trokken markt en het geïsoleerde karakter van de litigieuze overeenkomst dan wel juist de omstandigheid dat zij deel uitmaakt van een reeks van overeenkomsten. Het bestaan van gelijksoortige overeenkomsten is zonder noodzakelijkerwijze beslissend te zijn, een omstandigheid die te zamen met andere de economische en juridische samenhang kan opleveren waarbinnen de overeenkomst moet worden beoordeeld.

In zaak 99/79,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van de Arrondissementsrechtbank te Haarlem (Eerste kamer), in het aldaar aanhangig geding tussen

1. SA LANCÔME, te Parijs,

2. COSPARFRANCE NEDERLAND BV, te Weesp,

en

1. ETOS BV, te Zaandam,

2. ALBERT HEYN SUPERMART BV, te Zaandam,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 85 EEG-Verdrag en enkele uitvoeringsbepalingen daarvan,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

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

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

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten, het procesverloop en de krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG ingediende schriftelijke opmerkingen kunnen worden samengevat als volgt:

I — Feiten en procesverloop

1. De SA Lancôme te Parijs produceert parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen en brengt deze onder het merk Lancôme in de handel. Cosparfrance Nederland BV is een dochtermaatschappij van Lancôme, die de Lancôme-produkten in Nederland in de handel brengt.

2. Lancôme heeft voor de verkoop van haar produkten een selectieve verkooporganisatie opgezet die zich over de hele EEG uitstrekt en berust op alleenverkoopovereenkomsten die zij met de in de verschillende Lid-Staten van de EEG door haar aangewezen, algemene vertegenwoordigers heeft gesloten, en op verkoopovereenkomsten tussen Lancôme en in Frankrijk gevestigde detailhandelaren. Op 30 januari 1963 heeft Lancôme een model van de alleenverkoopovereenkomst die zij met haar algemene vertegenwoordigers voor Duitsland, Italië, Nederland, België en Luxemburg heeft gesloten, bij de Commissie aangemeld. Later heeft Lancôme ook de overeenkomsten die haar algemene vertegenwoordigers of dochterondernemingen ten aanzien van hun respectieve erkende wederverkopers toepassen, aan de Commissie overgelegd.

3. De Commissie heeft op 27 april 1972 een procedure ingeleid en vervolgens op 24 juli 1972 een mededeling van punten van bezwaar aan Lancôme gezonden. Naar aanleiding van deze mededeling heeft Lancôme haar overeenkomsten gewijzigd teneinde handel tussen de in de verschillende Lid-Staten gevestigde, door Lancôme erkende detailhandelaren mogelijk te maken en te voorkomen dat aldus geïmporteerde of geëxporteerde Lancôme-artikelen onderworpen zouden zijn aan in sommige Lid-Staten toegepaste verticale prijsbinding. Hierop heeft de directeur-generaal Concurrentie op 16 december 1974 Lancôme een brief geschreven van de volgende inhoud:

„Betreft: Zaak nr. IV/19.552 — Verkooporganisatie Lancôme

Mijne heren,

De SA Lancôme heeft in Frankrijk en in de andere EEG-landen een selectief distributienet opgebouwd dat wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van een beperkt aantal erkende detailhandelaren.

Deze verkooporganisatie berust op de standaard-alleenverkoopovereenkomst die Lancôme met haar algemene vertegenwoordigers in de verschillende EEG-landen heeft gesloten en op uniforme distributieovereenkomsten die laatstgenoemden en Lancôme zelf binnen hun respectieve rayons met hun erkende detailhandelaren hebben gesloten.

De standaard-alleenverkoopovereenkomst en de uniforme distributieovereenkomsten bevatten bepalingen die de Commissie onverenigbaar achtte met artikel 85 EEG-Verdrag. Het betrof met name bepalingen die beoogden de erkende detailhandelaren te beletten Lancôme-produkten te verkopen aan en te kopen van algemene vertegenwoordigers of erkende detailhandelaren in andere EEG-landen, en de hun opgelegde ver-

plichting om zich aan de verticale prijsbinding te houden zelfs voor Lancômeprodukten die zij binnen de EEG weder in- of uitvoerden. Daarom is aan uw vennootschap op 24 juli 1972 mededeling van punten van bezwaar gedaan krachtens artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17. Naar aanleiding van deze mededeling heeft uw vennootschap de overeenkomsten waarin uw verkooporganisatie binnen de EEG gestalte krijgt, zo gewijzigd dat het erkende detailhandelaren voortaan vrij staat Lancôme-produkten te kopen van en te verkopen aan iedere binnen de EEG gevestigde algemene vertegenwoordiger of erkende detailhandelaar, en bij wederingevoerde of wederuitgevoerde produkten afkomstig uit of bestemd voor andere EEG-landen, zelf hun verkoopprijzen vast te stellen.

Tot mijn genoegen kan ik u meedelen dat de Commissie onder deze omstandigheden — gegeven het bescheiden aandeel dat uw bedrijf in de afzonderlijke EEG-landen op de markt in parfumerieprodukten, schoonheids- en toiletartikelen heeft, de aanwezigheid op die markt van een vrij groot aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang, en omdat de financiële banden tussen uw bedrijf en de Oréal-groep in casu voor de litigieuze produkten geen invloed lijken te kunnen hebben op de omvang van uw omzet — meent dat er voor haar op grond van de haar bekende gegevens geen aanleiding meer bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag tegen voornoemde overeenkomsten op te treden. Deze zaak kan dus worden afgesloten.

Ik wijs u er echter op, dat de Commissie er nauwlettend op zal toezien dat de toelating tot of de uitsluiting van uw verkoopnet van geschoolde wederverkopers niet op willekeurige wijze geschiedt en dat van dit middel niet op oneigenlijke wijze gebruik wordt gemaakt om de handelsvrijheid tussen de erkende verkopers uit te schakelen.

Hoogachtend,

W. Schlieder"

4. De groep-Ahold NV, waartoe gedaagden in het hoofdgeding, Etos BV en Albert Heyn Supermart BV, behoren, controleert een belangrijk grootwinkelbedrijf in Nederland, dat zich voornamelijk beweegt in de sector levensmiddelen en algemene consumptiegoederen. Etos exploiteert momenteel 59 drogisterijen op basis van een discountformule, waarin een gemengd pakket drogisterijartikelen, geneesmiddelen, cosmetica en parfumerieën wordt verkocht.

Vóór haar overname door Albert Heyn (nu Ahold NV) had Etos met Cosparfrance overeenkomsten gesloten op grond waarvan verscheidene door Etos geëxploiteerde winkels als depositaires voor Lancôme-produkten waren erkend. Deze overeenkomsten liepen op 20 oktober 1975 af.

Gedaagden in het hoofdgeding verzochten Cosparfrance, aan al hun Etos-drogisterijen en „discount drugstores" Lancôme-artikelen te leveren, maar Cosparfrance weigerde dit met het argument dat de „discount drugstores" niet aan haar kwalitatieve criteria voldeden en dat het bevoorraden van alle winkels in kwestie bovendien in strijd zou zijn met haar selectief distributiestelsel.

Gedaagden in het hoofdgeding zijn niettemin overgegaan tot de verkoop van Lancôme-produkten beneden de prijzen die de Nederlandse depositaires verplicht zijn te berekenen.

5. Lancôme en Cosparfrance, eiseressen in het hoofdgeding, hebben Albert Heyn Supermart en Etos gedagvaard voor de Arrondissementsrechtbank te Haarlem teneinde de gedaagden te doen verbieden Lancôme-artikelen te verkopen in de door hen geëxploiteerde winkels welke niet als depositaires van Lancôme-artikelen zijn erkend, en hen bovendien de door deze verkopen geleden schade te doen vergoeden.

Ter ondersteuning van hun vorderingen hebben Lancôme en Cosparfrance betoogd dat de gedaagden zich jegens hen schuldig maken aan een onrechtmatige daad door hun verkooporganisatie te verstoren en te ondermijnen, onder meer door depositaires ertoe te brengen hun contractuele verplichtingen te schenden.

6. Gedaagden hebben als verweer aangevoerd dat de verkooporganisatie van de eiseressen gedeeltelijk nietig is wegens strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Ook hebben zij betoogd dat de brief van 16 december 1974 slechts de opinie van een hoofd van dienst weergaf, waardoor de Commissie niet zou zijn gebonden.

7. Gezien de onenigheid tussen partijen over de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, op het onderhavige geval, heeft de verwijzende rechter bij vonnis van 19 juni 1979 een verzoek om een prejudiciële beslissing aan het Hof gericht, dat als volgt is geformuleerd:

„Enerzijds ervan uitgaande

(1) dat een onderneming voor de afzet van haar parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen in de EEG een stelsel van selectieve distributie toepast,

(2) dat de overeenkomsten waarop dit stelsel van selectieve distributie berust reeds bestonden ten tijde van de inwerkingtreding van EEG-verordening nr. 17 en tijdig overeenkomstig artikel 5, lid 1, van verordening nr. 17 met gebruikmaking van formulier B zijn aangemeld bij de Commissie,

(3) dat in die overeenkomsten wijzigingen zijn aangebracht als door de Commissie aangegeven in haar vierde verslag over het mededingingsbeleid, nr. 94,

(4) dat de directeur-generaal van de Concurrentie op 16 december 1974 aan die onderneming een brief heeft gezonden, voor de inhoud waarvan wordt verwezen naar de rechtsoverwegingen van dit vonnis,

(5) dat ook de meeste (zo niet alle) andere ondernemingen in de parfumeriesector selectieve distributie toepassen voor de verkoop van hun ‚produits de prestige', zoals omschreven door de Commissie in haar vijfde verslag over het mededingingsbeleid nrs. 57-59,

(6) dat de in artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 voorziene bekendmaking niet heeft plaatsgevonden;

anderzijds in het midden latende of sprake is van omstandigheden als hierna onder a en/of b aan de orde gesteld in vraag 3,

Verzoekt het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen uitspraak te doen over de navolgende vragen:

1. Wat is het karakter van de onder (4) bedoelde brief van de directeur-generaal van de Concurrentie, met name in de navolgende opzichten:

1.1. Geldt ze als een verklaring, dat de Commissie artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, niet van toepas-

sing acht op de overeenkomsten waarin de onder (3) bedoelde wijzigingen zijn aangebracht?

1.2. Geldt ze als een toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag?

1.3. Heeft ze werking jegens derden?

1.4. Maakt ze een einde aan de voorlopige geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten?

2. Is het mogelijk dat de overeenkomsten, waarin zijn aangebracht de wijzigingen bedoeld onder (3), op grond van het betrekkelijk bescheiden marktaandeel van de onder (1) bedoelde onderneming, niet vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, ondanks

2.1. het feit dat zij bepalingen bevatten, strekkende tot — enerzijds een selectie van zogenaamde erkende detailhandelaren, en

— anderzijds een verbod van levering aan anderen dan consumenten of erkende detailhandelaren,

2.2. het feit dat ook de concurrenten van de onder (1) bedoelde onderneming selectieve distributie toepassen,

2.3. het feit dat selectieve distributie tot dusverre slechts mogelijk leek op grond van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3?

3. Indien de Commissie aan een onderneming een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, heeft verleend voor toepassing van een stelsel van selectieve distributie, vervalt deze ontheffing in geval zou blijken

a) dat de betreffende onderneming zich niet zou houden aan de door de Commissie aan de ontheffing verbonden voorwaarden of verplichtingen

en/of

b) dat in de praktijk de produkten in kwestie binnen de gemeenschappelijke markt worden aangeboden door groothandelaren en detailhandelaren, die niet door de betreffende onderneming zijn geselecteerd?"

8. Het verwijzingsvonnis is op 21 juni 1979 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hof Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door eiseressen in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door W. Alexander, advocaat te 's-Gravenhage; gedaagden in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door D. J. Gijlstra, advocaat te Amsterdam; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur J. Temple Lang en J.-F. Verstrynge, lid van de juridische dienst van de Commissie, als gemachtigden.

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

II — Schriftelijke opmerkingen ingediend krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG

A — Opmerkingen van eiseressen in het hoofdgeding

Als inleiding geven eiseressen in het hoofdgeding een korte beschrijving van de kenmerken van de litigieuze produk-

ten. Zij wijzen vooral op het belang de omstandigheden waaronder „produits de prestige" zoals de Lancôme-produkten aan het publiek worden aangeboden, onder controle te houden. Er dient vooral voor te worden gewaakt dat alleen produkten die volkomen fris zijn, worden geëtaleerd en in de verkoop worden gebracht, dat het volledige assortiment (ook de minder vaak verkochte schakeringen) voortdurend in voorraad is, dat de klant door deskundig personeel kan worden voorgelicht en dat de winkel geen waren verkoopt of reclame maakt die hetzij het element van luxe hetzij de reputatie van het merk in gevaar kan brengen. Als een fabrikant de factoren verwaarloost waarvan de gunst van het publiek waarop hij met zijn prestige-produkten mikt, afhangt, dan is de prijs daarvoor klantenverlies. Daarom zijn eiseressen slechts bereid hun produkten te verkopen via geselecteerde detailhandelaren die bereid zijn zich aan verplichtingen betreffende de wijze van verkoop en presentatie van de onderhavige produkten te houden.

Na een korte vermelding van de feiten die in het hoofdgeding aan de orde zijn, en van de administratieve procedure die de Commissie ten aanzien van het distributiestelsel van Lancôme heeft gevolgd, maken eiseressen in het hoofdgeding over de drie vragen van de verwijzende rechter de volgende opmerkingen.

De eerste vraag

Vooropgesteld moet worden, aldus eiseressen in het hoofdgeding, dat de brief aan Lancôme van 16 december 1974 mededeling doet van een mening van de Commissie en niet uitsluitend van die van een diensthoofd; dit blijkt duidelijk uit het vierde verslag over het mededingingsbeleid van de Commissie, nrs. 93-97.

Het achterwege laten van de publikatie voorzien in art. 19, lid 3, van verordening nr. 17, de ondertekening door de directeur-generaal Concurrentie en het achterwege laten van de (gebruikelijke) publikatie bedoeld in artikel 21 van verordening nr. 17, wijzen erop dat de Commissie zelf de brief van 16 december 1974 niet zag als een beschikking in de zin van hetzij artikel 2, hetzij artikel 6 van verordening nr. 17. Niettemin zou, overeenkomstig het arrest-CBR (Jurispr. 1967, blz. 92, 114), die brief toch een beschikking kunnen opleveren indien zij een maatregel oplevert welke de belangen der onderneming heeft aangetast door haar rechtspositie aanmerkelijk te wijzigen. Opgemerkt dient te worden dat voormelde brief bij Lancôme het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat de onderhavige overeenkomsten verenigbaar zijn met art. 85, en dat Lancôme zich heeft ingespannen om een verkoopstelsel te handhaven in overeenstemming met de beginselen die de instemming hadden gevonden van de Commissie. Met betrekking tot de vraag of voornoemde brief een beschikking oplevert, sluiten eiseressen in het hoofdgeding zich aan bij de op dit punt door de vennootschappen Parfums Rochas en Estée Lauder in de zaken 2/79 en 37/79 naar voren gebrachte argumenten.

Op grond van de argumenten van deze laatste twee vennootschappen stellen eiseressen in het hoofdgeding zich ook op het standpunt, dat voornoemde brief een toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag vormt. Zo het Hof anders mocht oordelen, dan kan deze brief slechts gelden als een toepassing van artikel 2 van verordening nr. 17. De rechtszekerheid eist dat een dergelijke beschikking haar werking uitoefent, zelfs ten opzichte van derden, zolang zij niet is vernietigd of ongeldig verklaard. Een dergelijke beschikking zet de voorlopige

geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten om in een definitieve geldigheid.

Voor het geval het Hof de opvatting dat de brief van 16 december 1974 een beschikking vormt, niet mocht delen, stellen eiseressen in het hoofdgeding subsidiair, dat in dat geval de procedure voor het geven van een gunstige beschikking met betrekking tot de overeenkomsten van Lancôme nog niet is beëindigd. Daar de Commissie nog geen definitief besluit heeft genomen krachtens verordening nr. 17, heeft voornoemde brief geen einde gemaakt aan de voorlopige geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten (zaak 59/77, De Bloos, Jurispr. 1977, blz. 2359).

De tweede vraag

De factoren die de rechtbank in zijn vragen heeft aangegeven, kunnen aanwijzingen vormen voor de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1. Als men aanneemt dat de brief van 16 december 1974 geen ontheffingsbeschikking is, moet men tot de slotsom komen dat de Commissie, gezien de aanwezigheid op de markt van een groot aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang en de in de overeenkomsten aangebrachte wijzigingen, van oordeel was dat de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, niet waren vervuld. Zo deze waardering van de overeenkomsten en van hun economische context onjuist mocht blijken, dan voldoet het verkoopsysteem van Lancôme in ieder geval aan de voorwaarden voor verlening van een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3. Hoe dit ook zij, het verkoopsysteem van Lancôme behoudt zijn voorlopige geldigheid totdat de Commissie een dergelijke beschikking geeft.

De derde vraag

De derde vraag berust op stellingen van gedaagden in het hoofdgeding, waarvan de verwijzende rechter niet zelf de juistheid heeft vastgesteld. Eiseressen in het hoofdgeding merken hierover op, dat het onvermijdelijk is dat zich onder de 10 000 door Lancôme erkende detaillisten in de EEG enkelen bevinden die zich laten verleiden tot schending van hun contractuele verplichtingen. Wanneer zij worden betrapt, worden zij niet langer bevoorraad. Ten aanzien van derden die profijt trekken van dergelijke wanprestaties, ziet Lancôme zich genoodzaakt prioriteiten te stellen alvorens te besluiten tegen wie in rechte moet worden opgetreden. Etos onderscheidt zich van andere outsiders doordat zij de selectieve verkooporganisatie van Lancôme geleidelijk aan heeft ondermijnd door Lancôme-artikelen te verkopen buiten de Etos-winkels die oorspronkelijk door Lancôme waren erkend. Verder onderscheidt Etos zich door haar stelselmatige en aggressieve, groots opgezette aanvallen op Lancômes verkooporganisatie. Niets wijst erop, dat een aan een onderneming verleende ontheffing vervalt ingeval zou blijken dat de produkten in kwestie worden aangeboden door groothandelaren en detailhandelaren die niet door de betreffende onderneming zijn erkend. Zo'n bewering is hypocriet wanneer zij komt uit de mond van een onderneming die het erop toelegt lekken te slaan in de desbetreffende verkooporganisatie. Hoe dit ook zij, de gevolgen van het eventueel niet in acht nemen van de aan de ontheffing verbonden voorwaarden worden in artikel 8, lid 3 b, van verordening nr. 17 geregeld, dat de Com-

missie de bevoegdheid geeft haar beschikking te herroepen of te wijzigen.

Concluderend stellen eiseressen in het hoofdgeding voor, het navolgende antwoord te geven op de eerste vraag:

„1. De geciteerde brief van de directeur-generaal Concurrentie van 16 december 1974 levert op een beschikking waarbij de Commissie:

1.1. artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag heeft toegepast op de overeenkomsten waarin de wijzigingen, door haar in aanmerking genomen, zijn aangebracht.

1.2. (subsidiair) heeft verklaard dat de Commissie artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag niet van toepassing acht op de overeenkomsten waarin de wijzigingen, door haar in aanmerking genomen, zijn aangebracht.

1.3. deze beschikking heeft volledige werking jegens derden zolang zij niet is vernietigd of ongeldig verklaard.

1.4. deze beschikking heeft de voorlopige geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten omgezet in een definitieve geldigheid."

Voor het geval Lancômes stelling dat de geciteerde brief van de directeur-generaal Concurrentie een beschikking van de Commissie oplevert, om de een of andere reden niet zou worden aanvaard, stellen eiseressen in het hoofdgeding voor, het navolgende antwoord te geven op de eerste vraag van de Arrondissementsrechtbank te Haarlem:

„1. De geciteerde brief van de directeur-generaal Concurrentie van 16 december 1974 levert niet op een beschikking waarbij de Commissie:

1.1. definitief zou hebben verklaard dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag niet van toepassing is op de overeenkomsten waarin de wijzigingen, door haar in aanmerking genomen, zijn aangebracht,

1.2. artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag zou hebben toegepast,

1.3. voor derden de gelegenheid zou hebben afgesneden de Commissie opmerkzaam te maken op aspecten die aan het geven van een gunstige beschikking betreffende deze overeenkomsten in de weg zouden staan,

of

1.4. een einde gemaakt zou hebben aan de verplichting voor de rechter, in een geding over een oude overeenkomst die deugdelijk is aangemeld of van aanmelding is vrijgesteld, daaraan de rechtsgevolgen toe te kennen welke het op de overeenkomst toepasselijke recht daaraan verbindt, zonder dat aan deze gevolgen kan worden afgedaan door een eventuele betwisting met betrekking tot haar verenigbaarheid met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag."

Voor zover een antwoord op de vragen 2 en/of 3 nog nodig blijkt, stellen eiseressen in het hoofdgeding de navolgende formulering voor:

„2. Indien zij niet genieten van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, kunnen overeenkomsten waarbij een onderneming erkende detailhandelaren selecteert voor de verkoop van haar produkten en de levering aan anderen dan consumenten of erkende detailhandelaren verbiedt, niettemin ontsnappen aan het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, zelfs indien ook de concurrenten van deze on-

derneming selectieve distributie toepassen, indien blijkt dat deze op de markt concurrerende ondernemingen betrekkelijk talrijk zijn en van vergelijkbare betekenis en dat de betreffende overeenkomsten de mogelijkheid laten van wederuitvoer en -invoer door erkende handelaren binnen de gemeenschappelijke markt.

3. Noch de niet-naleving van verplichtingen of voorwaarden door de Commissie verbonden aan een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, noch het feit dat in de praktijk de betreffende produkten binnen de gemeenschappelijke markt worden aangeboden door groothandelaren en detailhandelaren die niet door de betreffende onderneming zijn geselecteerd, maken een einde aan de werking van zo'n ontheffing verleend voor overeenkomsten strekkende tot selectieve distributie."

B — Opmerkingen van gedaagden in het hoofdgeding

Na een beschrijving van de feiten die de aanleiding vormden tot het hoofdgeding, en van de kenmerken van de onderhavige markt merken gedaagden in het hoofdgeding over de vragen van de verwijzende rechter het volgende op.

De eerste vraag

Met verwijzing naar 's Hofs arresten in de gevoegde zaken 23, 24 en 52/63 (Jurispr. 1963, blz. 465), de gevoegde zaken 53, en 54/63 (Jurispr. 1963, blz. 515), zaak 54/65 (Jurispr. 1966, blz. 230) en de gevoegde zaken 8-11/66 (Jurispr. 1967, blz. 92) stellen gedaagden in het hoofdgeding dat de brief van 16 december 1974 geen van de kenmerken vertoont die volgens de rechtspraak van het Hof een beschikking typeren. A fortiori kan de brief niet worden aangemerkt als een negatieve verklaring of een ontheffing; in dit verband dient te worden opmerkt dat de in verordening nr. 17 voor de totstandkoming van dergelijke beschikkingen gegeven publikatievoorschriften in casu in ieder geval niet zijn nageleefd. De brief van 16 december 1974 is dan ook niet meer dan een opinie van een diensthoofd, die de Commissie niet bindt. Lancôme kan zich tegenover derden niet op deze brief beroepen om te betogen dat haar selectieve distributiesysteem door de Commissie is aanvaard.

