HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende inzake de vraag door het Oberlandesgericht te München in zijn beschikking van 5 december 1968 gesteld, verklaart voor recht :

Een overeenkomst houdende toekenning van alleenverkooprecht kan, zelfs indien daaraan absolute gebiedsbescherming verbonden is, wegens de zwakke positie van belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten in het gebied waarvoor bedoelde bescherming geldt, aan het verbod van artikel 85, lid 1, ontkomen.

Aldus gewezen te Luxemburg op negen juli negentienhonderdnegenenzestig.

Lecourt Trabucchi Mertens de Wilmars
Donner Strauß Monaco Pescatore

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op negen juli negentienhonderdnegenenzestig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J. GAND VAN 3 JUNI 1969 [1]

Mijnheer de President,
Mijne Heren Rechters,

De verwijzingsbeschikking van het Oberlandesgericht te München, waarin van uw Hof uitlegging van artikel 85 van het Verdrag van Rome wordt gevraagd, biedt u de gelegenheid de jurisprudentie vervat in uw arresten Sté Technique Minière (L.T.M.) van 30 juni 1966 (56-65, Jurisprudentie, deel XII, blz. 392) en Grundig van 13 juli 1966 (56 en 58-64, Jurisprudentie, deel XII, blz. 450), te verduidelijken, met name voor zoveel betreft alleenverkoopovereenkomsten gepaard gaande met absolute territoriale bescherming.

1 — Vertaald uit het Frans.

I

Tot goed begrip memoreren wij eerst, voor zoveel nodig, de feiten.

De Duitse onderneming Josef Erd & Cie. welke in eigendom toebehoort aan de heer Völk, vervaardigt wasmachines en centrifuges welke onder het merk „Konstant" worden verkocht. Haar aandeel op de markt voor deze apparaten is uiterst gering; het beliep in 1963 2 361 eenheden en in 1968 861 eenheden of wel onderscheidenlijk 0,2 % en 0,05 % van de produktie van de Bondsrepubliek. Op 15 september 1963 sloot zij met Ets. Vervaecke — welke onderneming in België elektrische apparaten voor huishoudelijk gebruik verkoopt — een overeenkomst waarin zij aan de Ets. Vervaecke het alleenverkooprecht voor haar apparaten in België en Luxemburg toekende. Het contract was aangegaan voor de duur van drie jaren, met dien verstande dat het daarna automatisch voor een periode van twee jaar zou worden verlengd behoudens opzegging, waarbij een termijn van negen maanden moest worden in acht genomen.

Van de clausules van dit contract vermelden wij de navolgende :

— Erd verleent aan Ets. Vervaecke de alleenverkoop harer produkten voor België en Luxemburg. Slechts voor het geval dat Vervaecke bepaalde tot het assortiment der firma Erd behorende apparaten niet mocht verkopen, behield zij zich het recht voor bedoelde apparaten aan anderen te leveren.

— Vervaecke verplicht zich om na een aanlooptijd van zes maanden maandelijks een bepaald aantal apparaten (80 volgens het contract) af te nemen en geen concurrerende apparaten met dezelfde constructie-eigenschappen als die van Erd te verkopen.

— De concedent verplicht zich Vervaecke in haar monopoliegebied te beschermen; nochtans mocht de concessionaris blijkbaar ook leveren in rayons waar Erd nog geen vertegenwoordiger had en met name een verkoopnet in Nederland opbouwen; hiervan is echter geen gebruik gemaakt.

Het contract van 15 september 1963 werd niet bij de Commissie aangemeld; evenmin de latere wijzigingen.

Aan het contract is slechts zeer ten dele uitvoering gegeven; er zijn namelijk in één jaar slechts 200 machines in België verkocht. Erd vorderde toen van Vervaecke betaling van 11 560 DM tegen levering van 20 wasmachines alsmede vergoeding der op de vergeefse levering van 50 wasmachines gevallen kosten. De Duitse rechter ziet zich nu geconfronteerd met de vraag of het contract niet met artikel 85 van het Verdrag van Rome in strijd is; het Oberlandesgericht te München heeft u dan ook de volgende vraag voorgelegd :

„Dient ter beantwoording van de vraag, of de litigieuze overeenkomst van 15 september 1963 met bijlagen gedagtekend 1 januari 1964 en 11 maart 1964 op grond van artikel 85, alinea 1, van het E.E.G.-Verdrag verboden is, te worden gelet op het in feite bereikte of uiteindelijk beoogde aandeel van verzoeker in de markt van de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap, met name in het verkooprayon van verweerster — België en Luxemburg — dat absolute bescherming geniet ?".

II

Daargelaten dat de rechter in het bodemgeschil u eigenlijk om een uitspraak vraagt nopens de toepassing van de Verdragsregels op het contract welks geldigheid voor hem in geding is, is de vraag duidelijk geformuleerd.

1. Anders dan soms wordt beweerd impliceert het arrest-Grundig onzes inziens niet dat een alleenverkoopovereenkomst met absolute gebiedsbescherming noodzakelijkerwijze onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt. Het ging in dat arrest om een zo speciale casuspositie, dat algemene gevolgtrekkingen als hier bedoeld daaraan niet mogen worden verbonden.

Aan de hand van de uitvoeringsverordeningen van het Verdrag komt men al evenmin tot een oplossing. Want noch het feit dat een contract niet is aangemeld, noch de omstandigheid dat de voorwaarden voor vrijstelling niet zijn vervuld (in voege als bij voorbeeld voor bepaalde groepen voorzien in Verordening no. 67-67 van de Commissie) kan de doorslag geven bij de beantwoording van de vraag of een contract al dan niet onder artikel 85, lid 1, valt. Zoals het werd geformuleerd in het arrest Regering van de Italiaanse Republiek tegen Raad en Commissie van de E.E.G. (32-65, 13 juli 1966) Jurisprudentie, deel XII, blz. 607) :

„dat ... de omschrijving van een groep overeenkomsten ... een algemeen karakter draagt, zodat het verbod niet op alle desbetreffende overeenkomsten betrekking be-

hoeft te hebben; dat zodanige omschrijving ook niet wil zeggen, dat een tot de uitgezonderde groep behorende overeenkomst met betrekking tot welke niet aan alle uitzonderingsvoorwaarden voldaan is, noodzakelijkerwijze onder het verbod valt".

2. Wij moeten derhalve terugkeren tot artikel 85, lid 1, waarin „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden" verklaard worden „alle overeenkomsten tussen ondernemingen ... welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst ...".

Volgens deze bepaling moeten twee voorwaarden vervuld zijn, welke de Commissie in haar opmerkingen beziet in het licht van uw jurisprudentie, te beginnen met die arresten waarin de onverenigbaarheid van een overeenkomst met de gemeenschappelijke markt afhankelijk wordt gesteld van de vaststelling dat zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt vervalst. In beginsel is dit nu juist de *strekking* van een alleenverkoopovereenkomst waaraan een clausule behelzende absolute territoriale bescherming is verbonden. Wanneer namelijk in het beschermde rayon de afzetmogelijkheden van derde handelaren worden bemoeilijkt of afgesneden, terwijl de verbruikers aldaar dezelfde produkten alleen bij de alleenverkoper kunnen betrekken en zich — op het niveau van de tussenhandel — in hun keuze zien beperkt, dan zijn dit gevolgen welke juist met het contract werden beoogd. Is hiermede evenwel alles gezegd ? Weliswaar hebt u in het arrest-Grundig uitgesproken dat voor de toepassing van artikel 85, lid 1, de concrete gevolgen ener overeenkomst buiten beschouwing kunnen blijven zodra blijkt dat zij ten doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen en dit zou een negatieve beantwoording der gestelde vraag impliceren; het komt mij evenwel voor dat aan deze uitspraak geen verdergaande strekking mag worden toegekend dan daaraan in het kader der feiten welke tot het geding aanleiding gaven, toekomt. Immers volgens het arrest La Technique Minière moet op het doel der overeenkomst worden gelet „in verband met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast" en wil van toepassing van artikel 85, lid 1, sprake zijn, dan moet bij dit onderzoek blijken van een „voldoende mate van benadeling" der concurrentie. Het komt erop neer, dat de verstoring van de mededinging niet een zuiver theoretisch karakter mag dragen, doch van enige omvang moet zijn en dit wil niet veel anders zeggen dan dat zij „merkbaar" moet zijn, eis welke in dit zelfde arrest wordt gesteld wanneer het niet om de strekking, doch om de gevolgen der overeenkomst gaat.

Anderzijds moet deze mededinging worden bezien in samenhang met de omstandigheden waarin zij zich zonder de hier bedoelde overeenkomst zou afspelen; zij kan dan voor de andere ondernemingen of gebruikers tot geheel verschillende gevolgen leiden al naar gelang de betrokken fabrikant een groter of kleiner gedeelte van de markt onder zijn invloed heeft c.q. onder zijn invloed tracht te brengen. En hiermede zijn wij toegekomen aan de bespreking van de door de Duitse rechter gestelde vraag.

U bracht dit aspect reeds ter sprake toen u zich afvroeg onder welke voorwaarden een alleenverkoopovereenkomst als verboden is te beschouwen; u hebt toen een reeks factoren opgesomd, waarmede ten deze rekening dient te worden gehouden. Behalve de min of meer imperatieve formulering der exclusiviteitsclausules of juist de mogelijkheden die met betrekking tot dezelfde produkten aan andere goederenstromen werden gelaten en het op zichzelf staande karakter der overeenkomst dan wel juist de omstandigheid dat zij tot een geheel van overeenkomsten behoort, hebt u met name genoemd de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid der betrokken produkten en de plaats door concedent en concessionaris op de betrokken markt ingenomen. Bij dit laatste punt moeten wij thans stilstaan. Controleert de fabrikant een betrekkelijk belangrijk gedeelte van de markt, neemt hij voor wat de in de overeenkomst bedoelde produkten betreft een sterke positie in, dan is er alle aanleiding aan te nemen dat de mededinging op het niveau van de wederverkoop merkbaar wordt beïnvloed door een exclusiviteitsbeding, waaraan absolute territoriale bescherming is verbonden. Neemt de fabrikant een zeer zwakke positie in, dan is zulks niet zo zeker. Een overeenkomst van dit type kan hem met zijn produkten op een verkoopgebied toegang verschaffen, doch zulks leidt er niet toe, dat de verbruikers in hun keuze of derde handelaren in hun afzetmogelijkheden merkbaar worden beperkt. Zonder ons in het kader van artikel 177 over de aan de Duitse rechter voorgelegde casuspositie te willen uitspreken, mag bij voorbeeld worden aangenomen dat de betekenis der door ons zojuist aangehaalde produktiecijfers, vergeleken met de totale produktie van de Bondsrepubliek en ten opzichte van de Belgische en Luxemburgse markt, te verwaarlozen is.

Tot besluit van mijn beschouwingen op dit punt wil ik erop wijzen, dat er in het arrest-Grundig ter beoordeling van de invloed op de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt van een overeenkomst welke de Franse markt voor deze merkartikelen wilde isoleren en kunstmatig een scheiding tussen verschillende markten wilde handhaven, met name rekening mede is gehouden dat het hier een *zeer verbreid* merk betrof. Zou zulk een overeenkomst produkten van een nagenoeg onbekend merk hebben betroffen, dan zou uw Hof geen aanleiding hebben gevonden zich in dezelfde zin en met evenveel gestrengheid uit te spreken.

3. Aan het eind van haar opmerkingen heeft de Commissie er nog op gewezen, dat een overeenkomst, wil zij de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden — dit is de andere voorwaarde van artikel 85, lid 1 —, de vrijheid van de handel tussen deze Staten moet kunnen bedreigen doordien zij de verwezenlijking van één internationale markt in de weg staat, hetgeen wil zeggen dat de verstoring van de handel een waarneembare omvang bereikt. De beide voorwaarden tonen aldus een zekere vervlechting, hetgeen een gescheiden bespreking niet eenvoudig maakt.

Nochtans kan men zich afvragen, of dit aspect niet in de eerste plaats dient te worden onderzocht. Want de vraag of een overeenkomst de handel tussen de Lid-Staten kan beïnvloeden betreft niet slechts een noodzakelijke voorwaarde, waaraan moet zijn voldaan wil de overeenkomst krachtens artikel 85, lid 1, als verboden zijn te beschouwen; het is een prealabele vraag. In de bewoordingen van het arrest La Technique Minière kan „verstoring der mededinging als gevolg van de overeenkomst slechts voor zoveel deze de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden onder de verbodbepalingen van het communautaire recht (artikel 85) [vallen]", terwijl zij „voor zoveel zulks niet het geval is aan de werking dier bepaling ontkomt".

Men doet mijns inziens het beste zich hier aan de preciseringen van uw arrest te houden; u hebt de litigieuze bepaling in die zin geanalyseerd dat haar toepassing van de voorzienbaarheid van mogelijke belemmeringen op de weg naar de verwezenlijking van de ene markt afhankelijk is gesteld. In het algemeen moet een exclusiviteitsbeding om onder artikel 85, lid 1, te vallen, gezien het geheel harer objectieve bestanddelen, feitelijk en rechtens, redelijkerwijze aanleiding kunnen geven tot het vermoeden, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op het ruilverkeer tussen Lid-Staten invloed kan uitoefenen. Met name moet men nagaan of zij tot afsluiting van de markt voor bepaalde produkten kan leiden.

Welnu, een overeenkomst aangegaan door een fabrikant wiens marktaandeel zeer gering is kan, ongeacht haar strekking, de verwezenlijking van de ene internationale markt niet belemmeren; gezien de zwakke positie welke de concedent inneemt kan zijn marktaandeel geen werkelijke invloed uitoefenen. Een realistische beschouwingswijze brengt mede, dat men de handel tussen Lid-Staten door een overeenkomst aangegaan in omstandigheden als die van het contract dat het Oberlandesgericht te München aanleiding gaf tot een beroep op uw Hof, niet „nadelig beïnvloed" kan achten.

Mijn slotsom luidt dat aan de beantwoording van de vragen van het Oberlandesgericht de navolgende overwegingen ten grondslag kunnen worden gelegd :

— Wanneer de alleenverkoopovereenkomst waarin een clausule houdende absolute territoriale bescherming is opgenomen, normaliter onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, zijn de daarin omschreven verboden nochtans niet toepasselijk wanneer zij de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kan beïnvloeden of de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet merkbaar verhindert, beperkt of vervalst.

— Ter beoordeling of zulks het geval is dient eventueel rekening te worden gehouden met de plaats welke de concedent op de markt voor de betrokken produkten inneemt of mag hopen te verwerven.

— Wanneer dit marktaandeel van weinig betekenis is en het aan de concessionaris gegarandeerde quantum slechts een zeer gering deel vormt van alle soortgelijke produkten welke door alle handelaren te zamen binnen dit rayon worden verkocht, bestaat aanleiding tot het vermoeden dat de overeenkomst niet onder de beperkende bepalingen van artikel 85 van het Verdrag valt.

Wij concluderen in die zin;

het Oberlandesgericht te München zal over de kosten van het geding hebben te beslissen.