes salgsorganisation er delvis ugyldig, fordi den strider mod traktatens artikel 85, stk. 1. De har endvidere anført, at ovennævnte skrivelse af 16. december 1974 kun udtrykker opfattelsen hos en afdelingschef, hvilket ikke forpligter Kommissionen.

7. Under hensyn til uenigheden mellem parterne om, hvorvidt artikel 85, stk. 1, finder anvendelse i nærværende sag, har nævnte ret ved dom af 19. juli 1979 forelagt Domstolen følgende anmodning om præjudiciel afgørelse:

»For det første lægges følgende forhold til grund:

1) En virksomhed anvender et selektivt system ved salg af sine parfume-, skønheds- og toiletartikler i EØF,

2) de kontrakter, der er grundlaget for det selektive salgssystem, eksisterede allerede, da forordning nr. 17 trådte i kraft, og de er rettidigt blevet anmeldt til Kommissionen på formular B, jf. artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 17,

3) de pågældende kontrakter er blevet ændret i overensstemmelse med Kommissionenes anvisninger i dens Fjerde Beretning om Konkurrencepolitikken, jf. pkt. 94,

4) generaldirektøren for konkurrence tilstillede den 16. december 1974 nævnte virksomhed en skrivelse, hvis indhold er omtalt i nærværende doms præmisser,

5) de fleste (men ikke alle) virksomheder i parfumebranchen anvender et selektivt system ved salget af deres »prestigeprodukter«, jf. Kommissionens oplysninger under pkt. 57-59 i den Femte Beretning om Konkurrencepolitikken,

6) den offentliggørelse, som omtales i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, har ikke fundet sted.

For det andet er det ikke klart, om der foreligger de under punkterne a) og/eller b) nedenfor i spørgsmål 3 nævnte omstændigheder.

Retten skal på grundlag af ovenfor nævnte forhold anmode De europæiske Fællesskabers Domstol om at afgøre følgende spørgsmål:

1. Hvilken karakter har den under IV) ovenfor nævnte skrivelse fra generaldirektøren for konkurrence, navnlig når henses til følgende:

   1.1. Er der tale om en erklæring fra Kommissionen om, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ikke

finder anvendelse på de kontrakter, som er blevet ændret som nævnt under III) ovenfor?

1.2. Er der tale om en konkret anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3?

1.3. Har den virkning over for alle?

1.4. Bringer den den foreløbige gyldighed af de tidligere kontrakter, som blev rettidigt anmeldt, til ophør?

2. Idet den ovenfor under I) nævnte virksomhed har en relativt beskeden markedsandel, er det da muligt, at de kontrakter, der blev ændret som beskrevet ovenfor under III), ikke omfattes af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, uanset

2.1. den omstændighed, at kontrakterne indeholder bestemmelser, hvorefter der

— dels gennemføres en udvælgelse af såkaldte autoriserede forhandlere,

— dels fastsættes et forbud mod at levere til andre end forbrugere eller autoriserede forhandlere,

2.2. den omstændighed, at den ovenfor under I) nævnte virksomheds konkurrenter også anvender et selektivt salgssystem, og

2.3. den omstændighed, at et selektivt salgssystem hidtil kun har været tilladt efter fritagelse efter artikel 85, stk. 3?

3. Hvis Kommissionen har meddelt en virksomhed fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, med henblik på anvendelse af et selektivt salgssystem, bortfalder fritagelsen da, hvis det viser sig

a) at den pågældende virksomhed ikke overholder de forpligtelser, eller betingelser, som Kommissionen har opstillet for fritagelsen, og/eller

b) at de pågældende produkter i praksis inden for fællesmarkedet udbydes af grossister eller detailhandlere, der ikke er blevet udvalgt af den pågældende virksomhed?«

8. Forelæggelsesdommen blev registreret på Domstolens justitskontor den 21. juni 1979.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen har følgende indgivet skriftlige indlæg: sagsøgerne ved advokat W. Alexander, Haag, de sagsøgte ved advokat D. J. Gijlstra, Amsterdam, og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent, J. Temple Lang, og J. F. Verstrynge, medlem af Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtigede.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Skriftlige indlæg indgivet i medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for Domstolen

A — Sagsøgernes indlæg

Indledningsvis har sagsøgerne kort beskrevet, hvad der er karakteristisk for de pågældende produkter. De har anført,

at de navnlig lægger vægt på at kunne kontrollere betingelser, hvorunder prestigeprodukter, såsom Lancôme-produkterne, udbydes til kunderne. Især må det påses, *at* kun absolut friske produkter udstilles og udbydes til salg, *at* hele vareudbudet (herunder varer, der sælges mindre hyppigt) altid haves på lager, *at* kunden kan rådgives af et veluddannet personale, og *at* forretningen ikke sælger varer eller ikke gør reklame på en sådan måde, at det kan skade mærkeproduktets karakter af luksus og dets renommé. Fabrikanten må gøre sig klart, at han risikerer at miste kunder, hvis han negligerer de faktorer, som er afgørende for at tiltænke det specielle publikum, som prestige-produkterne er bestemt for. Dette er grunden til, at sagsøgerne kun accepterer, at deres produkter sælges via udvalgte detailhandlere, der påtager sig at overholde forpligtelser vedrørende salg og præsentation af de omhandlede produkter.

Efter en kort fremstilling af dels de omstændigheder, som er genstand for tvisten i hovedsagen, dels Kommissionens administrative procedure med hensyn til Lancôme's salgssystem, har sagsøgerne anført følgende vedrørende de tre spørgsmål fra den forelæggende ret.

Første spørgsmål

I første række må det anføres, at skrivelsen af 16. december 1974 til Lancôme indeholder Kommissionens opfattelse og ikke kun en afdelingschefs opfattelse; dette fremgår klart af Kommissionens Fjerde Beretning om Konkurrencepolitikken, under pkt. 93-97.

Der er ikke sket offentliggørelse som krævet i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 og den »traditionelle« offentliggørelse efter artikel 21 i forordning nr. 17 har ikke fundet sted — hvilket viser, at Kommissionen ikke selv betragtede skrivelsen af 16. december 1974 som en beslutning, hverken efter betydningen i artikel 2, eller efter betydningen i artikel 6 i forordning nr. 17. Ifølge CBR-dommen, Sml. 1965-1968, s. 337, kan en sådan skrivelse alligevel være en beslutning, hvis skrivelsen indeholder en forholdsregel, der har gjort indgreb i virksomhedens interesser ved på væsentlig måde at ændre dens retsstilling. Det må imidlertid bemærkes, at den ovennævnte skrivelse hos Lancôme har skabt berettiget forventning om, at selskabets aftaler er i overensstemmelse med artikel 85, og at Lancôme har bestræbt sig på at opretholde et salgssystem, der er i overensstemmelse med de af Kommissionen godkendte principper. Med hensyn til spørgsmålet, om skrivelsen er en beslutning, tilslutter sagsøgerne sig de argumenter, som i så henseende er blevet fremsat af selskaberne Parfums Rochas og Estée Lauder i sagerne 2/79 og 37/79.