Gedaagden in het hoofdgeding berkritiseren vervolgens de informele oplossing waarvoor de Commissie in de parfumeriesector heeft gekozen. Er is een specifiek middel dat het de Commissie mogelijk maakt, binnen het systeem van het mededingingsrecht van de Gemeenschap een uniforme oplossing tot stand te brengen voor een sector van de economie. Dit is de groepsgewijze ontheffing middels een verordening die voor derden garanties bevat (voorafgaande bekendmaking, mogelijkheid om opmerkingen te maken). Het door de Commissie op een verzoek om een negatieve verklaring of op het verzoek om een ontheffing reageren met een informele, de Commissie niet bindende brief, is in strijd met het juridisch systeem van de Gemeenschap. De Commissie dient in ieder geval een formele beslissing te nemen om recht te doen aan in de verordening nr. 17 neergelegde voorschriften.

Als de brief van 16 december 1974 geen beschikking is, dan doet de vraag naar de voorlopige geldigheid zich voor. Gedaagden menen echter dat het distributiestelsel van Lancôme niet wordt gedekt door een voorlopige geldigheid en wel om de volgende redenen:

1. In oktober 1977 heeft Lancôme een overeenkomst gesloten met een distributeur in het Verenigd Koninkrijk, welke overeenkomst bepalingen bevat die niet gedekt worden door de aanmelding van 1963 (de verplichting van de distributeur om vooroverleg te plegen met Lancôme over de exportprijzen). Ook het standaardcontract tussen de Britse distributeur en de detailhandelaren bevat bepalingen die niet door deze aanmelding worden gedekt (de verplichting om zowel bij verkoop als bij wederverkoop de zogenaamde „list prices" (catalogusprijzen) aan te houden; een prijsdiscriminatieclausule). Het bestaan van deze bepalingen tast de voorlopige geldigheid van het hele distributiestelsel aan.

2. Het mededingingssysteem van Lancôme is na aanmelding op belangrijke punten gewijzigd.

3. Het zou onbillijk zijn dat men de geldigheid van een distributiestelsel niet zou kunnen betwisten zolang de Commissie geen formele uitspraak heeft gedaan. Het is niet erg waarschijnlijk dat de Commissie een dergelijke uitspraak zal doen nu zij zelf heeft verklaard dat de door haar aan de ondernemingen gerichte informele brieven haar in staat hebben gesteld een algemene oplossing te vinden voor de hele bedrijfstak.

4. Het distributiestelsel van Lancôme is niet gesloten; Etos heeft geen enkele moeite gehad, zich buiten het officiële netwerk van Lancôme om op ruime schaal te bevoorraden met Lancôme-produkten.

Gedaagden in het hoofdgeding zijn van mening dat er, indien het Hof mocht vaststellen dat de door Lancôme aangemelde overeenkomsten nog voorlopig geldig zijn, termen aanwezig zijn om de intussen tussen Lancôme en de Commissie gewisselde correspondentie te beschouwen als een opening van een procedure in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17. Vanwege de gecompliceerde omstandigheden van dit geval zou de nationale rechter de procedure dan moeten schorsen in afwachting van een beslissing van de Commissie.

De tweede vraag

Deze vraag is gebaseerd op een analyse van de brief van 16 december 1974.

Volgens gedaagden bevat de brief fundamenteel tegenstrijdige standpunten. Als de litigieuze ondernemingen werkelijk niet in staat zijn de handel en de mededinging binnen de Gemeenschap ongunstig te beïnvloeden, dan vallen zij niet onder de werkingssfeer van artikel 85 en dan doet het er ook niet toe, of de door deze ondernemingen gesloten overeenkomsten elementen bevatten (in- en uitvoerverbod) die eventueel in strijd zijn met artikel 85, lid 1. Het is bovendien niet juist dat de onderhavige overeenkomsten van geringe betekenis zijn; de omzet van Lancôme en van de l'Oréalgroep waartoe zij behoort, ligt veel hoger dan de door de Commissie in haar bekendmaking van 19 december 1977 gegeven criteria. Ook moet rekening worden gehouden met het cumulatieve effect van de verkoopstelsels van de verschillende parfumerieondernemingen, die alle een of andere vorm van kwalitatieve en kwantitatieve selectie van verkooppunten toepassen.

Ten slotte betwisten gedaagden de stelling, dat een keuze van de verkooppunten aan de hand van kwalitatieve criteria in casu noodzakelijk is. De produkten in kwestie zijn technisch niet gecompliceerd, behoeven geen zogenaamde „after sales service" en kunnen door personeel zonder speciale opleiding worden verkocht. De grote omzet in parfumeriearti-

kelen van Etos wijst erop, dat het publiek graag deze luxeartikelen in een wat simpeler omgeving tegen redelijke prijzen aanschaft.

De derde vraag

Gedaagden betogen dat zij door eiseressen worden gediscrimineerd. Etos heeft in 1974 tevergeefs getracht van eiseressen een lijst te verkrijgen met objectieve voorwaarden waaraan verkooppunten van parfumerieën zouden moeten voldoen om te kunnen worden erkend: deze criteria bestaan niet. Gedaagden stellen dat er bij veel erkende depositaires van de zogenaamde luxeatmosfeer niet veel te merken is, een stelling die zij met foto's illustreren. Met name in de tax free shops op luchthavens, in havens en aan boord van schepen hangt een atmosfeer van „discount"-winkels; bovendien geven deze winkels geen deskundige voorlichting, hebben geen after sales service en verkopen niet het volledige assortiment produkten. Wanneer een onderneming die van de Commissie een ontheffing heeft verkregen, zich niet aan de daaraan verbonden voorwaarden houdt, vervalt deze ontheffing.

Hetzelfde geldt wanneer, zoals in het onderhavige geval, blijkt dat het distributiestelsel waarvoor ontheffing is verleend, niet gesloten is.

Concluderend stellen gedaagden in het hoofdgeding voor, de vragen te beantwoorden als volgt:

„Vraag 1

De brief van de directeur-generaal Concurrentie van 16 december 1974 is geen beschikking in de zin van artikel 189, lid 4, EEG-Verdrag en is dus zeker geen negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17/62 of een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag.

De brief heeft geen werking jegens derden.

De brief maakt op grond van de rechtszekerheid een einde aan de voorlopige geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten.

Mocht de brief geen einde maken aan de voorlopige geldigheid, dan wordt aan de nationale rechter aangeraden om de nationale procedure te schorsen en een uitspraak van de Europese Commissie uit te lokken, gezien het feit dat de Europese Commissie op 24 juli 1972 bij brief een procedure tegen Lancôme in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 heeft aangevangen.

Vraag 2

Een overeenkomst die niet merkbaar de handel tussen de Lid-Staten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beïnvloedt, valt nooit onder de werking van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

Het cumulatief effect van bepaalde, op zichzelf niet de mededinging en de handel tussen de Lid-Staten merkbaar beïnvloedende mededingingsregelingen kan deze regelingen toch onder de werking van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag brengen.

Selectieve distributie met selectie van verkooppunten aan de hand van kwalitatieve criteria kan binnen het mededingingssysteem van de Europese Gemeenschap alleen maar worden toegestaan op grond van een ontheffing onder artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, tenzij er sprake is van een onderneming die de mededinging binnen de gemeenschap en de handel tussen de Lid-Staten niet merkbaar

kan beïnvloeden. Selectieve distributie, waar naast selectie op de basis van kwalitatieve, ook selectie op de basis van kwantitatieve criteria voorkomt, kan nooit toegestaan worden onder het mededingingssysteem van de Europese Gemeenschap, tenzij de onderneming in kwestie de handel tussen de Lid-Staten en de mededinging binnen de Gemeenschap niet merkbaar kan beïnvloeden.

Bij het geven van een dergelijke ontheffing dient de Commissie rekening te houden met het cumulatief effect van de aanwezigheid van een groot aantal identiek georganiseerde verkoopsystemen binnen één sector van de economie.

Vraag 3

Indien de Commissie aan een onderneming een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag heeft verleend voor toepassing van een stelsel van selectieve distributie en de betreffende onderneming houdt zich niet aan de door de Commissie aan de ontheffing verbonden voorwaarden of verplichtingen, dan vervalt de door de Commissie gegeven ontheffing. Zeker kan het systeem niet meer in rechte tegenover derden gehandhaafd worden.

Indien de Commissie aan een onderneming een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag heeft verleend, voor de toepassing van het stelsel van de selectieve distributie, vervalt deze ontheffing in het geval zou blijken dat in de praktijk de produkten in kwestie binnen de gemeenschappelijke markt worden aangeboden door groothandelaren en detailhandelaren die niet door de betreffende onderneming zijn geselecteerd. Een dergelijk selectief distributiesysteem moet zowel juridisch als feitelijk gesloten zijn, wil het kunnen werken tegenover derden binnen de gemeenschappelijke markt".

C — Opmerkingen van de Commissie

De Commissie gaat eerst in op de ontvankelijkheid van de vragen en op de vraag of artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 het recht van de nationale rechterlijke instanties beperkt om prejudiciële vragen te stellen over de uitlegging van artikel 85, lid 3. Dit deel van haar opmerkingen komt in grote lijnen overeen met die in de zaken 253/78 en 1-3/79. Vervolgens beschrijft de Commissie, evenals in de zaken 253/78 en 1-3/79, de gedragslijn die zij ten aanzien van de distributieovereenkomsten in de parfumeriesector heeft gevolgd.

De eerste vraag

Aan de hand van het schema dat zij in haar opmerkingen in zaak 37/79 heeft gehanteerd, tracht de Commissie aan te tonen dat de brief van 16 december 1974, waarnaar de nationale rechter verwijst, niet voldoet aan een aantal voorwaarden om als een beschikking in de zin van artikel 189, lid 4, EEG-Verdrag te kunnen worden aangemerkt. Wat het doel van de brief betreft, is de Commissie van mening dat de redenering die daarin wordt gevolgd dezelfde is als die welke de Commissie volgt bij het afgeven van een negatieve verklaring. Op grond hiervan stelt de Commisie voor vraag 1.1. bevestigend en vraag 1.2. ontkennend te beantwoorden.

Zoals de Commissie reeds in haar opmerkingen in zaak 37/79 heeft aangegeven, meent zij dat dergelijke brieven niet aan derden kunnen worden tegengeworpen en dat zij bovendien de rechterlijke instanties van de Lid-Staten niet binden.

Met betrekking tot de gevolgen van de litigieuze brief voor de voorlopige geldigheid, verwijst de Commissie naar het desbetreffende deel van haar schriftelijke opmerkingen in de zaken 253/78 en 1-3/79. Zij benadrukt dat zij bij de afwikkeling van de administratieve procedures niets heeft gedaan wat die overeenkomsten die voorlopige geldigheid genoten, daarvan zou kunnen beroven. De subvraag die onder punt 1.4. wordt gesteld, is derhalve niet relevant, aldus de Commissie. Zij voegt hieraan toe dat het vraagstuk van de voorlopige geldigheid zich in casu niet voordoet omdat de overeenkomsten buiten de werkingssfeer van artikel 85 EEG-Verdrag vallen sinds Lancôme de overeenkomsten op verzoek van de Commissie heeft gewijzigd. De door Lancôme gesloten overeenkomsten zijn dus uit een oogpunt van gemeenschapsrecht geheel en definitief geldig.

De tweede vraag

De Commissie acht het volstrekt gerechtvaardigd, rekening te houden met „la faible part que (Lancôme) détient dans chacun des pays de la CEE sur le marché des produits de parfumerie, de beauté et de toilette ..." zoals staat in de brief die op 16 december 1974 tot Lancôme is gericht, temeer omdat dit marktaandeel, zoals de rechtbank zelf verklaart, ... „betrekkelijk bescheiden" is. De Commissie beroept zich hierbij met name op het arrest in zaak 5/69, Völk (Jurispr. 1969, blz. 296).

De Commissie merkt verder op dat zij in het onderhavige geval naast het geringe marktaandeel de volgende factoren in aanmerking heeft genomen:

— de aanwezigheid van een vrij groot aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang,

— het feit dat de financiële banden waardoor Lancôme is verbonden met de l'Oréal-groep, in casu de omzet voor de betrokken produkten niet lijken te kunnen beïnvloeden,

— het type van het betrokken selectieve distributiesysteem,

— de aard van de betrokken (luxe) produkten,

— het feit dat de concurrentiebeperkingen welke ten doel of ten gevolge hadden dat de markten werden gecompartimenteerd, zijn opgeheven,

— het feit dat de verkoopovereenkomsten met de detailhandelaren uniform zijn en dat de toelating van vakbekwame detailhandelaren in het selectieve distributienet niet op willekeurige wijze plaatsvindt, noch via een omweg de handelsvrijheid tussen erkende vertegenwoordigers uitschakelt,

— het feit dat dergelijke selectieve distributiesystemen worden toegepast door alle ondernemingen in deze sector.

Volgens de Commissie kan men geen beroep doen op haar bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis (PB C 64 van 1970, blz. 1, en PB C 313 van 1977, blz. 3) ter ondersteuning van een redenering waarmee men wil bewijzen dat overeenkomsten, waarbij de door deze bekendmakingen aangegeven maxima zijn overschreden, noodzakelijkerwijze vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1. In deze bekendmakingen heeft de Commissie immers duidelijk aangegeven dat „de door de Commissie gegeven kwantitatieve omschrijving van het begrip ‚merkbaar' echter geen absoluut karakter draagt."

De door de nationale rechter onder vraag 2.3. vermelde omstandigheid staat los van het onderhavige geval en de betrokken overeenkomsten. Daar elke overeenkomst in het licht van artikel 85 wordt beoordeeld op haar eigen economische repercussies, kan men de beschikkingen van de Commissie niet zien als een soort juridisch uitgangspunt voor latere beslissingen ten aanzien van een groep naar hun juridische aard bepaalde overeenkomsten. Bovendien kan een vraagteken worden geplaatst bij de juistheid van de bewering in vraag 2.3., omdat reeds uit het arrest van het Hof in de zaak Metro (Jurispr. 1977, blz. 1877, r.o. 20) blijkt dat bepaalde selectieve distributiestelsels in bepaalde sectoren onder bepaalde omstandigheden kunnen ontsnappen aan het verbod van artikel 85, lid 1.

De derde vraag

Gezien de voorgaande opmerkingen meent de Commissie dat deze vraag niet meer aan de orde komt.

Concluderend stelt de Commissie voor, de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

„1. Het gemeenschapsrecht laat niet toe dat een brief, zoals die welke op 16 december 1974 tot Lancôme is gericht, wordt beschouwd als een beschikking van de Commissie. Omdat het gaat om een administratieve brief, waarbij Lancôme wordt medegedeeld dat de Commissie meent dat er voor haar, gezien de haar bekende gegevens, geen aanleiding meer bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, op te treden tegen de betrokken overeenkomsten, laat het gemeenschapsrecht niet de conclusie toe dat het gaat om een toepassing van artikel 85, lid 3. Op zulk een brief kan geen beroep worden gedaan tegenover derden.

2. Het gemeenschapsrecht laat de conclusie toe dat het mogelijk is dat de in deze zaak betrokken overeenkomsten, ongeacht de door de nationale rechter vermelde omstandigheden, ontsnappen aan het verbod van artikel 85, lid 1, wanneer met inachtneming van alle elementen van de economische en juridische samenhang waarin deze overeenkomsten gelden — en met name van het betrekkelijk bescheiden marktaandeel —, de conclusie gewettigd is dat deze overeenkomsten geen merkbare invloed op de mededinging uitoefenen".

III — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 8 november 1979 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door eiseressen in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door W. Alexander; gedaagden in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door D. J. Gijlstra; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door J.-F. Verstrynge.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 22 november 1979 conclusie genomen.

IV — Heropening van de mondelinge behandeling

1. Bij beschikking van 16 januari 1980 heeft het Hof besloten de mondelinge behandeling in de onderhavige zaak, in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 en in zaak 37/79 te heropenen en heeft het de partijen in het hoofdgeding, de Lid-

Staten, de Raad en de Commissie uitgenodigd zich uit te spreken over drie vragen [1].

2. In antwoord op deze vragen zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de partijen in het hoofdgeding, door de Britse, Deense, Belgische, Franse, Duitse en Nederlandse regering en door de Commissie [2].

Vraag 1

Volgens *verweersters in het hoofdgeding* staat de bescherming, die de tijdig aangemelde, of van aanmelding vrijgestelde „oude overeenkomsten" genieten, niet in de weg aan de toepassing op dergelijke overeenkomsten van het nationale recht van een Lid-Staat, dat mogelijk in bepaald opzicht strenger is dan het gemeenschapsrecht indien de toepassing van dat nationale recht geen afbreuk doet aan de toepassing van het gemeenschapsrecht en zich beperkt tot de eigen werkingssfeer van het nationale kartelrecht.

Vraag 2

Volgens *verweersters in het hoofdgeding* was het zeker in de eerste jaren na de totstandkoming van verordening nr. 17, toen het nog onduidelijk was in welke richting de interpretatie van het gemeenschapskartelrecht zich zou ontwikkelen, op zijn plaats om bescherming te geven aan de vóór de totstandkoming van het gemeenschapssysteem bestaande overeenkomsten. Het probleem van de hoeveelheden versterkte de behoefte hieraan alleen maar.

De afgelopen 18 jaar heeft de Commissie middels een groot aantal beschikkingen haar beleid ten aanzien van veel problemen op het gebied van het kartelrecht bepaald. Het is nu daarom bij een groot aantal overeenkomsten duidelijk of een dergelijke overeenkomst ooit getolereerd zal worden door de Commissie en in aanmerking komt voor een ontheffing of niet. Bovendien heeft de totstandbrenging van de groepsgewijze ontheffingen het hoeveelhedenprobleem sterk verminderd.

Het is daarom dienstig de theorie van de „voorlopige geldigheid" te herzien. De nationale rechter kan door de oude overeenkomsten te toetsen aan het door de Commissie in de afgelopen 18 jaar ontwikkelde beleid, in ieder geval vaststellen of er mogelijk een kans bestaat op een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Er staat in zulke gevallen ook niets aan de nationale rechter in de weg om eventueel in gevallen van twijfel de procedure te schorsen en de Commissie een uitspraak te ontlokken of een vraag aan het Hof voor te leggen over de interpretatie van artikel 85, lid 3.

In de parfumeriesector leidt de verschillende positie van „oude" en „nieuwe" overeenkomsten tot een discrepantie. Sommige „oude" ondernemingen profiteren van de voorlopige geldigheid van hun verkoopsysteem en kunnen een selectief distributiesysteem hanteren, terwijl de nieuwe ondernemingen met nieuwe overeenkomsten geen bescherming genieten en, tot er een ontheffing wordt gegeven geen selectief distributiesysteem kunnen hanteren.

1 — De tekst van de beschikking is weergegeven in het arrest van het Hof in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79.

2 — Het arrest van het Hof in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 bevat een samenvatting van de opmerkingen van deze Lid-Staten en van die instelling. De opmerkingen van verzoeksters in het hoofdgeding in deze zaak komen overeen met die van verweersters in het hoofdgeding in voornoemde gevoegde zaken; hiervan is in het arrest van het Hof in die zaken een samenvatting gegeven.

Volgens verweersters in het hoofdgeding zou de tweede vraag van het Hof moeten worden beantwoord als volgt:

„De billijkheid en de rechtszekerheid brengen met zich mee, dat de tot nu toe ten gunste van de aan de ‚oude overeenkomsten' verleende, voorlopige geldigheid aangevoerde argumenten niet langer een rechtvaardiging voor de onbeperkte handhaving van deze bescherming tegen toepassing van artikel 85, leden 1 en 2, EEG-Verdrag door de nationale rechter vormen".

Vraag 3

Verweersters in het hoofdgeding zijn van mening dat voor nieuwe kartels dezelfde regels dienen te gelden als die welke zij voorstaan voor oude kartels. In het geval van aangemelde of van aanmelding vrijgestelde „nieuwe overeenkomsten" is er geen sprake van toepassing van de leer van de voorlopige geldigheid. In deze gevallen mag de nationale rechter artikel 85, leden 1 en 2, EEG-Verdrag zonder meer toepassen, indien hij tot de overtuiging komt dat er geen sprake zou kunnen zijn van toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. In twijfelgevallen kan de rechter de procedure schorsen en de Commissie om een uitspraak op korte termijn vragen of een interpretatievraag aan het Hof van Justitie voorleggen. De nationale rechter mag eveneens zijn eventueel strengere nationale mededingingsrecht toepassen, voor zover hij hiermee geen afbreuk doet aan de werking van het gemeenschapsrecht.

3. Ter terechtzitting van 29 april 1980 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door verzoeksters in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door W. Alexander; verweersters in het hoofdgeding, te dezen vertegenwoordigd door D. J. Gijlstra; de regering van het Verenigd Koninkrijk, te dezen vertegenwoordigd door P. Scott, en de Commissie, te dezen vertegenwoordigd door J.-F. Verstrynge.

De advocaat-generaal heeft opnieuw conclusie genomen ter terechtzitting van 24 juni 1980.

In rechte

1 Bij vonnis van 19 juni 1979, ingekomen ter griffie van het Hof op 21 juni 1979, heeft de Arrondissementsrechtbank te Haarlem het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 85 van het Verdrag en van enkele bepalingen van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204).

2 Deze vragen zijn gesteld in het kader van een geding tussen enerzijds Lancôme en haar dochteronderneming in Nederland, Cosparfrance Nederland — eiseressen in het hoofdgeding —, en anderzijds twee vennootschappen, Etos en Albert Heyn Supermart — gedaagden in het hoofdgeding —, die in Nederland een winkelketen exploiteren. Laatstgenoemden zijn door eiseres-

sen gedagvaard voor de Arrondissementsrechtbank te Haarlem teneinde te worden veroordeeld de verkoop van Lancôme-artikelen in de door hen geëxploiteerde winkels, die niet voor de verkoop van deze artikelen zijn erkend, te staken. Stellende dat gedaagden zich schuldig maken aan oneerlijke mededinging door het selectieve distributiestelsel van eiseressen te ondermijnen, en met name door de erkende depothouders aan te zetten tot schending van hun contractuele verplichtingen, vorderen eiseressen in het hoofdgeding tevens vergoeding van de ten gevolge van deze gedragingen geleden schade.

3 Het door Lancôme opgezette selectieve distributiestelsel berust op de alleenverkoopovereenkomsten die zij heeft gesloten met haar erkende algemene vertegenwoordigers in de verschillende Lid-Staten van de Gemeenschap, alsmede op de verkoopovereenkomsten met detailhandelaren in Frankrijk. Op 30 januari 1963 is het model van de overeenkomst met de algemene vertegenwoordigers aangemeld bij de Commissie. De overeenkomsten tussen deze algemene vertegenwoordigers of dochterondernemingen van Lancôme en de verschillende erkende wederverkopers zijn later bij de Commissie aangemeld.

4 Op het verweer van gedaagden in het hoofdgeding, dat de verkooporganisatie van eiseressen gedeeltelijk nietig was wegens strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, hebben eiseressen een brief van 16 december 1974 van de directeur-generaal Concurrentie van de Commissie van de Europese Gemeenschappen in het geding gebracht. Deze aan Lancôme gerichte brief vermeldt dat Lancôme, nadat haar op 24 juli 1972 punten van bezwaar waren mededeeld, de overeenkomsten waarin haar verkooporganisatie binnen de EEG gestalte wordt gegeven, in dier voege heeft gewijzigd, dat het erkende detailhandelaren voortaan vrij staat, Lancôme-produkten te kopen van en te verkopen aan iedere binnen de EEG gevestigde algemene vertegenwoordiger of erkende detailhandelaar, en zelf hun verkoopprijzen vast te stellen bij wederingevoerde of wederuitgevoerde produkten afkomstig uit of bestemd voor andere EEG-landen. De brief besluit met de volgende woorden:

„Tot mijn genoegen kan ik u meedelen dat de Commissie onder deze omstandigheden — gegeven het bescheiden aandeel dat uw bedrijf in de afzonderlijke EEG-landen op de markt in parfumerieprodukten, schoonheids- en toiletartikelen heeft, de aanwezigheid op die markt van een vrij groot

aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang, en omdat de financiële banden tussen uw bedrijf en de Oréal-groep in casu voor de litigieuze produkten geen invloed lijken te kunnen hebben op de omvang van uw omzet — meent dat er voor haar op grond van de haar bekende gegevens geen aanleiding meer bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag tegen voornoemde overeenkomsten op te treden. Deze zaak kan dus worden afgesloten".

5 De Arrondissementsrechtbank te Haarlem heeft besloten de procedure te schorsen en het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken; dit verzoek is geformuleerd als volgt:

„Enerzijds ervan uitgaande

(1) dat een onderneming voor de afzet van haar parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen in de EEG een stelsel van selectieve distributie toepast,

(2) dat de overeenkomsten waarop dit stelsel van selectieve distributie berust reeds bestonden ten tijde van de inwerkingtreding van EEG-verordening nr. 17 en tijdig overeenkomstig artikel 5, lid 1, van verordening nr. 17 met gebruikmaking van formulier B zijn aangemeld bij de Commissie,

(3) dat in die overeenkomsten wijzigingen zijn aangebracht als door de Commissie aangegeven in haar vierde verslag over het mededingingsbeleid, nr. 94,

(4) dat de directeur-generaal van de Concurrentie op 16 december 1974 aan die onderneming een brief heeft gezonden, voor de inhoud waarvan wordt verwezen naar de rechtsoverwegingen van dit vonnis,

(5) dat ook de meeste (zo niet alle) andere ondernemingen in de parfumeriesector selectieve distributie toepassen voor de verkoop van hun ‚produits de prestige', zoals omschreven door de Commissie in haar vijfde verslag over het mededingingsbeleid nrs. 57-59,

(6) dat de in artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 voorziene bekendmaking niet heeft plaatsgevonden;

anderzijds in het midden latende of sprake is van omstandigheden als hierna onder a en/of b aan de orde gesteld in vraag 3,

Verzoekt het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen uitspraak te doen over de navolgende vragen:

1. Wat is het karakter van de onder (4) bedoelde brief van de directeur-generaal van de Concurrentie, met name in de navolgende opzichten:

   1.1. Geldt hij als een verklaring, dat de Commissie artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, niet van toepassing acht op de overeenkomsten waarin de onder (3) bedoelde wijzigingen zijn aangebracht?

   1.2. Geldt hij als een toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag?

   1.3. Heeft hij werking jegens derden?

   1.4. Maakt hij een einde aan de voorlopige geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten?

2. Is het mogelijk dat de overeenkomsten, waarin zijn aangebracht de wijzigingen bedoeld onder (3), op grond van het betrekkelijk bescheiden marktaandeel van de onder (1) bedoelde onderneming, niet vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, ondanks

   2.1. het feit dat zij bepalingen bevatten, strekkende tot

   — enerzijds een selectie van zogenaamde erkende detailhandelaren, en

   — anderzijds een verbod van levering aan anderen dan consumenten of erkende detailhandelaren,

   2.2. het feit dat ook de concurrenten van de onder (1) bedoelde onderneming selectieve distributie toepassen,

   2.3. het feit dat selectieve distributie tot dusverre slechts mogelijk leek op grond van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3?

3. Indien de Commissie aan een onderneming een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, heeft verleend voor toepassing van een stelsel van selectieve distributie, vervalt deze ontheffing in geval zou blijken:

   a) dat de betreffende onderneming zich niet zou houden aan de door de Commissie aan de ontheffing verbonden voorwaarden of verplichtingen

b) dat in de praktijk de produkten in kwestie binnen de gemeenschappelijke markt worden aangeboden door groothandelaren en detailhandelaren, die niet door de betreffende onderneming zijn geselecteerd?"

De eerste vraag

6 Met de eerste vraag wordt het Hof in de eerste plaats verzocht om het rechtskarakter aan te geven van brieven als die welke het directoraat-generaal Concurrentie aan Lancôme heeft gericht, en om de werking vast te stellen die zulke brieven jegens derden hebben. In de tweede plaats wordt gevraagd of dergelijke brieven een einde maken aan de „voorlopige geldigheid" van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten.

Het rechtskarakter van de betrokken brieven

7 Artikel 87, lid 1, EEG-Verdrag verklaart de Raad bevoegd alle verordeningen of richtlijnen vast te stellen die dienstig zijn voor de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 neergelegde beginselen. Overeenkomstig deze machtiging heeft de Raad verordeningen vastgesteld — waaronder verordening nr. 17 van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) — die de Commissie de bevoegdheid verlenen om verschillende soorten verordeningen, beschikkingen en aanbevelingen vast te stellen.

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

9 Verordening nr. 17 en de verordeningen tot uitvoering daarvan geven de regels die de Commissie bij de vaststelling van vorenbedoelde beschikkingen

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

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

11 Een dergelijke brief, die uitsluitend is gebaseerd op de gegevens die de Commissie bekend zijn, die een beoordeling van de Commissie weergeeft en die een onderzoek door de bevoegde diensten van de Commissie afsluit, staat er niet aan in de weg dat de nationale rechterlijke instanties voor wie een beroep op de onverenigbaarheid van de betrokken overeenkomsten met artikel 85 wordt gedaan, op grond van de gegevens waarover zij beschikken, tot een afwijkend oordeel over die overeenkomsten komen. Het in dergelijke brieven meegedeelde standpunt bindt de nationale rechterlijke instanties niet, maar het vormt toch een feitelijk gegeven waarmee zij rekening kunnen houden bij hun onderzoek van de vraag of de overeenkomsten of gedragingen in overeenstemming zijn met artikel 85.

De voorlopige geldigheid

12 Naar het Hof, laatstelijk in het arrest van 14 december 1977 (zaak 59/77, De Bloos, Jurispr. 1977, blz. 2359) voor recht heeft verklaard, moet „gedu-

rende het tijdvak tussen de aanmelding en de datum waarop de Commissie een besluit neemt, ... de rechter in een geding over een oude overeenkomst die deugdelijk is aangemeld of van aanmelding is vrijgesteld, aan zodanige overeenkomst de rechtsgevolgen toekennen welke het op de overeenkomst toepasselijke recht daaraan verbindt, zonder dat aan deze gevolgen kan worden afgedaan door een eventuele betwisting met betrekking tot haar verenigbaarheid met artikel 85, lid 1".

13 De verwijzende rechter vraagt of een brief als die van 16 december 1974, welke door de bevoegde diensten van de Commissie aan Lancôme is gericht, een einde maakt aan de voorlopige bescherming die oude, binnen de termijn van artikel 5, lid 1, van verordening nr. 17 aangemelde, of van aanmelding vrijgestelde overeenkomsten, krachtens de rechtspraak van het Hof genieten vanaf het moment van hun aanmelding.

14 Met het oog op de beantwoording van deze vraag dient te worden herinnerd aan de overwegingen die ten grondslag liggen aan de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de „voorlopige geldigheid".

15 Zoals het Hof in het arrest van 9 juli 1969 (zaak 10/69, Portelange, Jurispr. 1969, blz. 309) heeft overwogen, is artikel 85 EEG-Verdrag aldus opgebouwd, dat in lid 1 een algemeen verbod wordt geformuleerd, in lid 2 de gevolgen hiervan worden geregeld en in lid 3 dit verbod wordt verzacht door de bevoegdheid afwijkingen van dit verbod toe te staan. Het toepassen van de nietigheid van rechtswege op een bepaalde overeenkomst of op bepaalde bedingingen daarvan, vooronderstelt dus dat deze overeenkomst onder lid 1 van voornoemd artikel valt en dat ten behoeve daarvan geen beroep kan worden gedaan op de bepalingen van lid 3.

16 Gelet op de in artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 aan de Commissie toegekende, uitsluitende bevoegdheid artikel 85, lid 3, toe te passen, in samenhang met de bepalingen ten gunste van oude overeenkomsten in de artikelen 6, lid 2, en 7, van die verordening, is het Hof tot de conclusie gekomen dat met betrekking tot deze overeenkomsten de rechtszekerheid in het contractenrecht eist dat, wanneer een overeenkomst overeenkomstig verordening nr. 17 is aangemeld, de rechter de nietigheid van rechtswege ervan eerst vaststelt nadat de Commissie krachtens deze verordening een beschikking heeft genomen.

17 In het licht van deze overwegingen lijkt handhaving van de voorlopige geldigheid van oude, aangemelde overeenkomsten niet meer gerechtvaardigd vanaf het moment waarop de Commissie aan de betrokkenen meedeelt dat zij de desbetreffende zaak heeft afgesloten. Na een dergelijke standpuntbepaling, waarmee te kennen wordt gegeven dat de Commissie niet voornemens is een individuele beschikking te geven over de betrokken aangemelde overeenkomsten, is het onwaarschijnlijk dat de Commissie ten gunste van deze overeenkomsten nog gebruik zal maken van haar bevoegdheid artikel 85, lid 3, eventueel met terugwerkende kracht tot de periode vóór de aanmelding, toe te passen, hetgeen op grond van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 17 mogelijk is. Er is dan dus niets meer wat de nationale rechterlijke instanties, voor wie een beroep wordt gedaan op de rechtstreekse werking van het verbod van artikel 85, lid 1, ontslaat van de plicht zich daarover uit te spreken.

18 Op de eerste vraag moet derhalve worden geantwoord, dat een administratief schrijven, waarbij de betrokkene in kennis wordt gesteld van het standpunt van de Commissie, dat voor haar geen aanleiding bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, tegen aangemelde overeenkomsten op te treden, een einde maakt aan de periode van voorlopige geldigheid na aanmelding ten gunste van vóór 13 maart 1962 gesloten overeenkomsten die binnen de in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 17 genoemde termijn zijn aangemeld of die van aanmelding waren vrijgesteld. De beoordeling die in een dergelijk schrijven is neergelegd, bindt de nationale rechter niet, maar vormt een feitelijk gegeven waarmee deze rekening kan houden bij het onderzoek van de vraag of de betrokken overeenkomsten in overeenstemming zijn met artikel 85.

De tweede vraag

19 Met zijn tweede vraag wenst de nationale rechter te doen vaststellen of overeenkomsten die de basis vormen van een selectief distributiestelsel, aan het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kunnen ontsnappen wegens het betrekkelijk bescheiden marktaandeel van de betrokken onderneming. De verwijzende rechter vestigt er daarbij de aandacht op, dat de concurrenten van bedoelde onderneming eveneens selectieve distributie toepassen. Verder geeft hij als zijn mening te kennen dat selectieve distributie hem tot dusverre slechts mogelijk leek op grond van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3.

20 Zoals het Hof heeft overwogen in het arrest van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875), vormen selectieve distributiestelsels een met artikel 85, lid 1, verenigbare concurrentiefactor, mits bij de keuze der wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf, en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast.

21 Hieruit volgt dat een selectief distributienet, waartoe de toegang afhankelijk is gesteld van voorwaarden die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, vooral wanneer het op kwantitatieve selectiecriteria is gebaseerd.

22 Zoals het Hof evenwel in het arrest van 30 juni 1966 (zaak 56/65, LTM, Jurispr. 1966, blz. 391) heeft overwogen, kan een overeenkomst slechts als met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar — in voege als bedoeld in artikel 85, lid 1 — en mitsdien als verboden worden beschouwd, wanneer is voldaan aan verschillende voorwaarden, die niet zozeer haar rechtskarakter raken als wel haar invloed op „de handel tussen de Lid-Staten" enerzijds en „de mededinging" anderzijds.

23 Om te kunnen beoordelen of een overeenkomst de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, moet op basis van een geheel van objectieve — feitelijke of juridische — gegevens worden vastgesteld of met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht dat deze overeenkomst al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lid-Staten kan beïnvloeden.

24 Om te kunnen beoordelen of een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het doel of het gevolg ervan is, moet de mededinging worden bezien in het verband van de omstandigheden waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen. Hiertoe zal men met name hebben te letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid van de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de positie en het gewicht van de partijen op de betrokken markt en het geïsoleerde karakter van de litigieuze overeenkomst dan wel juist de omstandigheid dat zij deel uitmaakt van een reeks van overeenkomsten.

Op dit punt heeft het Hof in het arrest van 12 december 1967 (zaak 23/67, Brasserie de Haecht I, Jurispr. 1967, blz. 511) verduidelijkt, dat het bestaan van gelijksoortige overeenkomsten, zonder noodzakelijkerwijze beslissend te zijn, een omstandigheid is die te zamen met andere de economische en juridische samenhang kan opleveren waarbinnen de overeenkomst moet worden beoordeeld.

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

26 Op de tweede vraag moet derhalve worden geantwoord, dat overeenkomsten die de basis vormen van een selectief distributiestelsel, dat berust op toelatingscriteria die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, alle bestanddelen voor onverenigbaarheid met artikel 85, lid 1, bevatten wanneer deze overeenkomsten, op zichzelf dan wel te zamen met andere, in de economische en juridische samenhang waarin zij tot stand zijn gekomen, en op grond van een geheel van objectieve — feitelijke of juridische — gegevens de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en tot doel of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

De derde vraag

27 Gezien het antwoord op de eerste vraag, behoeft de derde vraag van de verwijzende rechter niet meer te worden beantwoord.

Kosten

28 De kosten door de Belgische, Deense, Franse en Nederlandse regering, door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en van het Verenigd Koninkrijk alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door de Arrondissementsrechtbank te Haarlem bij vonnis van 19 juni 1979 gestelde vragen,

verklaart voor recht:

1. **Een administratief schrijven, waarbij de betrokkene in kennis wordt gesteld van het standpunt van de Commissie, dat voor haar geen aanleiding bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, tegen aangemelde overeenkomsten op te treden, maakt een einde aan de periode van voorlopige geldigheid na aanmelding ten gunste van vóór 13 maart 1962 gesloten overeenkomsten die binnen de in artikel 5, lid 1, van verordening nr. 17 genoemde termijn zijn aangemeld of die van aanmelding waren vrijgesteld. De beoordeling die in een dergelijk schrijven is neergelegd, bindt de nationale rechter niet, maar vormt een feitelijk gegeven waarmee deze rekening kan houden bij het onderzoek van de vraag of de betrokken overeenkomsten in overeenstemming zijn met artikel 85.**

2. **Overeenkomsten die de basis vormen van een selectief distributiestelsel, dat berust op toelatingscriteria die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, bevatten alle bestanddelen voor onverenigbaarheid met artikel 85, lid 1, wanneer deze overeenkomsten, op zichzelf dan wel te zamen met andere, in de economische en juridische samenhang waarin zij tot stand zijn gekomen, en op grond van een geheel van objectieve — feitelijke of juridische — gegevens de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en tot doel of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.**

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 juli 1980.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher