CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 22 NOVEMBER 1979 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Ook in de laatste zaak waarin ik vandaag conclusie neem, gaat het om een selectief distributiestelsel in de parfumeriesector, zoals dit ook reeds in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 alsmede in zaak 37/79 een rol speelde.

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

Voor de verkoop van haar produkten heeft Lancôme een selectieve verkooporganisatie opgezet, die zich over de hele EEG uitstrekt en met name 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 meldde Lancôme een model van de alleenverkoopovereenkomst die zij met haar algemene vertegenwoordigers voor Duitsland, Italië, Nederland, België en Luxemburg had gesloten, bij de Commissie aan. Later deelde Lancôme de Commissie ook de overeenkomsten mee die haar algemene vertegenwoordigers of dochterondernemingen met hun respectieve erkende wederverkopers hadden gesloten.

Op 27 april 1972 leidde de Commissie een procedure in waarna zij op 24 juli 1972 de punten van bezwaar aan Lancôme meedeelde. Naar aanleiding van deze mededeling heeft Lancôme haar overeenkomsten gewijzigd ten einde de handel tussen de door Lancôme erkende detailhandelaren in de verschillende Lid-Staten mogelijk te maken en te voorkomen dat aldus geïmporteerde of geëxporteerde Lancôme-artikelen onderworpen zouden zijn aan het in sommige Lid-Staten toegepaste systeem van prijsbinding. Hierop zond de directeur-generaal Concurrentie op 16 december 1974 een brief aan Lancôme, waarvan de twee laatste alinea's luiden als volgt:

„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 parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen inneemt, en 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 ver-

1 — Vertaald uit het Duits.

koopnet van geschoolde wederverkopers uw selectief verkoopnet niet op willekeurige wijze geschiedt en dat van dit middel niet op oneigenlijke wijze gebruik zal worden gemaakt om de handelsvrijheid tussen de erkende verkopers uit te schakelen".

De groep Ahold NV, waartoe gedaagden in het hoofdgeding, Etos BV en Albert Heyn Supermart BV behoren, controleert een belangrijk grootwinkel-bedrijf in Nederland, dat zich voornamelijk beweegt in de sector levensmiddelen en algemene consumptiegoederen. Etos exploiteert momenteel 59 drogisterijen in Nederland, waar tegen discountprijzen een gemengd pakket drogisterijartikelen, geneesmiddelen, cosmetica en parfumerieën wordt verkocht.

Vóór haar overname door de Albert Heyn-groep (nu Ahold) 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 hebben Cosparfrance verzocht Lancôme-artikelen aan al hun Etos-drogisterijen en „discount drugstores" te leveren, maar Cosparfrance heeft dit geweigerd met het argument dat de „discount drugstores" niet aan haar kwalitatieve criteria voldoen en dat de bevoorrading van alle winkels in kwestie bovendien in strijd zou zijn met haar selectieve 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.

Daarop hebben Lancôme en Cosparfrance tegen Albert Heyn Supermart en Etos een geding aanhangig gemaakt bij de Arrondissementsrechtbank te Haarlem, teneinde gedaagden te doen verbieden Lancôme-artikelen te verkopen in 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 de vorderingen hebben eiseressen aangevoerd dat gedaagden zich jegens hen schuldig maakten aan een onrechtmatige daad door hun verkooporganisatie te verstoren en te ondermijnen, onder andere door depositaires ertoe te brengen hun contractuele verplichtingen te schenden.

Gedaagden stelden dat de verkooporganisatie van de eiseressen gedeeltelijk nietig is, omdat zij in strijd is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Ook betoogden zij dat de brief van 16 december 1974 slechts de opinie van een hoofd van dienst weergaf, waardoor de Commissie niet gebonden zou zijn.

Gezien de meningsverschillen 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 luidt 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 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 be-

treffende onderneming zijn geselecteerd?"

Bij de beoordeling van deze vragen kan ik voor een belangrijk deel refereren aan de beide conclusies die ik zojuist in de gevoegde zaken 253/78 en 1-37/79 en in zaak 37/79 heb genomen. De volgende specifieke opmerkingen kunnen nog worden gemaakt:

1. De eerste vraag

De brief van de directeur-generaal Concurrentie de dato 16 december 1974 stemt qua tekst overeen met de brieven aan de bij de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 betrokken parfumfabrikanten. Voor de beoordeling van de inhoud daarvan kan ik dus volledig verwijzen naar mijn conclusie in deze gevoegde zaken. Op grond daarvan staat vast dat de brief de mening van de bevoegde dienst tot uiting moest brengen, dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag niet van toepassing was op de, overeenkomstig de wensen van de Commissie gewijzigde, door Lancôme aangemelde overeenkomsten, en dat de brief in geen geval een ontheffingsbeschikking ex artikel 85, lid 3, inhield. Daar de brief, zoals ik in mijn conclusie in zaak 37/79, waarnaar ik hierbij uitdrukkelijk verwijs, uitvoerig heb uiteengezet, volstrekt niet als formele beschikking van de Commissie kan worden aangemerkt, kan hij ook geen werking jegens derden hebben. Om dezelfde reden kon de brief ook op grond van de rechtspraak van het Hof (vgl. arrest van 14 december 1977, zaak 59/77, De Bloos, Jurispr. 1977, blz. 2359) geen einde maken aan de voorlopige geldigheid van oude, tijdig aangemelde overeenkomsten. Ook het feit dat deze overeenkomsten tijdens de administratieve procedure op aandringen van de Commissie zijn gewijzigd met het doel bepaalde clausules af te zwakken, doet hieraan niets af. Ook voor dit punt verwijs ik naar mijn uiteenzetting onder punt 2, c, aa, in de conclusie in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79. Het spreekt vanzelf dat de mededeling van de punten van bezwaar door de Commissie geen beschikking is die een einde kan maken aan de voorlopige geldigheid van de zogenaamde oude overeenkomsten.

2. De tweede vraag

Voor de twee sub-vragen 2.1 en 2.2, kan ik ook weer geheel refereren aan mijn uiteenzetting in de conclusie in de gevoegde zaken, met name in punt 1 daarvan. Met betrekking tot sub-vraag 2.3 moet worden opgemerkt dat de feitelijke omstandigheden bij de selectieve distributiestelsels waarover het Hof en de Commissie tot nu toe hebben beslist, anders lagen. Ik wijs er verder op dat in een geval als het onderhavige, waarin het distributiestelsel naar het oordeel van de Commissie niet onder artikel 85, lid 1, valt, een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, helemaal niet mogelijk is.

3. De derde vraag

Over deze vraag hoef ik mij niet uit te laten daar het buiten kijf is dat de brief van 16 december 1974 geen ontheffingsbeschikking van de Commissie krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag vormt.

4. Ik concludeer derhalve, dat de vragen worden beantwoord als volgt:

a) Op grond van het gemeenschapsrecht kan een brief als die welke op 16 december 1974 aan Lancôme is gezonden, niet als een beschikking van de Commissie worden aangemerkt. Daar het om een administratieve brief gaat, waarin Lancôme ervan in kennis wordt gesteld dat de Commissie op grond van de haar bekende gegevens geen aanleiding meer ziet om krachtens artikel 85, lid 1, tegen de betrokken overeenkomsten op te treden, kan er op grond van het gemeenschapsrecht niet van worden uitgegaan dat het hier om toepassing van artikel 85, lid 3, gaat. Een dergelijke brief heeft geen werking jegens derden.

b) Het is op grond van het gemeenschapsrecht mogelijk dat de overeenkomsten die in casu aan de orde zijn, ondanks de door de verwijzende rechter genoemde omstandigheden, niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen wanneer, gelet op alle aspecten van de economische en juridische context van deze overeenkomsten — en met name van het betrekkelijk bescheiden marktaandeel —, de conclusie kan worden getrokken dat de overeenkomsten de mededinging niet merkbaar beïnvloeden.

AANVULLENDE CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL

(zie gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79, blz. 2392)