På grundlag af de af sidstnævnte selskaber fremførte argumenter mener sagsøgerne også, at skrivelsen må anses for en anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3. Såfremt Domstolen måtte statuere noget andet, kan skrivelsen i hvert fald kun anses som en anvendelse af artikel 2 i forordning nr. 17. Retssikkerheden kræver, at en sådan beslutning har retsvirkninger, selv over for tredjemand, så længe den hverken er blevet annulleret eller erklæret ugyldig. Beslutningen ændrer den foreløbige gyldighed

af de rettidigt anmeldte aftaler således, at gyldigheden bliver endelig.

Subsidiært — for det tilfælde, at Domstolen ikke måtte dele det synspunkt, at skrivelsen af 16. december 1974 er en beslutning — har sagsøgerne gjort gældende, at proceduren til vedtagelse af en beslutning, som godkender Lancôme-aftalerne, da endnu ikke er afsluttet. Da Kommissionen ikke har truffet nogen endelig beslutning i medfør af forordning nr. 17, har skrivelsen ikke ophævet den foreløbige gyldighed af de gamle aftaler, som er blevet behørigt anmeldt (sag 59/77, De Bloos/Bouyer, Sml. 1977, s. 2372).

Andet spørgsmål

De forhold, som nævnes i rettens spørgsmål, kan — stadig ifølge sagsøgerne — tale for, at artikel 85, stk. 1, kan anvendes. Dersom man mener, at skrivelsen af 16. december 1974 ikke er en beslutning om fritagelse, må det konkluderes, at Kommissionen, i betragtning af at der på markedet findes et stort antal konkurrerende virksomheder af samme størrelse, samt i betragtning af de i kontrakterne foretagne ændringer, ikke har fundet, at betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, er opfyldt. Hvis denne vurdering af kontrakterne og af deres økonomiske betydning skulle vise sig fejlagtig, opfylder Lancôme's salgssystem under alle omstændigheder de nødvendige betingelser for en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. I hvert fald er Lancôme's salgssystem omfattet af den foreløbige gyldighed, indtil Kommissionen træffer en sådan beslutning.

Tredje spørgsmål

Grundlaget for det tredje spørgsmål er påstande fremsat af de sagsøgte, hvis rigtighed den forelæggende ret ikke selv har fastslået. Desangående har sagsøgerne bemærket, at der uundgåeligt blandt de 10 000 autoriserede Lancôme-forhandlere i Fællesskabet må være nogle, som lader sig friste til at krænke deres kontraktmæssige forpligtelser. Med hensyn til tredjemænd, der drager fordel af de nævnte krænkelser af kontraktmæssige forpligtelser, ser Lancôme sig nødsaget til at prioritere, før selskabet beslutter sig til, hvem det skal sagsøge. Etos adskiller sig fra de andre handlende, som ikke er deltagere i salgsnettet, ved, at Etos gradvis underminerer Lancôme's selektive salgsorganisation ved at sælge Lancôme-produkter i andre end de Etos-forretninger, der oprindeligt var blevet autoriseret af Lancôme. Desuden er Etos det eneste selskab, som systematisk og pågående over en bred front angriber Lancôme's salgsorganisation. Intet tyder på, at en fritagelse for en virksomhed bortfalder, hvis det viser sig, at de pågældende produkter udbydes af grossister og detailhandlere, der ikke er autoriserede af den pågældende virksomhed. En sådan påstand er hyklerisk, da den kommer fra en virksomhed, der søger at slå brecher i det pågældende salgsnet. Under alle omstændigheder er følgerne af, at de med fritagelsen forbundne betingelser ikke overholdes, reguleret af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17, som bemyndiger Kommissionen

til at tilbagekalde eller ændre beslutningen.

Sagsøgerne har foreslået følgende svar på det første præjudicielle spørgsmål:

»1. Skrivelsen af 16. december 1974 fra generaldirektøren for konkurrence er en beslutning, hvorved Kommissionen

1.1. anvendte EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, på de kontrakter, som var blevet ændret i den af Kommissionen angivne retning,

1.2. (subsidiært) erklærede, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse på de kontrakter som var blevet ændret i den af Kommissionen angivne retning.

1.3. Denne beslutning har fuld retsvirkning over for tredjemand, så længe den ikke er blevet annulleret eller erklæret ugyldig.

1.4. Beslutningen ændrede den foreløbige gyldighed af de gamle rettidigt anmeldte kontrakter således, at disse blev endeligt gyldige«.

Såfremt Domstolen ikke skulle finde, at skrivelsen fra generaldirektøren for konkurrence er en beslutning, har sagsøgerne foreslået følgende svar på det første spørgsmål fra retten i Haarlem:

»1. Skrivelsen af 16. december 1974 fra generaldirektøren for konkurrence er ikke en beslutning, hvorved Kommissionen

1.1. definitivt erklærende, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ikke kan finde anvendelse på de aftaler, som er blevet ændret i den af Kommissionen angivne retning,

1.2. anvendte EØF-traktatens artikel 85, stk. 3,

1.3. fratog tredjemand muligheden for at henlede Kommissionens opmærksomhed på forhold, der var til hinder for vedtagelsen af en favorabel beslutning vedrørende disse aftaler,

eller

1.4. ophævede pligten for de retter, ved hvilke der verserede en sag om en gammel aftale, som var blevet behørigt anmeldt eller fritaget for anmeldelse, til at give den pågældende aftale de retsvirkninger, som fulgte af de lovbestemmelser, som kontrakten var omfattet af, hvorved retsvirkningerne ikke kunne anfægtes under påberåbelse af, at aftalen stred mod EØF-traktatens artikel 85, stk. 1«.

Hvis det herudover også er nødvendigt at besvare spørgsmål 2 og/eller 3 fra retten i Haarlem, har sagsøgerne foreslået, at de besvares således:

»2. Selv om der ikke er meddelt fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, kan de aftaler, hvorved en virksomhed udvælger autoriserede forhandlere med henblik på salg af dens produkter og forbyder levering til andre end forbrugerne eller de autoriserede forhandlere, alligevel falde uden for forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, uanset den pågældende virk-

somheds konkurrenter også praktiserer selektivt salg, hvis det viser sig, *at* de konkurrerende virksomheder på markedet er tilskrækkelige i antal og af samme vægtstørrelse, og *at* de nævnte aftaler ikke hindrer reeksport eller import af autoriserede forhandlere i fællesmarkedet.

3. En fritagelse af aftaler om selektivt salg kan ikke bortfalde på grundlag af følgende omstændigheder: manglende overholdelse af de betingelser eller vilkår, der ledsager Kommissionens fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3 — eller den omstændighed, at de pågældende produkter udbydes inden for fællesmarkedet af grossister og detailhandlere, der ikke er blevet udvalgt af virksomheden«.

B — Sagsøgtes indlæg

Efter en beskrivelse af de omstændigheder, der ligger til grund for hovedsagen, samt af det pågældende markeds karakteristika, har de sagsøgte anført følgende vedrørende spørgsmålene fra den forelæggende ret.

Første spørgsmål

De sagsøgte har henvist til Domstolens domme i følgende sager: de forenede sager 23, 24 og 52/63, Sml. 1954-1964, s. 437; org.ref. Recueil 1963, s. 445 — forenede sager 53 og 54/63, Sml. 1954-1964, s. 441; org.ref. Recueil 1963, s. 493 — sag 54/65, Sml. 1965-1968, s. 197; org.ref. Recueil 1966, s. 265 — forenede sager 8-11/66, Sml. 1965-1968, s. 337. De sagsøgte har herved gjort gældende, at skrivelsen af 16. december 1974 ikke udviser nogle af de karakteristika, som efter Domstolens retspraksis kendetegner en beslutning. Skrivelsen kan endvidere ikke betragtes som en negativattest eller en fritagelse. I så henseende har de sagsøgte anført, at de betingelser om offentliggørelse, der er fastsat i forordning nr. 17 for udstedelse af sådanne retsakter, overhovedet ikke er blevet overholdt i nærværende sag. Skrivelsen af 16. december 1974 er følgelig intet andet eller mere end et udtryk for opfattelsen hos en afdelingschef, hvilket ikke forpligter Kommissionen. Lancôme kan over for tredjemand ikke påberåbe sig skrivelsen for at hævde, at dets selektive salgssystem er blevet godkendt af Kommissionen.

De sagsøgte har herefter kritiseret den uformelle løsning, Kommissionen valgte for parfumerisektoren. Kommissionen råder over et særligt middel til at udforme en ensartet løsning for en økonomisk sektor inden for rammerne af Fællesskabets konkurrenceordning. Midlet består i gruppefritagelse via en forordning, der indeholder garantier for tredjemand (forudgående offentliggørelse, mulighed for at afgive indlæg). Kommissionen kommer i konflikt med Fællesskabets retsorden, når den ved en officiøs skrivelse, som ikke forpligter den, reagerer på en amodning om negativattest eller fritagelse. Kommissionen er under alle omstændigheder forpligtet til at træffe en formel beslutning for at efterkomme reglerne i forordning nr. 17.

Dersom skrivelsen af 16. december 1974 ikke var en beslutning, opstår herefter spørgsmålet om foreløbig gyldighed. De sagsøgte er imidlertid af den opfattelse, at Lancôme's salgssystem af nedenstående grunde ikke kan være omfattet af foreløbig gyldighed:

1. I oktober 1977 indgik Lancôme en aftale med en forhandler i Det forenede Kongerige, som indeholdt bestemmelser, der ikke var dækket af anmeldelsen af 1963 (forhandleren blev forpligtet til forudgående at konsultere Lancôme vedrørende eksportpriserne). Standardkontrakten mellem den britiske forhandler og detailhandlerne indeholdt også bestemmelser, der ikke var dækket af den nævnte anmeldelse (forpligtelse til at overholde prislisterne for salg og videresalg; klausul om prismæssig forskelsbehandling). Eksistensen af disse bestemmelser påvirkede den foreløbige gyldighed af hele salgssystemet.

2. Lancôme's salgssystem blev ændret på vigtige punkter efter anmeldelsen.

3. Det ville være urimeligt, såfremt salgssystemets gyldighed ikke kan anfægtes, så længe Kommissionen ikke har vedtaget nogen formel beslutning. En sådan vedtagelse er meget lidt sandsynlig, eftersom Kommissionen har udtalt, at de uformelle skrivelser, som den tilstillede virksomhederne, gjorde det muligt for den at finde en samlet løsning for hele sektoren.

4. Lancôme's salgssystem er ikke »vandtæt«: Etos havde overhovedet ikke vanskeligt ved uden for Lancôme's officielle salgsnet at få leveret selskabets produkter.

Det er de sagsøgtes opfattelse, at hvis Domstolen skulle statuere, at de af Lancôme anmeldte aftaler stadig har foreløbig gyldighed, må det antages, at brevvekslingen mellem selskabet og Kommissionen må betragtes som ensbetydende med indledning af en procedure, jf. artikel 3 i forordning nr. 17. Som følge af sagens indviklede omstændigheder bør den nationale ret udsætte sagen, indtil der foreligger en beslutning fra Kommissionen.

Andet spørgsmål

Grundlaget for dette spørgsmål er skrivelsen af 16. december 1974.

De sagsøgte finder, at skrivelsen indeholder en fundamental modsigelse. Hvis de pågældende virksomheder rent faktisk ikke kunne påvirke samhandelen og konkurrencen inden for Fællesskabet, falder aftalerne uden for anvendelsesområdet for artikel 85, og det er uden betydning, at de af de pågældende virksomheder indgåede aftaler indeholder elementer (import- og eksportforbud), der kan stride mod artikel 85, stk. 1. Det er desuden ikke korrekt, at aftalerne er aftaler af mindre betydning, da Lancôme's omsætning og omsætningen i Oréal-koncernen, som selskabet er en del af, ligger betragteligt over de kriterier, Kommissionen angav i sin meddelelse af 19. december 1977. Der må også tages hensyn til den samlede virkning af salgssystemerne, oprettet af de forskellige parfumeproducenter, som alle anvender en kvalitativ og kvantitativ udvælgelse af salgsstederne.

Endelig har de sagsøgte anfægtet den opfattelse, hvorefter en udvælgelse af salgssteder på grundlag af kvalitative kriterier er nødvendig i det foreliggende tilfælde. De her omhandlede produkter er teknisk set ret simple, kræver ikke kundeservice efter salget og kan sælges af et personale, som ikke er specialud-

dannet. Det store salg af parfumerivarer, som Etos kan opvise, beviser, at kunderne meget gerne vil købe disse luksusartikler på steder, der ikke er »overraffinerede«, og til rimelige priser.

Tredje spørgsmål

De sagsøgte har anført, at sagsøgerne udsætter dem for forskelsbehandling. I 1974 anmodede Etos forgæves sagsøgerne om en liste over de objektive betingelser, som parfumesalgsstederne skulle opfylde for at kunne blive autoriseret: sådanne kriterier eksisterer ikke. Til støtte for deres opfattelse har de sagsøgte fremlagt fotografier og har herved gjort gældende, at »luksus-atmosfæren« ikke findes hos mange autoriserede forhandlere. Navnlig arbejder de butikker, som sælger toldfrie varer i lufthavne, havne og ombord på skibe, i en atmosfære, som svarer til atmosfæren i en discount-forretning, og disse butikker tilbyder ikke kvalificeret bistand eller service efter salget og sælger ikke det fulde varesortiment. Når en virksomhed, der har opnået fritagelse fra Kommissionen, ikke overholder de betingelser, som blev stillet herfor bortfalder fritagelsen.

Det forholder sig på samme måde, såfremt det — hvilket er klart i nærværende sag — viser sig, at det fritagne salgssystem ikke er »vandtæt«.

De sagsøgtes konklusion er, at de stillede spørgsmål bør besvares således:

»Første spørgsmål

Skrivelsen af 16. december 1974 fra generaldirektøren for konkurrence er ikke en beslutning efter betydningen i EØF-traktatens artikel 189, stk. 4, og det er følgelig sikkert, at den hverken er en negativattest, jf. artikel 2 i forordning nr. 17/62, eller en fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3.

Skrivelsen kan ikke gøres gældende over for tredjemand.

Af retssikkerhedsgrunde ophæver skrivelsen den foreløbige gyldighed af de gamle aftaler, som blev rettidigt anmeldt.

I tilfælde af, at skrivelsen ikke skulle ophæve den foreløbige gyldighed, bør den nationale ret udsætte hovedsagen og fremkalde en beslutning fra Europa-Kommissionen, idet Europa-Kommissionen ved skrivelse af 24. juli 1972 indledte en procedure i henhold til artikel 17, stk. 3.

Andet spørgsmål

Kontrakten, som på ingen måde mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og konkurrencen inden for fællesmarkedet, falder under ingen omstændigheder ind under EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Den samlede virkning af visse former for praksis på konkurrenceområdet, der hver for sig ikke mærbart påvirker konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne, bevirker ikke desto mindre, at de nævnte former for praksis falder ind under EØF-tratatens artikel 85, stk. 1.

Selektivt salg i forbindelse med udvælgelse af salgssteder efter kvalitative kriterier kan kun tillades inden for rammerne af Fællesskabets konkurrenceordning ved en fritagelse efter EØF-traktatens artikel 83, stk. 3, medmindre den pågældende virksomhed ikke mærkbart kan påvirke konkurrencen inden for Fællesskabet og

samhandelen mellem medlemsstaterne. Et selektivt salg, der — foruden en udvælgelse på grundlag af kvalitative kriterier — også indeholder en udvælgelse på grundlag af kvantitative kriterier, er under alle omstændigheder forbudt inden for rammerne af Fællesskabets konkurrenceordning, medmindre den pågældende virksomhed ikke mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og konkurrencen inden for Fællesskabet.

Når Kommissionen meddeler en sådan fritagelse, skal den tage hensyn til den samlede virkning, som opstår ved, at flere salgssystemer er organiseret på ensartet måde i én og samme handelssektor.

Tredje spørgsmål

Dersom Kommissionen har meddelt en virksomhed fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, med hensyn til anvendelsen af et selektivt salgssystem, og dersom virksomheden ikke overholder de betingelser eller vilkår, som Kommissionen har stillet for fritagelsen, bortfalder i så fald den af Kommissionen meddelte fritagelse.

Det står fast, at systemet ikke længere ved domstolene kan gøres gældende over for tredjemand.

Dersom Kommissionen har meddelt en virksomhed fritagelse efter EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, med hensyn til anvendelsen af et selektivt salgssystem, bortfalder fritagelsen, såfremt det viser sig, at de pågældende produkter i praksis sælges på Fællesskabets marked af grossister og detailhandlere, der ikke er blevet udvalgt af den pågældende virksomhed. For at det selektive salgssystem skal kunne gøres gældende over for tredjemand inden for fællesmarkedet, skal det såvel retligt som faktisk være vandtæt«.

C — Indlæg fra Kommissionen

Kommissionen har i første række fremsat bemærkninger, dels om spørgsmålet, hvorvidt de præjudicielle spørgsmål kan fremmes til realitetsbehandling, dels om spørgsmålet, hvorvidt artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 begrænser de nationale retters beføjelse til at forelægge præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 85, stk. 3; bemærkningerne svarer i store træk til dem, Kommissionen har fremsat i sagerne 253/78 og 1-3/79. Ligesom i sagerne 253/78 og 1-3/79 har Kommissionen herefter redegjort for sin sagsbehandling i forbindelse med salgsaftalerne i parfumerisektoren.

Første spørgsmål

Kommissionen har fulgt opbygningen i sine indlæg i sag 37/79 og søgt at bevise, at den skrivelse af 16. december 1974, som den forelæggende ret henviser til, ikke opfylder flere af de betingelser, der er nødvendige for at betragte den som en beslutning efter traktatens artikel 189, stk. 4. Med hensyn til skrivelsens indhold er det Kommissionens opfattelse, at de betragtninger, som er fremført heri, svarer til dem, Kommissionen lægger til grund, når den udsteder en negativattest. Følgelig har Kommissionen foreslået, at spørgsmålet under 1.1. i de præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende og spørgsmålet under 1.2. benægtende.

Som Kommissionen allerede anførte i indlæggene i sag 37/79 finder den, at sådanne skrivelser ikke kan påberåbes over for tredjemand og desuden heller ikke er bindende for medlemsstaternes retter.

Hvad angår den pågældende skrivelses virkninger på den foreløbige gyldighed har Kommissionen henvist til sine skriftlige indlæg desangående i sagerne 253/78 og 1-3/79. Den har navnlig fremhævet, at den intet har foretaget under de administrative procedurer, som kan ophæve den foreløbige gyldighed af de kontrakter, som var omfattet heraf. Spørgsmålet under 1.4. er følgelig irrelevant. Kommissionen har tilføjet, at spørgsmålet om foreløbig gyldighed i nærværende sag ikke opstår, eftersom kontrakterne efter den ændring, Lancôme foretog på Kommissionens anmodning, ikke længere faldt ind under traktatens artikel 85. De af Lancôme indgåede kontrakter er derfor i alle henseender endeligt gyldige ud fra et fællesskabsretligt synspunkt.

Andet spørgsmål

Kommissionen har navnlig henvist til *Völk* mod *Vervaecke*-dommen, sag 5/69, Sml. 1969, s. 69, og finder, at det absolut er berettiget at tage hensyn til »... [Lancôme's ringe] andel i de enkelte EØF-lande på markedet for parfume-, skønheds- og toiletartikler ...«, således som det anføres i skrivelsen af 16. december 1974 til Lancôme, så meget desto mere som den forelæggende ret nævner, at markedsandelen er »... relativt beskeden«.

Kommissionen har også bemærket, at den i denne sag, ud over den ringe markedsandel, har taget følgende forhold i betragtning:

— den omstændighed, at der findes et ret stort antal konkurrerende virksomheder af samme størrelse,

— den omstændighed, at det økonomiske forhold mellem Lancôme og Oréal-koncernen her ikke findes at kunne øve indflydelse på størrelsen af omsætningen af de pågældende produkter,

— den form for selektivt salgssystem, som der er tale om her,

— karakteren af de pågældende (luksus)produkter,

— det forhold, at de restriktioner, hvis formål eller virkning var at opdele markederne, er blevet fjernet,

— den omstændighed, at de med detailhandlerne indgåede salgskontrakter er ensartede, og at adgangen for kvalificerede detailhandlere til det selektive salgsnet ikke sker vilkårligt eller anvendes til indirekte at ødelægge den frie samhandel mellem autoriserede forhandlere,

— den kendsgerning, at sådanne systemer med selektivt salg anvendes af alle sektorens virksomheder.

Ifølge Kommissionen kan man ikke påberåbe sig dens meddelelser om aftaler af mindre betydning (JO 1970, C 64, s. 1, og EFT 1977, C 313, s. 3) og med støtte heri anføre, at de pågældende aftaler — når de grænser, der er opgivet i meddelelserne, er overskredet — nødvendigvis rammes af forbudet i artikel 85, stk. 1. Kommissionen præciserede nemlig i meddelelserne, at »den af Kommissionen givne kvantitative definition af mærkbarhedsbegrebet dog ikke [er] uden undtagelser«.

Det forhold, der nævnes af den nationale ret under spørgsmål 2.3, vedkommer ikke den konkrete sag og de pågældende aftaler. Da den enkelte aftale vurderes efter artikel 85 ud fra sine konkrete økonomiske virkninger, kan man overhovedet ikke fortolke Kommissionens beslutninger således, at de generelt skulle finde anvendelse på en gruppe aftaler af en bestemt retlig karakter. Desuden er det usikkert, om det i spørgsmål 2.3 anførte er korrekt, idet det allerede fremgår af *Metro*-dommen, Sml. 1977, s. 1875, præmis 20, at visse selektive salgssystemer i visse sektorer og under visse omstændigheder falder uden for forbudet i artikel 85, stk. 1.

Tredje spørgsmål

På baggrund af ovenstående bemærkninger finder Kommissionen, at dette spørgsmål er blevet uden genstand.

Kommissionens konklusion er, at spørgsmålene fra den forelæggende ret bør besvares således:

»1. I henhold til fællesskabsretten kan en skrivelse som den, der den 16. december 1974 blev tilstillet Lancôme, ikke betragtes som en beslutning fra Kommissionen. Da der er tale om en administrativ skrivelse, hvori Kommissionen meddeler Lancôme, at den ikke længere efter de forhold, den har kendskab til, finder anledning til i medfør af artikel 85, stk. 1, at skride ind mod de pågældende kontrakter, kan det ikke efter fællesskabsretten antages, at der er tale om en anvendelse af artikel 85, stk. 3. En sådan skrivelse kan ikke gøres gældene over for tredjemand.

2. Efter fællesskabsretten må det antages, at de aftaler, der er tale om i nærværende sag, kan falde uden for forbudet i artikel 85, stk. 1, uanset de af den nationale ret nævnte forhold, når det ud fra aftalernes hele økonomiske og retlige sammenhæng — navnlig den relativt beskedne markedsandel — må konkluderes, at aftalerne ikke har mærkbare virkninger på konkurrencen«.

III — Mundtlig forhandling

I retsmødet den 8. november 1979 har følgende afgivet indlæg for Domstolen. Sagsøgerne ved advokat W. Alexander, de sagsøgte ved advokat D. J. Gijlstra og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved J. F. Verstrynge.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 22. november 1979.

IV — Genoptagelse af den mundtlige forhandling

1. Ved kendelse af 16. januar 1980 besluttede Domstolen at genåbne den mundtlige forhandling i nærværende sag samt i den forenede sager 153/78 og 1-3/79 og i sag 37/79 og opfordrede parterne i hovedsagen, medlemsstaterne,

Rådet og Kommissionen til at udtale sig om tre spørgsmål [1].

2. Der er blevet afgivet skriftlige svar på disse spørgsmål af parterne, den britiske, danske, franske, belgiske, tyske og nederlandske regering samt af Kommissionen [2].

Spørgsmål 1

Ifølge de *sagsøgte* er den beskyttelse, som ydes de »gamle aftaler«, der er rettidigt anmeldt eller fritaget for anmeldelse, ikke til hinder for, at sådanne aftaler rammes af bestemmelser i en medlemsstats nationale ret, der muligvis i visse henseender er strengere end fællesskabsretten, såfremt anvendelsen af national ret ikke skader anvendelsen af fællesskabsretten og begrænser sig til det særlige anvendelsesområde for national rets konkurrenceregler.

Spørgsmål 2

De *sagsøgte* har anført, at der med sikkerhed i de første år efter vedtagelsen af forordning nr. 17, da det endnu var usikkert, hvorledes fortolkningen af fællesskabets kartelret ville udvikle sig, var på sin plads at beskytte de eksisterende aftaler allerede før indførelsen af fællesskabssystemet. Det store antal relevante aftaler forstærkede kun behovet.

I løbet af de 18 år, som siden er gået, fastlagde Kommissionen sin politik over for mange problemer på det kartelretlige område ved et stort antal beslutninger. For mange aftalers vedkommende er det følgelig blevet muligt at forudse, om en given aftale nogensinde vil blive tilladt af Kommissionen, og om den kan komme i betragtning med hensyn til fritagelse. Desuden formindskede de trufne beslutninger og gruppefritagelserne stærkt problemet med antallet af aftaler.

Tiden er følgelig inde til at tage teorien om den »foreløbige gyldighed« op til revision. Ved en undersøgelse af de gamle aftaler i lyset af den politik, Kommissionen har fulgt i de forgangne 18 år, vil den nationale ret under alle omstændigheder kunne afgøre, om fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, er mulig. Ligeledes er der i sådanne tilfælde intet til hinder for, at den pågældende ret, hvis den er i tvivl, kan udsætte sagen og enten fremkalde en beslutning fra Kommissionen eller forelægge Domstolen et spørgsmål om fortolkning af artikel 85, stk. 3.

I parfumesektoren bevirker den forskellige retsstilling for henholdsvis »gamle« aftaler og »nye« aftaler forskelsforhandling. Visse »gamle« virksomheder nyder godt af, at deres salgssystem foreløbigt er gyldigt og kan anvende et selektivt salgssystem, mens de nye virksomheder, som indgår nye aftaler, ikke har fordel af nogen beskyttelse og ikke kan anvende et selektivt distributionssystem, medmindre der senere meddeles fritagelse.

1 — Kendelsens ordlyd er gengivet i Domstolens dom i de forenede sager 253/78 og 1-3/79.

2 — Indlæggene fra de pågældende medlemsstater og fra institutionen er sammenfattet i Domstolens dom i de forenede sager 253/78 og 1-3/79. Sagsøgernes indlæg i nærværende sag svarer til dem, der er indgivet af de sagsøgte i de ovennævnte forenede sager i den form, hvori de er sammenfattet i Domstolens dom i de forenede sager 253/78 og 1-3/79.

De sagsøgte finder følgelig, at Domstolens andet spørgsmål må besvares således:

»Billigheds- og retssikkerhedshensyn tilsiger, at den begrundelse, som hidtil er blevet anført for den foreløbige gyldighed, der ydes de »gamle aftaler«, ikke længere berettiger en opretholdelse ad infinitum af denne beskyttelse mod, at en national ret anvender bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1 og 2«.

Spørgsmål 3

De *sagsøgte* er af den opfattelse, at man på nye konkurrencebegrænsende aftaler må anvende regler svarende til dem, som de foreslår skal gælde fra de gamle aftaler. Er der tale om »nye aftaler«, der er anmeldt eller fritaget fra anmeldelse, er det udelukket at anvende teorien om foreløbig gyldighed. I så fald kan den nationale ret uden videre anvende EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 og 2, hvis den når frem til den overbevisning, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, ikke kan anvendes. I tilfælde af tvivl kan den nationale ret udsætte sagen og anmode Kommissionen om hurtigt at træffe en afgørelse, eller retten kan forelægge et spørgsmål om fortolkning for Domstolen. Den nationale ret kan ligeledes anvende national, eventuelt strengere konkurrenceret, for så vidt som fællesskabsrettens virkning ikke herved bringes i fare.

3. Sagsøgerne ved advokat Alexander, de sagsøgte ved advokat Gijlstra og Det forenede Kongeriges regering ved advokat Scott, samt Kommissionen ved Verstrynge, har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 29. april 1980.

Generaladvokaten har på ny fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 24. juni 1980.

Præmisser

1 Ved dom 19. juni 1979, indgået til Domstolens justitskontor den 21. juni 1979, har Arrondissementrechtbank Haarlem i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 85 og af visse bestemmelser i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81).

2 Disse spørgsmål er stillet under en retssag mellem Lancôme og dets datterselskab i Nederlandene, Cosparfrance Nederland, sagsøgerne, og to selskaber, Etos og Albert Heyn Supermart, sagsøgte, der driver kædeforret-

ninger i Nederlandene. De sidstnævnte selskaber er af sagsøgerne blevet indstævnet for Arrondissementsrechtbank Haarlem, og sagsøgerne har nedlagt påstand om, at de sagsøgte ophører med at sælge Lancôme-artikler i de af dem drevne forretninger, der ikke er autoriseret til at sælge de nævnte artikler. Sagsøgerne gør gældende, at de sagsøgte har gjort sig skyldige i illoyal konkurrence, idet de har undermindret deres selektive salgssystem, navnlig ved at tilskynde de autoriserede forhandlere til at krænke deres kontraktmæssige forpligtelser. Sagsøgerne har desuden nedlagt påstand om erstatning for det tab, de har lidt ved den pågældende adfærd.

3 Det af Lancôme indførte selektive salgssystem hviler bl.a. på eneforhandlingskontrakter indgået med de generalagenter, som selskabet har autoriseret i de forskellige medlemsstater i Fællesskabet samt på salgsaftaler afsluttet mellem Lancôme og detailhandlere etableret i Frankrig. Standardkontrakten med generalagenterne blev anmeldt til Kommissionen den 30. januar 1963. Kontrakterne mellem de nævnte generalagenter eller Lancôme's datterselskaber på den ene side og de forskellige autoriserede detailhandlere på den anden side blev senere anmeldt til Kommissionen.

4 Da de sagsøgte til deres forsvar gjorde gældende, at sagsøgernes salgsorganisation er delvis ugyldig, fordi den strider mod traktatens artikel 85, stk. 1, har disse påberåbt sig en skrivelse af 16. december 1974 fra generaldirektøren for konkurrence ved Kommissionen for De europæiske Fællesskaber. Det hedder i den pågældende skrivelse, der er rettet til Lancôme, at selskabet som følge af en meddelelse om klagepunkter af 24. juli 1972 ændrede de kontrakter, der konkretiserer dets salgsorganisation i EØF, således at de autoriserede forhandlere herefter frit kan sælge Lancôme-produkter til og købe disse hos enhver i EØF etableret generalagent eller autoriseret forhandler og at fastsætte deres salgspriser, når der er tale om reimporterede eller reeksporterede produkter henholdsvis fra eller til andre lande i fællesmarkedet. Skrivelsen slutter således:

»Jeg skal meddele Dem, at Kommissionen ikke længere efter de forhold, den har kendskab til, finder anledning til i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, at skride ind mod ovennævnte kontrakter. Kommissionen har herved lagt følgende til grund: Lancôme har kun en ringe andel i de enkelte EØF-

lande på markedet for parfume-, skønheds- og toiletartikler. På markedet findes der et tilstrækkeligt antal konkurrerende virksomheder af samme størrelse. Desuden findes de økonomiske forhold mellem Deres selskab og Oréal-koncernen ikke i nærværende sag at kunne øve indflydelse på størrelsen af Deres omsætning af de pågældende produkter«.

Arrondissementsrechtbank besluttede at udsætte sagen og forelægge Domstolen sålydende præjudiciel anmodning:

»For det første lægges følgende forhold til grund:

1) En virksomhed anvender et selektivt system ved salg af sine parfume-, skønheds- og toiletartikler i EØF,

2) de kontrakter, der er grundlaget for de selektive salgssystemer, eksisterede allerede, da forordning nr. 17 trådte i kraft, og de er rettidigt blevet anmeldt til Kommissionen på formular B, jf. artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 17,

3) de pågældende kontrakter er blevet ændret i overensstemmelse med Kommissionens anvisninger i dens Fjerde Beretning om Konkurrencepolitikken, jf. pkt. 94,

4) generaldirektøren for konkurrence tilstillede den 16. december 1974 nævnte virksomhed en skrivelse, hvis indhold er omtalt i nærværende doms præmisser,

5) de fleste (men ikke alle) i parfumebranchen anvender et selektivt system ved salget af deres »prestigeprodukter«, jf. Kommissionens oplysninger under pkt. 57-59 i den Femte Beretning om Konkurrencepolitikken,

6) den offentliggørelse, som omtales i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, har ikke fundet sted.

For det andet er det ikke klart, om der foreligger de under punkterne a) og/eller b) nedenfor i spørgsmål 3 nævnte omstændigheder.

Retten skal på grundlag af ovenfor nævnte forhold anmode De europæiske Fællesskabers Domstol om at afgøre følgende spørgsmål:

1. Hvilken karakter har den under IV) ovenfor nævnte skrivelse fra generaldirektøren for konkurrence, navnlig når henses til følgende:

   1.1. Er der tale om en erklæring fra Kommissionen om, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse på de kontrakter, som er blevet ændret som nævnt under III) ovenfor?

   1.2. Er der tale om en konkret anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3?

   1.3. Har den virkning over for alle?

   1.4. Bringer den den foreløbige gyldighed af de tidligere kontrakter, som blev rettidigt anmeldt, til ophør?

2. Idet den ovenfor under 1) nævnte virksomhed har en relativt beskeden markedsandel, er det da muligt, at de kontrakter, der blev ændret som beskrevet ovenfor under III), ikke omfattes af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, uanset

   2.1. den omstændighed, at kontrakterne indeholder bestemmelser, hvorefter der

   — dels gennemføres en udvælgelse af såkaldte autoriserede forhandlere,

   — dels fastsættes et forbud mod at levere til andre end forbrugere eller autoriserede forhandlere,

   2.2. den omstændighed, at den ovenfor under I) nævnte virksomheds konkurrenter også anvender et selektivt salgssystem, og

   2.3. den omstændighed, at et selektivt salgssystem hidtil kun har været tilladt efter fritagelse efter artikel 85, stk. 3?

3. Hvis Kommissionen har meddelt en virksomhed fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, med henblik på anvendelse af et selektivt salgssystem, bortfalder fritagelsen da, hvis det viser sig

   a) at den pågældende virksomhed ikke overholder de forpligtelser eller betingelser, som Kommissionen har opstillet for fritagelsen, og/eller

b) at de pågældende produkter i praksis inden for fællesmarkedet udbydes af grossister eller detailhandlere, der ikke er blevet udvalgt af den pågældende virksomhed?«

Første spørgsmål

6 Ved det første spørgsmål anmodes Domstolen for det første om at fastslå den retlige karakter af skrivelser som den, generaldirektoratet for konkurrence tilstillede Lancôme, og at fastlægge de virkninger, som sådanne skrivelser har over for tredjemand. For det andet spørges der, om skrivelsen bringer den »foreløbige gyldighed« af de gamle aftaler, som blev rettidigt anmeldt, til ophør.

De pågældende skrivelsers retlige karakter

7 Traktatens artikel 87, stk. 1, bemyndiger Rådet til at udstede de fornødne forordninger eller direktiver om anvendelsen af principperne i artiklerne 85 og 86. I henhold hertil har Rådet udstedt forordninger, bl.a. forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81), hvorved Kommissionen blev bemyndiget til at udstede forskellige former for forordninger, beslutninger og henstillinger.

8 Blandt de midler, der herved blev stillet til Kommissionens rådighed, for at den kan udføre sin opgave, er beslutningerne om negativattester og beslutningerne i medfør af artikel 85, stk. 3. Hvad angår beslutningerne om negativattest bestemmes det i artikel 2 i Rådets forordning nr. 17, at Kommissionen efter begæring fra de pågældende virksomheder kan fastslå, at der ikke efter de forhold, den har kendskab til, findes anledning til i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 at skride ind mod en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis. Vedrørende beslutningerne i henhold til artikel 85, stk. 3, bestemmes det i artiklerne 6 ff i nævnte forordning nr. 17, at Kommissionen kan træffe beslutninger om at erklære bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, uanvendelige på en given aftale, for så vidt som den er blevet anmeldt, medmindre den er fritaget for anmeldelse i medfør af forordningens artikel 4, stk. 2.

9 Forordning nr. 17 og forordningerne til dens gennemførelse fastlægger de regler, som Kommissionen skal iagttage, når den træffer de ovennævnte

beslutninger. Når Kommissionen påtænker at udstede en negativattest i henhold til artikel 2 eller at træffe en beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, skal den bl.a. i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 offentliggøre begæringens eller anmeldelsens indhold i hovedtræk tillige med en opfordring til enhver interesseret tredjemand om at fremkomme med bemærkninger hertil inden en bestemt frist, som Kommissionen fastsætter. Forordningens artikel 21, stk. 1, bestemmer, at beslutningerne om negativattest og fritagelse skal offentliggøres.

10 Det er klart, at sådanne skrivelser, som Generaldirektoratet for Konkurrence tilstillede de pågældende selskaber, og som blev færdigbehandlet uden den offentliggørelse, som foreskrives i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, og ikke var genstand for nogen offentliggørelse i medfør af forordningens artikel 21, stk. 1, hverken er beslutninger om negativattest eller beslutninger i henhold til artikel 85, stk. 3, efter den i artiklerne 2 og 6 i forordning nr. 17 angivne betydning. Som Kommissionen selv har fremhævet, er der udelukkende tale om administrative skrivelser, hvorved Kommissionen meddeler den pågældende virksomhed, at den ikke finder anledning til i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1, at skride ind mod de pågældende kontrakter, samt at sagen følgelig kan henlægges.

11 Sådanne skrivelser, hvori Kommissionen på grundlag alene af de forhold, den har kendskab til, som afslutning på sin undersøgelse tilkendegiver sin opfattelse, er ikke til hinder for, at de nationale retter, for hvilke de pågældende aftalers uforenelighed med artikel 85 gøres gældende, efter de foreliggende omstændigheder kan anlægge en anden vurdering af de pågældende aftaler. Selv om den i sådanne skrivelser tilkendegivne opfattelse ikke binder de nationale retter, er den dog et forhold, som disse kan tage i betragtning ved deres prøvelse af, om de pågældende aftaler eller den pågældende adfærd strider mod artikel 85.

Den foreløbige gyldighed

12 Som Domstolen senest har kendt for ret i dommen af 14. december 1977, sag 59/77, *De Bloos* mod *Bouyer*, Sml. 1977, s. 2359 »[skal] i den periode, der

løber fra en anmeldelse indtil den dato, Kommissionen træffer beslutning, en ret, som er blevet forelagt en tvist vedrørende en gammel aftale, som er behørigt anmeldt eller fritaget for anmeldelse, tillægge en sådan aftale de retsvirkninger, der følger af de for aftalen gældende retsregler, uden at disse retsvirkninger kan anfægtes ved en eventuel indsigelse om, at aftalen strider mod artikel 85, stk. 1«.

13 Den forelæggende ret spørger, om en skrivelse som den, der den 16. december 1974 blev tilstillet Lancôme af Kommissionens tjenestegrene, medfører, at den foreløbige gyldighed, som gælder i henhold til Domstolens praksis for anvendelsen af de gamle aftaler, der er anmeldt inden for fristen i henhold til artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 17, eller som er fritaget for anmeldelse, bringes til ophør.

14 For at besvare dette spørgsmål vil det være hensigtsmæssigt på ny at fremdrage de betragtninger, der ligger til grund for Domstolens praksis vedrørende den »foreløbige gyldighed«.

15 Som Domstolen navnlig har bemærket i dommen af 9. juli 1969, *Portelange* mod *Smith Corona Marchant International,* sag 10/69, Sml. 1969, s. 77, er udformningen af traktatens artikel 85 karakteriseret ved, at den fastsætter en regel om forbud (stk. 1) og om virkningerne heraf (stk. 2), der modificeres ved beføjelse til at meddele undtagelser fra denne regel (stk. 3). En bestemt aftale eller visse af dens bestemmelser kan kun rammes af ugyldighed, hvis aftalen er omfattet af stykke 1 i ovennævnte artikel, uden at bestemmelserne i stykke 3 kan finde anvendelse på den.

16 Kommissionens enekompetence til at anvende artikel 85, stk. 3, der fremgår af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 i forbindelse med bestemmelserne i samme forordnings artikel 6, stk. 2, og artikel 7, som yder gamle aftaler en særstilling, har foranlediget Domstolen til det resultat, at retssikkerheden i kontraktsforhold for de pågældende aftalers vedkommende kræver, at retten, når aftalen er blevet anmeldt i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 17, ikke fastslår, at aftalen ikke har fuld virkning, før end Kommissionen har truffet en beslutning i medfør af den nævnte forordning.

17 I lyset af disse betragtninger er det klart, at opretholdelsen af den foreløbige gyldighed, der ydes de anmeldte gamle aftaler, ikke længere er begrundet fra det øjeblik, hvor Kommissionen meddeler de interesserede, at den har henlagt sagen dem vedrørende. Når en sådan opfattelse er kommet til udtryk, der viser, at Kommissionen ikke påtænker at træffe en individuel beslutning med hensyn til de pågældende anmeldte aftaler, er det usandsynligt, at Kommissionen senere til fordel for aftalerne vil gøre brug af sin beføjelse til at anvende artikel 85, stk. 3, eventuelt med tilbagevirkende kraft til tiden før deres anmeldelse, således som der er hjemmel til i artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 17. Følgelig er intet længere til hinder for, at de nationale retter, for hvilke den direkte virkning af forbudet i artikel 85, stk. 1, påberåbes, træffer afgørelse.

18 Det første spørgsmål findes derfor at måtte besvares således, at en administrativ skrivelse, hvorved Kommissionen meddeler den pågældende virksomhed, at den ikke finder anledning til i medfør af bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, at skride ind mod anmeldte kontrakter, bringer den foreløbige gyldighed til ophør, som fra anmeldelsen gjaldt for de inden den 13. marts 1962 indgåede aftaler, som blev anmeldt inden for fristen i artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 17, eller som var fritaget for anmeldelse. De vurderinger, som en sådan skrivelse indeholder, binder ikke den nationale ret, men er et forhold, som retten kan tage i betragtning ved sin prøvelse af, om de pågældende kontrakter er forenelige med artikel 85.

Andet spørgsmål

19 Den nationale rets andet spørgsmål tilsigter at klarlægge, om de aftaler, hvis grundlag er et selektivt salgssystem, kan falde uden for forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1, som følge af, at den pågældende virksomhed har en relativ ringe markedsandel. Desangående henleder den forelæggende ret opmærksomheden på, at virksomhedens konkurrenter muligvis også anvender et selektivt salg. Retten fremlægger desuden den opfattelse, at det selektive salg hidtil kun kunne antages at være muligt på grundlag af en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3.

20 Som Domstolen har bemærket i dommen af 25. oktober 1977, sag 26/76, *Metro,* Sml. 1977, s. 1875, udgør selektive salgssystemer én blandt flere konkurrenceformer, som er i overensstemmelse med artikel 85, stk. 1, såfremt udvælgelsen af forhandlere sker på grundag af objektive kvalitetskriterier for forhandlerens og hans personales faglige dygtighed samt for hans salgslokalers beskaffenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle potentielle forhandlere og anvendes uden diskriminering.

21 Heraf følger, at et selektivt salgsnet, som der kun er adgang til på betingelser, der går videre end den blotte objektive udvælgelse på grundlag af kvalitet, principielt gribes af forbudet i artikel 85, stk. 1, navnlig, når nettet hviler på kvantitative udvælgelseskriterier.

22 Som Domstolen har udtalt i dommen af 30. juni 1966, sag 56/65, *L.T.M.,* Sml. 1965-1968, s. 211, skal en aftale for at kunne forbydes som uforenelig med fællesmarkedet i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1, opfylde forskellige betingelser, som ikke så meget vedrører dens retlige karakter som dens retlige forhold til »handelen mellem medlemsstater« og til »konkurrencen«.

23 For på den ene side at afgøre, om en aftale kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, må det, på grundlag af alle objektive retlige eller faktiske omstændigheder, fastslås, om den pågældende aftale gør det muligt med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed at forudse, at den kan have en direkte, eller indirekte aktuel eller potentiel indflydelse på samhandelen mellem medlemsstater.

24 For på den anden side at vurdere, om en aftale må antages at være forbudt som følge af de ændringer i den frie konkurrence, der er genstand for aftalen eller en virkning af den, må der foretages en undersøgelse af konkurrenceforholdene inden for den faktiske ramme, hvor den ville udfolde sig uden den omtvistede aftale. I så henseende må man bl.a. se på karakteren og den eventuelt begrænsede mængde af de produkter, der er genstand for aftalen, den stilling og betydning, parterne har på markedet for de pågældende produkter og spørgsmålet, om der kun foreligger én tvivlsom aftale eller den

derimod indgår i en helhed af aftaler. Desangående præciserede Domstolen i sin dom af 12. december 1967, sag 23/67, *Brasserie de Haecht I,* Sml. 1965-1968, s. 421, at eksistensen af lignende aftaler uden at være altafgørende er en omstændighed, der i forbindelse med andre kan danne en helhed, som er den økonomiske og retlige samling, som aftalen skal vurderes i.

25 Det tilkommer den nationale ret på grundlag af samtlige relevante omstændigheder at afgøre, om en aftale faktisk opfylder betingelserne for at falde ind under forbudet i artikel 85, stk. 1.

26 Det andet spørgsmål vil derfor at være at besvare således, at de aftaler, der er grundlaget for et selektivt salgssystem, som er baseret på andre adgangsbetingelser end en objektiv udvælgelse på grundlag af kvalifikationer, opfylder betingelserne for at være uforenelige med artikel 85, stk. 1, når aftalerne enten alene eller sammen med andre i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvorunder de er afsluttet, og ud fra en række objektive retlige eller faktiske forhold, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

Tredje spørgsmål

27 Under hensyn til svaret på første spørgsmål bliver det tredje spørgsmål fra den forelæggende ret uden genstand.

Sagens omkostninger

28 De udgifter, der er afholdt af den belgiske, danske, franske, nederlandske, Forbundsrepublikken Tysklands og Det forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, der har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt den af Arrondissementsrechtbank Haarlem ved dom af 19. juni 1979, for ret:

1. **En administrativ skrivelse, hvorved Kommissionen meddeler den pågældende virksomhed, at den ikke finder anledning til i medfør af bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, at skride ind mod anmeldte kontrakter, bringer den foreløbige gyldighed til ophør, som fra anmeldelsen gjaldt for de inden den 13. marts 1962 indgåede aftaler, som blev anmeldt inden for fristen i artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 17, eller som var fritaget for anmeldelse. De vurderinger, som en sådan skrivelse indeholder, binder ikke den nationale ret, men er et forhold, som retten kan tage i betragtning ved sin prøvelse af, om de pågældende kontrakter er forenelige med artikel 85.**

2. **De aftaler, der er grundlaget for et selektivt salgssystem, som er baseret på andre adgangsbetingelser end en objektiv udvælgelse på grundlag af kvalifikationer, opfylder betingelserne for at være uforenelige med artikel 85, stk. 1, når aftalerne enten alene eller sammen med andre i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvorunder de er afsluttet, og ud fra en række objektive retlige eller faktiske forhold, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.**

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. juli 1980.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident