

fung durch den Gerichtshof ausschließlich zuständig, für derartige Vereinbarungen eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 zu gewähren.

2. Ein von einem Beamten der Kommission unterzeichnetes Schreiben, aus dem hervorgeht, daß für die Kommission kein Grund besteht, gegen ein bei ihr angemeldetes Vertriebssystem nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag einzuschreiten, ist gegenüber Dritten nicht wirksam und bindet nicht die innerstaatlichen Gerichte. Es stellt nur einen tatsächlichen Umstand dar, den die innerstaatlichen Gerichte bei ihrer Prüfung der Vereinbarkeit des betreffenden Systems mit dem Gemeinschaftsrecht berücksichtigen können.
3. Freistellungsentscheidungen nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag begründen Rechte in dem Sinne, daß sich die Parteien eines Kartells, das Gegenstand einer solchen Beurteilung

war, hierauf gegenüber Dritten, die die Nichtigkeit des Kartells aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 geltend machen, berufen können.

4. Das Verhalten eines Unternehmens kann als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag angesehen werden, wenn das Unternehmen auf einem bestimmten Markt die Möglichkeit besitzt, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten, und wenn sein Verhalten auf diesem Markt die Aufrechterhaltung oder die Entwicklung des Wettbewerbs durch Mittel behindert, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen, und dazu führt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

In der Rechtssache 31/80

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag von der Rechtbank van Koophandel Antwerpen in dem vor diesem Gericht anhängigen Rechtsstreit

1. NV L'ORÉAL, Brüssel,
2. SA L'ORÉAL, Paris,

gegen

PVBA „DE NIEUWE AMCK“, Hoboken,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 85 und 86 des Vertrages

erläßt

DER GERICHTSHOF

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

Generalanwalt: G. Reischl

Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Die belgische Gesellschaft NV L'Oréal, Brüssel, und die französische Gesellschaft SA L'Oréal, Paris, die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, haben beim Präsidenten der Rechtbank van Koophandel Antwerpen zwei summarische Verfahren gegen die Gesellschaft „De Nieuwe Amck“, Hoboken, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, anhängig gemacht. Mit diesen Verfahren, die vom Präsidenten der Rechtbank van Koophandel verbunden worden sind, wird unter anderem beantragt, für Recht zu erkennen, daß die Tatsache, daß die Beklagte Dosen Haarspray Kérastase von 370 g, Dosen Fachsalonspray Kérastase von 710 g und Fläschchen Ausgleichsbad für feine und weiche Haare Kérastase von 150 ml, auf denen ausdrücklich vermerkt ist, daß sie nur durch Kérastase-Friseurberater verkauft werden dürfen, zum Verkauf anbietet oder verkauft, sowie gegebenenfalls die Tatsache, daß sie sich diese Erzeugnisse durch Mitwirkung

an einer Vertragsverletzung beschafft, Handlungen darstellen, die mit redlichen Handelsbräuchen unvereinbar sind. Mit den Verfahren soll außerdem erreicht werden, daß der Beklagten verboten wird, die genannten Erzeugnisse zum Verkauf anzubieten, zu verkaufen oder sich zu beschaffen.

2. Die SA L'Oréal, Paris, ist eine französische Gesellschaft, die sich mit der Herstellung und Vermarktung von Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikeln befaßt. Die NV L'Oréal, Brüssel, eine 99%ige Tochtergesellschaft von SA L'Oréal, vermarktet die L'Oréal-Erzeugnisse in Belgien. Die PVBA „De Nieuwe Amck“ ist Großhändlerin im Parfümeriesektor. „De Nieuwe Amck“ gehört nicht zu dem von L'Oréal für den Verkauf der Kérastase-Erzeugnisse errichteten selektiven Vertriebsnetz.

3. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens machte vor dem Präsidenten der Rechtbank van Koophandel Antwerpen

unter anderem geltend, das selektive Vertriebsnetz von L'Oréal sei wegen Verstoßes gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsvorschriften rechtswidrig. In diesem Zusammenhang haben die Klägerinnen jedoch auf ein an die SA L'Oréal gerichtetes Schreiben der Kommission vom 22. Februar 1978 hingewiesen, wonach wegen des geringen Anteils, den L'Oréal auf dem Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel in den einzelnen Ländern besitze, und in Anbetracht der großen Zahl von konkurrierenden Unternehmen vergleichbarer Größe die Kommission der Ansicht sei, sie brauche nicht nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag gegen das Vertriebssystem von L'Oréal einzuschreiten, und das Verfahren daher eingestellt habe.

4. Die Rechtbank van Koophandel Antwerpen hat mit Beschluß vom 17. Januar 1980 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Vorabentscheidungsfragen vorgelegt:

„1. Kommt das System paralleler Alleinvertriebsvereinbarungen zwischen Hersteller und Alleinimporteuren, das an selektive Vertriebsnetze zwischen den nationalen Importeuren und den von ihnen ausgewählten Einzelhändlern gekoppelt ist, auf angeblichen qualitativen und quantitativen Auswahlkriterien beruht und sich nur auf einige Parfümerieartikel aus einem ganzen Warenprogramm bezieht, für eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages von Rom in Betracht, und trifft dies — gemeinschaftsrechtlich gesehen — im vorliegenden Fall für die L'Oréal NV (Brüssel) und die L'Oréal SA (Paris) zu?

2. Ist eine von einem Beamten der Kommission der Europäischen Gemeinschaften getroffene Entscheidung über die Einstellung des Ver-

fahrens bindend, so wie sie in dem an die Klägerin zu 1 des Hauptverfahrens gerichteten Schreiben vom 22. Februar 1978 enthalten ist, das von Direktor J. E. Ferry der ‚Generaldirektion Wettbewerb Direktion Kartelle, Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen‘ unterzeichnet wurde?

3. Sind nach Artikel 85 Absatz 3 gewährte Freistellungen als eine Duldung zu betrachten, oder begründen sie ein Recht, das in gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht gegenüber Dritten wirksam ist, und trifft dies für L'Oréal zu?

4. Kann das Verhalten von L'Oréal in bezug auf Dritte als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages von Rom betrachtet werden?“

5. Der Vorlagebeschluß ist am 23. Januar 1980 in der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt W. Alexander, Den Haag, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, vertreten durch die Rechtsanwälte P. Goossens und L. Neels, Antwerpen, die französische Regierung, vertreten durch Herrn T. Le Roy, die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch Herrn A. D. Preston, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Herrn J. Temple Lang und Herrn J.-F. Verstrynge, haben nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG schriftliche Erklärungen eingereicht.

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

II — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

A — Die *Klägerinnen des Ausgangsverfahrens* führen in ihren einleitenden Bemerkungen aus, der Vorlagebeschluß beruhe auf unzutreffenden Tatsachen. Die fraglichen Erzeugnisse seien keine Parfümerieartikel. Sie seien nicht von SA L'Oréal, Paris, hergestellt und von NV L'Oréal, Brüssel, eingeführt worden. Es handele sich bei ihnen nicht um Luxusartikel. Die Klägerinnen heben insbesondere hervor, daß die von L'Oréal für den Verkauf ihrer Haarpflegeerzeugnisse vorgenommene Auswahl der Friseure einzig und allein aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art erfolge, die den Verkauf und die Anwendung der fraglichen Erzeugnisse unter sachgemäßen Bedingungen gewährleisten sollten; bei der Auswahl würden keineswegs quantitative Kriterien herangezogen. Die Anzahl der zugelassenen „Kérastase-Friseurberater“ in Belgien belaufe sich zur Zeit auf 2 556. Durch den mit diesen Friseurberatern geschlossenen Kérastase-Vertrag verpflichte sich L'Oréal unter anderem, dem Friseurberater die notwendige fachliche Unterstützung für die Anwendung und Beratung in Bezug auf die Erzeugnisse zukommen zu lassen und ihn ständig über die Gestaltung der Haarpflege in einem Salon zu unterrichten. Der Friseur seinerseits verpflichte sich, an den von L'Oréal veranstalteten Fachinformationstagungen teilzunehmen oder sein Personal dorthin zu entsenden, dafür zu sorgen, daß bei jedem Kunden eine systematische Prüfung vorgenommen werde, die Vorschriften über die Anwendung der Erzeugnisse zu beachten und den Absatz der gesamten Kollektion zu fördern. Der Friseurberater verpflichte sich außerdem, die fraglichen Erzeugnisse nur an andere zugelassene Kérastase-Friseurberater abzugeben.

a) Zur ersten Frage

Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens bemerken, die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 stelle sich nur, wenn nachgewiesen sei, daß die betreffenden Vereinbarungen gegen Artikel 85 Absatz 1 verstießen. Im vorliegenden Fall sei aber offensichtlich, daß die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung nicht erfüllt seien. Ein auf qualitativen Auswahlkriterien beruhendes selektives Vertriebssystem falle nicht in den Geltungsbereich des Artikels 85 Absatz 1, was die Kommission in ihrer Entscheidung vom 21. Dezember 1976 (*Junghans*, ABl. 1977, L 30, S. 10, Nrn. 21 bis 23) anerkannt habe, dieses System sei vom Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (*Metro/Kommission*, Slg. 1977, 1875, Randnrn. 20 und 27 der Entscheidungsgründe) zugelassen worden. Auch der geringe Marktanteil von L'Oréal bestätige, daß im gegebenen Fall kein Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 vorliege, wie die Kommission in ihrem Schreiben vom 22. Februar 1978 hervorgehoben habe.

Aufgrund dieser Ausführungen und im Lichte der der Kommission durch Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeit für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 schlagen die Klägerinnen vor, die erste Frage wie folgt zu beantworten:

„Für die Antwort auf die Frage, ob bestimmte Vereinbarungen — vorausgesetzt, sie fallen unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag — für eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 in Betracht kommen, ist, vorbehaltlich der Nachprüfung ihrer Entscheidung durch den Gerichtshof, die Kommission ausschließlich zuständig.“

b) Zur zweiten Frage

Im Gegensatz zu den Verfahren 253/78, 1 bis 3/79, 37/79 und 99/79 spiele das

Schreiben der Kommission vom 22. Februar 1978 hier nur eine sehr begrenzte Rolle. Denn das qualitative Ké rastase-Auswahlsystem verstoße offensichtlich nicht gegen Artikel 85 Absatz 1. Es sei also überflüssig, daß die Klägerinnen dieses Schreiben vorgelegt hätten.

Dieses Schreiben, in dem L'Oréal eine Ansicht der Kommission mitgeteilt worden sei, habe in diesem Unternehmen das berechnete Vertrauen darauf hervorgerufen, daß seine Verträge in ihrer gegenwärtigen Form mit Artikel 85 vereinbar seien. Die Kommission sei durch diese Erklärung gebunden, es sei denn, die Umstände änderten sich in einem wesentlichen Punkt oder sie stelle fest, daß ihr unzutreffende Auskünfte gegeben worden seien. Mit der zweiten Frage solle bestimmt werden, welche Wirkung ein solches Schreiben für das Gericht habe. Hierzu bemerken die Klägerinnen, gemäß dem Urteil vom 6. Februar 1973 in der Rechtssache 48/72 (*de Haecht*, Slg. 1973, 77) müsse das nationale Gericht, sofern es nicht feststelle, daß die Vereinbarung durch die vorläufige Gültigkeit geschützt sei, entscheiden, ob das Verfahren auszusetzen sei, um den Parteien Gelegenheit zu geben, eine Stellungnahme der Kommission einzuholen. Schlage das nationale Gericht diesen letztgenannten Weg ein, so sei es durch die Stellungnahme der Kommission gebunden. Im vorliegenden Fall habe die Kommission bereits eine Stellungnahme zu den fraglichen Vereinbarungen abgegeben, und da das vorlegende Gericht festgestellt habe, es könne den etwaigen Einfluß der kumulativen Wirkung der Vertriebsnetze in den einzelnen Mitgliedstaaten auf den Ausgang des Verfahrens nicht selbst einschätzen, sei es durch die Beurteilung der Kommission in bezug auf diesen Punkt gebunden. Die Klägerinnen schlagen somit vor, die zweite Frage wie folgt zu beantworten:

„Ist das nationale Gericht der Ansicht, daß es nicht selbst beurteilen kann, ob unter den gegebenen Umständen bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 — vorausgesetzt, es kann im konkreten Fall hiervon die Rede sein — eine spürbare Auswirkung auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben, und liegt ihm insoweit eine Stellungnahme der Kommission vor, so hat es sich nach dieser Stellungnahme zu richten.“

c) Zur dritten Frage

Ogleich die Klägerinnen die Frage für im Rahmen des Ausgangsverfahrens völlig unerheblich und für so unbestimmt halten, daß sie sich kaum für eine vernünftige Antwort eigne, regen sie an, diese Frage wie folgt zu beantworten:

„Die Entscheidungen oder Verordnungen über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 — vorausgesetzt, es kann im konkreten Fall hiervon die Rede sein — können jedermann entgegengehalten werden, der sich auf die Nichtigkeit einer Vereinbarung aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag beruft.“

d) Zur vierten Frage

Die Klägerinnen bemerken, in dem nationalen Verfahren sei nicht festgestellt worden, daß im vorliegenden Fall eine beherrschende Stellung bestehe. Die Auswahl von Wiederverkäufern anhand von „objektiven Kriterien in bezug auf die Qualifikationen des Wiederverkäufers“ könnten auch keinen Mißbrauch darstellen (Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, *United Brands/Kommission*, Slg. 1978, 207, Randnr. 158 der Entscheidungsgründe). Die Klägerinnen schlagen daher folgende Antwort vor:

„Besitzt ein Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil

desselben — was vom Gericht zu prüfen ist —, so kann die Auswahl der Käufer/Wiederverkäufer anhand objektiver Kriterien in bezug auf die Qualifikationen des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner Verkaufseinrichtungen keinen Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 darstellen, es sei denn, daß diese Praktik zu Beeinträchtigungen führt, die zu dem angestrebten Ziel außer Verhältnis stehen.“

B — Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* macht vor ihrer Antwort auf die erste Frage, die ihr im Rahmen des Ausgangsverfahrens als die wichtigste erscheint, detaillierte Ausführungen allgemeiner Art namentlich über die kumulative Wirkung der zwischen L'Oréal und den zugelassenen Wiederverkäufern getroffenen Vereinbarungen, über die Art der fraglichen Erzeugnisse, über die belgische Regelung zum Schutze der Gesundheit der Verbraucher im Bereich der Kosmetika und Aerosole, über die belgische Regelung auf dem Gebiet des Zugangs zum Beruf des Friseurs und über andere einschlägige Regelungen, über den Ausschluß der Großhandels- und Parallelhandelsstufe in dem Kérastase-Vertriebssystem, über die darin enthaltenen weiteren Einschränkungen und schließlich über die Spürbarkeit dieser Beschränkungen sowie über die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten. Neben diesen Ausführungen über die Tatbestandsvoraussetzungen von Artikel 85 Absatz 1 äußert sich die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* auch zu der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3.

Aus diesen Ausführungen ergebe sich, daß das Kérastase-Vertriebssystem in Anbetracht aller wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände gegen Artikel 85 verstoße. Die von L'Oréal angewandten angeblich objektiven Auswahlkriterien stellten in Wirklichkeit versteckte quanti-

tative Kriterien dar. Im Hinblick auf den in der belgischen Regelung über Kosmetikerzeugnisse und in der belgischen Regelung über den Zugang zum Friseurberuf vorgesehenen Verbraucherschutz habe das Kérastase-Vertriebssystem, das nicht für sämtliche Friseure, die ihre Tätigkeit in Belgien ausübten, zugänglich sei, den Ausschluß einer beträchtlichen Anzahl von Friseuren, die alle erforderlichen Qualifikationen aufwiesen, zur Folge. Dieser Ausschluß sei nicht unerläßlich, um die Gesundheit der Verbraucher zu schützen; ihm liege einzig und allein das Bestreben zugrunde, den Wettbewerb zu beschränken. Wenn im übrigen das Ziel der von L'Oréal vorgenommenen Auswahl der Verbraucherschutz sei, so sei schlecht zu erkennen, weshalb das Kérastase-Vertriebssystem die Großhandelsstufe völlig ausschließen müsse. L'Oréal verbiete nämlich jedem Großhändler, ihre Erzeugnisse zu vertreiben, und zwar auch dann, wenn er sich auf den Kreis der zugelassenen Friseurberater beschränke. Der Ausschluß der Großhandelsstufe ermögliche die künstliche Aufrechterhaltung erheblicher Preisunterschiede bei den L'Oréal-Erzeugnissen zwischen den Mitgliedstaaten (s. die Tabelle auf S. 33 des Schriftsatzes). Die Kérastase-Verträge enthielten noch weitere Wettbewerbsbeschränkungen: Die Friseure seien verpflichtet, den Absatz der Kérastase-Erzeugnisse zu fördern; außerdem seien sie verpflichtet, den Absatz der gesamten Kollektion zu fördern, und L'Oréal behalte sich das Recht vor, die von ihnen angewandten Preise zu überprüfen. Nach Ansicht der *Beklagten des Ausgangsverfahrens* schränken diese verschiedenen Wettbewerbsbeschränkungen in Anbetracht der kumulativen Wirkung der betreffenden Verträge in den einzelnen Mitgliedstaaten den Wettbewerb spürbar ein und beeinträchtigen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Die umstrittenen Verträge könnten,

vorausgesetzt, sie seien angemeldet worden, auf jeden Fall nicht in den Genuß einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 kommen, da die Wettbewerbsbeschränkungen, die sie mit sich brächten, insbesondere im Hinblick auf den normativen Zusammenhang, in dem sie stünden, offensichtlich nicht unerläßlich seien, um die angeblich von L'Oréal angestrebten Ziele des Verbraucherschutzes zu erreichen.

Zur ersten Frage

Aufgrund dieser Ausführungen schlägt die Beklagte des Ausgangsverfahrens vor, die erste Frage wie folgt zu beantworten: „Ein selektives Vertriebssystem für Haarpflegeerzeugnisse, bei dem wegen der Gefahren, die die Anwendung der Erzeugnisse für den Verbraucher mit sich bringt, eine Auswahl aufgrund der fachlichen Eignung vorgenommen wird, ist *unvereinbar* mit Artikel 85 Absatz 1, wenn die gemeinschaftlichen und die nationalen Rechtsvorschriften den Schutz des Verbrauchers dieser Erzeugnisse bereits abschließend regeln. Soweit es um Erzeugnisse geht, die ausschließlich für die Anwendung durch berufliche Dienstleistungserbringer bestimmt sind, verstößt es im Hinblick auf die vorerwähnten Rechtsvorschriften sowie auf die nationalen Niederlassungsvorschriften, die nur geeignete Dienstleistungserbringer zu dem Beruf zulassen, gegen Artikel 85 Absatz 1, wenn nicht alle gemäß den nationalen Niederlassungsvorschriften niedergelassenen Dienstleistungserbringer zu dem Vertriebsnetz zugelassen werden. Ebenso verstößt es gegen Artikel 85 Absatz 1, wenn der Großhandel von dem Vertriebsnetz ausgeschlossen wird.

Ein selektives Vertriebssystem für Haarpflegeerzeugnisse, das aufgrund des nach der Art der Erzeugnisse erforderlichen Vertriebs gerechtfertigt sein könnte, verstößt gegen Artikel 85 Absatz 1,

a) wenn nicht erwiesen ist, daß die Art der Erzeugnisse diesen selektiven Vertrieb erfordert, insbesondere wenn es um Erzeugnisse geht, die unter einer besonderen Marke von einem Unternehmen in den Verkehr gebracht werden, das gleichartige Erzeugnisse unter anderen Marken in den Verkehr bringt und das nicht nachweist, daß sich die erstgenannten Erzeugnisse objektiv von den letztgenannten unterscheiden, so daß für die einen ein selektiver Vertrieb errichtet werden muß, während dies für die anderen nicht oder nicht in der gleichen einschränkenden Weise der Fall ist;

b) wenn, im Hinblick auf die Tatsache, daß es wünschenswert ist, daß der Verbraucher bei der Auswahl von Haarpflegeerzeugnissen durch fachlich geeignete Haarpflegespezialisten informiert wird, nicht alle gemäß den nationalen Rechtsvorschriften objektiv als fachlich geeignet anzusehenden Dienstleistungsbringer zu dem Vertriebssystem zugelassen werden; wenn außerdem Kriterien angewandt werden, die nicht als objektiv zu betrachten sind, weil die auf dem Sektor bestehenden Unterschiede zwischen den Dienstleistungserbringern nicht berücksichtigt werden; wenn den Haarpflegespezialisten zusätzliche Verpflichtungen auferlegt werden, die nicht durch die angestrebten Ziele gerechtfertigt werden können, sondern die ernsthafte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, wie etwa die Verpflichtung, zur Absatzförderung beizutragen, die denjenigen Dienstleistungserbringern auferlegt wird, deren Aufgabe es ist, den Verbraucher sachkundig und somit objektiv bei der Auswahl der auf dem Markt vorhandenen Erzeugnisse zu unterstützen; wenn schließlich der Großhandel mit

diesen Erzeugnissen ausgeschlossen wird, ohne daß dies durch die erwähnte Zielsetzung gerechtfertigt werden kann.

Ein selektives Vertriebssystem, das gleichzeitig und systematisch in mehreren Mitgliedstaaten angewandt wird, stellt eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar und beeinflusst spürbar den zwischenstaatlichen Handel, wenn Parallelhandelsströme innerhalb des Netzes verhindert werden und insbesondere die Versorgung der Wiederverkäufer in den anderen Mitgliedstaaten eingeschränkt wird durch die kumulative Wirkung des an die Alleinimporteure gerichteten Verbots, außerhalb ihres Vertragsgebiets eine aktive Verkaufspolitik zu betreiben, zusammen mit der praktischen Einschränkung der Möglichkeit für die zugelassenen Wiederverkäufer, sich in anderen Mitgliedstaaten zu versorgen, und dem Ausschluß des Großhandels mit den betreffenden Erzeugnissen.

Es ist ausgeschlossen, daß eine Freistellung aufgrund von Artikel 85 Absatz 3 für ein selektives Vertriebssystem erlangt werden kann, das — wie das System, das von dem Vorlagegericht zu beurteilen ist — weiter geht als die Fachhandelsbindung, die zur Erreichung des angestrebten Ziels genügen würde, das keine objektiven Qualitätskriterien anwendet und außerdem den zugelassenen Wiederverkäufern Verpflichtungen auferlegt, die für den sachgemäßen Vertrieb der Erzeugnisse nicht erforderlich sind, und das schließlich dazu führt, daß der Parallelhandel innerhalb des Vertriebsnetzes ausgeschlossen, zumindest aber ernsthaft behindert wird.“

Zur zweiten und zur dritten Frage

In bezug auf den obligatorischen Charakter des Schreibens vom 22. Februar 1978 verweist die Beklagte des Aus-

gangsverfahrens auf die Schlußanträge von Generalanwalt Reischl in den verbundenen Rechtssachen 253/78, 1 bis 3/79, 37/79 und 99/79. Das Schreiben sei weder eine Freistellung noch ein Negativattest. Es sei gegenüber Dritten nicht wirksam und sei für das vorlegende Gericht nicht verbindlich, das somit für die Beurteilung der Zulässigkeit der fraglichen Vereinbarungen im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 zuständig bleibe.

Aufgrund dieser Antwort sei die dritte Frage gegenstandslos.

C — Die *französische Regierung* macht geltend, nach ihrer Ansicht könne ein selektives Vertriebssystem nur insoweit als vereinbar mit den Wettbewerbsvorschriften angesehen werden, als es auf qualitativen und nicht auf quantitativen Kriterien beruhe. Jedoch sei es Sache der Gemeinschaftsbehörden, unter der Kontrolle des Gerichtshofes festzustellen, ob Artikel 85 Absatz 3 auf die in Rede stehenden Vertriebssysteme anwendbar sei.

Was die zweite Frage betreffe, so sei das Schreiben vom 22. Februar 1978 weder ein Negativattest noch eine Freistellung. Es handele sich nur um eine Stellungnahme eines Vertreters der Kommission, die unter Umständen die Haftung der Gemeinschaft für „unzutreffende Auskünfte“ auslösen könne.

Die in der dritten Frage erwähnten Freistellungsentscheidungen könnten Dritten entgegengehalten werden; doch sei im vorliegenden Fall keine Freistellungsentscheidung ergangen. Ein einfaches Schreiben über die Einstellung des Verfahrens könne Dritten nicht entgegengehalten werden.

Die *französische Regierung* vertritt schließlich die Auffassung, die vierte Frage gehe insoweit über den Rahmen des Artikels 177 hinaus, als der Gerichtshof aufgefordert werde, sich zu einem Einzelfall zu äußern. Es sei Sache der

Kommission, Verstöße gegen Artikel 86 festzustellen.

D — Die *Regierung des Vereinigten Königreichs* weist darauf hin, daß die erste Frage aus zwei Teilen bestehe. Erstens werde gefragt, ob ein Vertriebssystem wie das in der Frage beschriebene Gegenstand einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 sein könne. Hierzu verweist die Regierung des Vereinigten Königreichs auf die verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 und insbesondere auf die Schlußanträge des Generalanwalts in diesen Rechtssachen. Zweitens werde gefragt, ob für das Vertriebssystem von L'Oréal eine Freistellung gelte. Diese Frage gehe jedoch über den Rahmen des Artikels 177 hinaus, da der Gerichtshof mit ihr ersucht werde, sich über die Anwendbarkeit des Artikels 85 auf einen gegebenen Sachverhalt zu äußern. Im übrigen sei die Kommission nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 ausschließlich zuständig.

Das Schreiben vom 22. Februar 1978 stelle nur eine Meinungsäußerung dar, wie der Generalanwalt in seinen Schlußanträgen in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 in bezug auf die ähnlichen Schreiben, um die es in jenen Rechtssachen gegangen sei, ausgeführt habe.

Die dritte Frage sei im Rahmen des Ausgangsverfahrens unerheblich. Nach Ansicht der Regierung des Vereinigten Königreichs besteht die einzige Wirkung einer Freistellungsentscheidung in bezug auf Dritte darin, daß diese keine Möglichkeit mehr hätten, sich gegenüber der betreffenden Vereinbarung auf das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 zu berufen. Die Freistellung begründe kein Recht, das gegenüber Dritten geltend gemacht werden könnte. Die Frage, ob die Parteien der fraglichen Vereinbarungen im

vorliegenden Fall derartige Rechte besäßen, sei allein nach belgischem Recht zu beurteilen.

Zur vierten Frage vertritt die Regierung des Vereinigten Königreichs die Ansicht, es sei wenig wahrscheinlich, daß Artikel 86 im vorliegenden Fall anwendbar sei, berücksichtige man den geringen Marktanteil, den L'Oréal besitze, worauf im Schreiben vom 22. Februar 1978 hingewiesen worden sei.

E — Die *Kommission* erinnert zunächst an das Verwaltungsverfahren, das sie im Sektor für Parfümerie- und Toilettenartikel durchgeführt habe und das auch in ihren Erklärungen in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79 beschrieben sei. In den Gesamtrahmen dieses Verfahrens sei das Schreiben vom 22. Februar 1978 zu stellen, das Herr Ferry an L'Oréal gerichtet habe, nachdem diese sich bereit erklärt habe, die zuvor in den fraglichen Vertriebsvereinbarungen enthaltenen mittelbaren Ausfuhrverbote aufzuheben.

Zur ersten Frage

Die Kommission bemerkt, die Frage einer etwaigen Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 stelle sich nur, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikels 85 Absatz 1 erfüllt seien.

In diesem Zusammenhang hebt die Kommission namentlich unter Hinweis auf Randnr. 20 der Entscheidungsgründe des Urteils *Metro* (aaO) hervor, daß die Auswahl der Vertriebshändler aufgrund rein qualitativer Kriterien nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 falle, wenn diese Kriterien einheitlich und ohne Diskriminierung auf sämtliche potentiellen Vertriebshändler angewandt würden. Wenn dagegen bei der Auswahl quantitative Kriterien eine Rolle spielten, liege grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Diese Beschränkung

müsse jedoch, um von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 erfaßt zu werden, den Handel zwischen Mitgliedstaaten und den Wettbewerb in dem konkreten Rahmen, in dem sich dieser abspiele, spürbar beeinträchtigen (Urteil vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71, *Béguelin*, Slg. 1971, 949, Randnr. 18 der Entscheidungsgründe). Im vorliegenden Fall habe die Kommission aufgrund der ihr bekannten Umstände entschieden, daß die Wettbewerbsbeschränkungen, die in dem betreffenden Sektor möglicherweise noch bestünden, nicht spürbar seien und jedenfalls den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht spürbar beeinträchtigen könnten.

Falls gleichwohl davon auszugehen sei, daß die fraglichen Verträge unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen, so vertritt die Kommission die Auffassung, daß die von den Unternehmen des Luxusparfümeriesektors bisher vorgetragenen Argumente nicht geeignet seien, die Gewährung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 für diese Vereinbarungen zu rechtfertigen.

Die Kommission bemerkt schließlich, man könne nicht auf dem Standpunkt stehen, daß das von ihr durchgeführte Verfahren zu einer Freistellung der Verträge, auf denen die L'Oréal-Verkaufsorganisation beruhe, nach Artikel 85 Absatz 3 geführt habe. Sie sei nur der Ansicht gewesen, daß kein Anlaß bestanden habe, aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten. Die Kommission hebt hervor, daß nach ihrer Kenntnis L'Oréal lediglich eine qualitative Auswahl vornehme, die ipso facto nicht in den Geltungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 falle.

Zur zweiten Frage

Die Kommission schlägt aufgrund ähnlicher Überlegungen, wie sie sie in den

Rechtssachen 253/78, 1 bis 3/79, 37/79 und 99/79 angestellt hat, vor, diese Frage wie folgt zu beantworten:

„Nach dem Gemeinschaftsrecht kann ein Schreiben wie das am 22. Februar 1978 an L'Oréal gerichtete nicht als eine Entscheidung der Kommission betrachtet werden. Da es sich um ein Verwaltungsschreiben handelt, in dem L'Oréal die Ansicht der Kommission mitgeteilt wird, daß aufgrund der ihr bekannten Umstände kein Anlaß mehr bestehe, gegen die betreffenden Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 einzuschreiten, kann nach dem Gemeinschaftsrecht nicht davon ausgegangen werden, daß dieses Schreiben Dritten entgegengehalten werden kann.“

Zur dritten Frage

Die Kommission ist der Auffassung, daß diese Frage nicht beantwortet zu werden brauche, da im vorliegenden Fall keine Freistellung gewährt worden sei. Im übrigen nimmt sie auf die Antworten auf die vom Gerichtshof in den Rechtssachen 253/78, 1 bis 3/79 und 99/79 gestellten schriftlichen Fragen Bezug.

Zur vierten Frage

Unabhängig von der Frage, ob das Verhalten von L'Oréal einen Mißbrauch darstelle, erkennt die Kommission nicht, wie dieses Verhalten angesichts des geringen Marktanteils des betreffenden Unternehmens in den Geltungsbereich von Artikel 86 fallen könne. Die Kommission schlägt daher vor, die Frage wie folgt zu beantworten:

„Das Verhalten von L'Oréal kann nicht nach Artikel 86 des Vertrages von Rom untersagt werden, solange L'Oréal keine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes besitzt.“

III — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 23. September 1980 haben die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Alexander, Den Haag, die Beklagte des Ausgangsverfahrens, vertreten durch Rechtsanwalt Neels, Antwerpen, und die

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Kuyper, mündliche Ausführungen gemacht.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 15. Oktober 1980 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

- 1 Die Rechtbank von Koophandel Antwerpen hat mit Beschluß vom 17. Januar 1980, beim Gerichtshof eingegangen am 23. Januar 1980, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag mehrere Fragen nach der Auslegung der Artikel 85 und 86 des Vertrages zur Vorabentscheidung vorgelegt.
- 2 Diese Fragen sind im Rahmen eines von der belgischen Gesellschaft L'Oréal NV und der französischen Gesellschaft SA L'Oréal vor dem Präsidenten der Rechtbank van Koophandel Antwerpen gegen die Gesellschaft „De Nieuwe Amck“ anhängig gemachten summarischen Verfahrens aufgeworfen worden. Die Gesellschaften L'Oréal haben in Belgien für die Kérastase-Haarpflegeerzeugnisse ein selektives Vertriebsnetz errichtet, zu dem die Gesellschaft „Die Nieuwe Amck“ nicht gehört. Mit dem Verfahren wird insbesondere beantragt, für Recht zu erkennen, daß die Tatsache, daß die Beklagte Kérastase-Erzeugnisse, auf denen ausdrücklich vermerkt ist, daß sie nur durch Kérastase-Friseurberater verkauft werden dürfen, zum Verkauf anbietet oder verkauft, sowie gegebenenfalls die Tatsache, daß sie sich diese Erzeugnisse durch Mitwirkung an einer Vertragsverletzung beschafft, Handlungen darstellen, die mit redlichen Handelsbräuchen unvereinbar sind. Mit dem Verfahren soll außerdem erreicht werden, daß der Beklagten untersagt wird, die genannten Erzeugnisse zum Verkauf anzubieten, zu verkaufen oder sich zu beschaffen.
- 3 Die Beklagte des Ausgangsverfahrens hat vor dem vorlegenden Gericht die Rechtswidrigkeit des selektiven Vertriebsnetzes von L'Oréal geltend gemacht, das gegen die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen verstoße. Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens haben demgegenüber auf ein Schreiben hingewiesen, das die Kommission am 22. Februar 1980 an die

SA L'Oréal gerichtet hat. Hierin teilte die Kommission der Gesellschaft mit, daß wegen des geringen Anteils, den L'Oréal auf dem Markt für Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikel in den einzelnen Ländern besitze, und in Anbetracht der großen Zahl von konkurrierenden Unternehmen vergleichbarer Größe die Kommission der Ansicht sei, sie brauche nicht nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages gegen das Vertriebssystem von L'Oréal einzuschreiten, und das Verfahren daher eingestellt habe.

- 4 Die Rechtbank van Koophandel hat daraufhin das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Vorabentscheidungsfragen vorgelegt:

„1. Kommt das System paralleler Alleinvertriebsvereinbarungen zwischen Hersteller und Alleinimporteuren, das an selektive Vertriebsnetze zwischen den nationalen Importeuren und den von ihnen ausgewählten Einzelhändlern gekoppelt ist, auf angeblichen qualitativen und quantitativen Auswahlkriterien beruht und sich nur auf einige Parfümerieartikel aus einem ganzen Warenprogramm bezieht, für eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages von Rom in Betracht, und trifft dies — gemeinschaftsrechtlich gesehen — im vorliegenden Fall für die L'Oréal NV (Brüssel) und die L'Oréal SA (Paris) zu?

2. Ist eine von einem Beamten der Kommission der Europäischen Gemeinschaften getroffene Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens bindend, so wie sie in dem an die Klägerin zu 1 des Hauptverfahrens gerichteten Schreiben vom 22. Februar 1978 enthalten ist, das von Direktor J. E. Ferry der Generaldirektion Wettbewerb, Direktion Kartelle, Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen unterzeichnet wurde?

3. Sind nach Artikel 85 Absatz 3 gewährte Freistellungen als eine Duldung zu betrachten, oder begründen sie ein Recht, das in gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht gegenüber Dritten wirksam ist, und trifft dies für L'Oréal zu?

4. Kann das Verhalten von L'Oréal in bezug auf Dritte als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages von Rom betrachtet werden?“

- 5 Zunächst ist daran zu erinnern, daß der Gerichtshof im Rahmen der ihm durch Artikel 177 des Vertrages zugewiesenen Aufgabe nicht befugt ist, über die Anwendung des Vertrages auf einen Einzelfall zu befinden. Der Ge-

richtshof ist daher nicht in der Lage, den zweiten Teil der ersten Frage zu beantworten. Es ist Sache des nationalen Gerichts, anläßlich der bei ihm anhängigen Rechtsstreitigkeiten aufgrund des Sachverhalts und gegebenenfalls der Antworten auf die Auslegungsfragen, die es dem Gerichtshof vorzulegen möglicherweise für erforderlich hielt, darüber zu entscheiden, ob die Artikel 85 und 86 des Vertrages anzuwenden sind.

- 6 Da jedoch die Zuständigkeit der nationalen Gerichte durch das Vorgehen der Kommission beeinflusst werden kann, ist vorrangig die zweite Frage nach der Rechtsnatur und den Auswirkungen des von der Kommission an die SA L'Oréal gerichteten Schreibens zu prüfen.

Zur Rechtsnatur des fraglichen Schreibens

- 7 Wie der Gerichtshof in seinen Urteilen vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 99/79, Lancôme, in den Rechtssachen 253/78 und 1 bis 3/79, Guerlain u. a., und in der Rechtssache 37/79, Marty, auszuführend Gelegenheit hatte, hat Artikel 87 Absatz 1 des Vertrages den Rat ermächtigt, alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze zu erlassen. Aufgrund dieser Ermächtigung erließ der Rat Verordnungen — unter anderem die Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 (ABl. 1962, S. 204) —, die der Kommission die Befugnis verliehen haben, verschiedene Arten von Verordnungen, Entscheidungen und Empfehlungen zu erlassen.
- 8 Zu dem der Kommission damit für die Erfüllung ihrer Aufgabe zur Verfügung gestellten Instrumentarium gehören die Negativatteste und die Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3. In bezug auf die Negativatteste bestimmt Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates, daß die Kommission auf Antrag der beteiligten Unternehmen feststellen kann, daß nach den ihr bekannten Tatsachen für sie kein Anlaß besteht, gegen eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 oder von Artikel 86 des Vertrages einzuschreiten. In bezug auf die Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 sehen die Artikel 6 ff. der Verordnung Nr. 17 vor, daß die Kommission Entscheidungen erlassen kann, mit denen die Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 auf eine bestimmte Vereinbarung für nicht anwendbar erklärt werden, sofern diese bei ihr angemeldet wurde, es sei denn, daß sie nach Artikel 4 Absatz 2 dieser Verordnung von der Anmeldung befreit ist. Den Adressaten einer solchen Entscheidung wird also das Recht zuerkannt,

eine Vereinbarung, ein Kartell oder eine abgestimmte Verhaltensweise unter den gegebenenfalls von der Kommission festgesetzten Voraussetzungen anzuwenden, und sie können sich auf dieses Recht gegenüber jedem Dritten berufen, der vor den nationalen Gerichten geltend macht, die Vereinbarung, das Kartell oder die abgestimmte Verhaltensweise verstoße gegen Artikel 85 Absatz 1.

- 9 Die Verordnung Nr. 17 und die Verordnungen zu ihrer Durchführung legen die Regeln fest, die die Kommission bei Erlaß der vorerwähnten Entscheidungen zu beachten hat. Will die Kommission ein Negativattest aufgrund des genannten Artikels 2 erteilen oder eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages abgeben, so ist sie gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 insbesondere verpflichtet, den wesentlichen Inhalt des Antrags oder der Anmeldung mit der Aufforderung an alle betroffenen Dritten zu veröffentlichen, der Kommission innerhalb einer von ihr festzusetzenden Frist Bemerkungen mitzuteilen. Nach Artikel 21 Absatz 1 der Verordnung sind die Entscheidungen über ein Negativattest und die Freistellungsentscheidungen zu veröffentlichen.
- 10 Es ist offensichtlich, daß ein Schreiben wie das von der Generaldirektion Wettbewerb an die Gesellschaft L'Oréal gerichtete, das abgesandt worden ist, ohne daß die Veröffentlichungsvorschriften des Artikels 19 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 beachtet wurden, und das auch nicht nach Artikel 21 Absatz 1 dieser Verordnung veröffentlicht worden ist, weder ein Negativattest noch eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 im Sinne der Artikel 2 und 6 der Verordnung Nr. 17 darstellt. Wie die Kommission selbst hervorhebt, handelt es sich lediglich um ein Verwaltungsschreiben, durch das dem beteiligten Unternehmen die Ansicht der Kommission mitgeteilt wird, daß für sie kein Anlaß besteht, gegen die fraglichen Verträge aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages einzuschreiten, und daß das Verfahren somit eingestellt werden kann.
- 11 Ein derartiges, nur auf die der Kommission bekannten Tatsachen gestütztes Schreiben, das eine Beurteilung der Kommission wiedergibt und ein von den zuständigen Dienststellen der Kommission durchgeführtes Untersuchungsverfahren beendet, hindert die innerstaatlichen Gerichte, vor denen die Unvereinbarkeit der fraglichen Vereinbarungen mit Artikel 85 geltend gemacht wird, nicht daran, aufgrund der ihnen vorliegenden Tatsachen eine andere Beurteilung dieser Vereinbarungen vorzunehmen. Die in einem derartigen

Schreiben mitgeteilte Ansicht bindet zwar die innerstaatlichen Gerichte nicht; sie stellt aber einen tatsächlichen Umstand dar, den diese Gerichte bei ihrer Prüfung der Frage, ob die betreffenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen mit Artikel 85 vereinbar sind, berücksichtigen können.

- 12 Auf die zweite Frage ist sonach zu antworten, daß ein von einem Beamten der Kommission unterzeichnetes Schreiben, aus dem hervorgeht, daß für die Kommission kein Grund besteht, gegen ein bei ihr angemeldetes Vertriebssystem nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag einzuschreiten, gegenüber Dritten nicht wirksam ist und die innerstaatlichen Gerichte nicht bindet. Es stellt nur einen tatsächlichen Umstand dar, den die innerstaatlichen Gerichte bei ihrer Prüfung der Vereinbarkeit des betreffenden System mit dem Gemeinschaftsrecht berücksichtigen können.

Zur Anwendung von Artikel 85 auf das fragliche Vertriebssystem

- 13 Hinsichtlich der dem Gerichtshof von dem vorlegenden Gericht gestellten ersten Frage, ob für das betreffende Vertriebssystem eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 in Betracht kommt, ist daran zu erinnern, daß nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof die Kommission ausschließlich zuständig ist, Artikel 85 Absatz 1 nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären. Die Zuständigkeit der innerstaatlichen Gerichte beschränkt sich darauf, die Vereinbarkeit der Vereinbarung, des Kartells oder der abgestimmten Verhaltensweise, die ihnen unterbreitet worden sind, mit Artikel 85 Absatz 1 zu beurteilen und gegebenenfalls die Nichtigkeit der Vereinbarung, des Kartells oder der Verhaltensweise nach Artikel 85 Absatz 2 festzustellen.
- 14 Im Hinblick auf diese Bestimmungen hat also das vorlegende Gericht die Gültigkeit des Vertriebssystems von L'Oréal zu prüfen. Es ist Aufgabe des Gerichtshofes, ihm hierzu die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand zu geben, die ihm seine Entscheidung ermöglichen.
- 15 Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtsache 26/76 (Metro, Slg. 1977, 1875) ausgeführt hat, sind die selektiven Vertriebssysteme ein mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbarer Bestandteil des Wettbe-

werbs, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die sich auf die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung beziehen, und sofern diese Voraussetzungen einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden.

- 16 Um die tatsächliche Art dieser „qualitativen“ Kriterien für die Auswahl der Wiederverkäufer festzustellen, muß außerdem geprüft werden, ob die Eigenschaften des fraglichen Erzeugnisses zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein selektives Vertriebssystem erfordern und ob diese Ziele nicht bereits durch eine nationale Regelung des Zugangs zum Beruf des Wiederverkäufers oder der Verkaufsbedingungen des betreffenden Erzeugnisses erreicht werden. Schließlich ist zu ermitteln, ob die aufgestellten Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß der Gerichtshof in der vorerwähnten Rechtssache 26/76, Metro, die Ansicht vertreten hat, daß die Verpflichtung, zum Aufbau eines Vertriebssystems beizutragen, die Obliegenheiten in bezug auf die Umsatzerzielung sowie die Verpflichtungen zu einer Mindestabnahme und zur Lagerhaltung über die Notwendigkeiten eines auf Qualitätsanforderungen aufgebauten selektiven Vertriebssystems hinausgehen.
- 17 Ist der Zugang zu einem selektiven Vertriebsnetz von Voraussetzungen abhängig, die über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehen, beruht es insbesondere auf quantitativen Kriterien, so fällt das Vertriebssystem grundsätzlich unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1, soweit die betreffende Vereinbarung, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (LTM, Slg. 1966, 281) ausgeführt hat, verschiedene Tatbestandsmerkmale erfüllt, die weniger ihre Rechtsnatur als ihr Verhältnis zum „Handel zwischen Mitgliedstaaten“ und zum „Wettbewerb“ betreffen.
- 18 Um beurteilen zu können, ob eine Vereinbarung den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist, muß anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände und insbesondere auch im Hinblick auf die Auswirkungen der Vereinbarung auf die Möglichkeiten der Paralleleinfuhr festgestellt werden, ob sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann.

- 19 Um außerdem beurteilen zu können, ob eine Vereinbarung wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bezweckt oder bewirkt, als verboten anzusehen ist, muß der Wettbewerb betrachtet werden, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde. Hierbei sind insbesondere Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse in Betracht zu ziehen; ferner ist zu prüfen, welche Stellung und Bedeutung die Parteien auf dem Markt dieser Erzeugnisse innehaben und ob die Vereinbarung für sich allein steht oder Bestandteil einer Gesamtheit von Vereinbarungen ist. Hierzu hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67 (*Brasserie de Haecht*, Slg. 1967, 543) klargestellt, daß das Bestehen gleichartiger Verträge zwar nicht ausschlaggebend sein muß, aber einen Sachverhalt darstellt, der gemeinsam mit anderen eine Gesamtheit wirtschaftlicher und rechtlicher Begleitumstände bilden kann, in deren Zusammenhang die Vereinbarung bei ihrer Beurteilung betrachtet werden muß.
- 20 Es ist Sache des innerstaatlichen Gerichts, anhand aller erheblichen Umstände festzustellen, ob die Vereinbarung tatsächlich die Voraussetzungen des in Artikel 85 Absatz 1 aufgestellten Verbots erfüllt.
- 21 Auf die erste Frage ist somit zu antworten, daß Vereinbarungen, die Grundlage eines selektiven Vertriebssystems sind, das auf die über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehenden Zulassungskriterien beruht, die Tatbestandsmerkmale der Unvereinbarkeit mit Artikel 85 Absatz 1 erfüllen, wenn sie einzeln oder gemeinsam mit anderen in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie zustande gekommen sind, mit Rücksicht auf die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Umstände den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die Kommission ist vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ausschließlich zuständig, für derartige Vereinbarungen eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 zu gewähren.

Zur Wirksamkeit einer Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 gegenüber Dritten

- 22 Bei der Prüfung der Rechtsnatur des in der zweiten Frage erwähnten Schreibens ist bereits hervorgehoben worden, daß eine Freistellung gemäß Artikel

85 Absatz 3, wenn sie von der Kommission gewährt worden ist, dem Begünstigten ein Recht verleiht, das gegenüber Dritten wirksam ist.

- 23 Auf die dritte Frage ist sonach zu antworten, daß Freistellungsentscheidungen nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag Rechte in dem Sinne begründen, daß sich die Parteien eines Kartells, das Gegenstand einer solchen Beurteilung war, hierauf gegenüber Dritten, die die Nichtigkeit des Kartells aufgrund von Artikel 85 Absatz 2 geltend machen, berufen könne, daß aber in Anbetracht der Antwort auf die Frage nach der Rechtsnatur des Schreibens der Kommission dieses Schreiben keine derartige Freistellung darstellt.

Zur Anwendung von Artikel 86

- 24 Nach Artikel 86 des Vertrages ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.
- 25 Bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen eine beherrschende Stellung einnimmt, ist, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72 (Europemballage und Continental Can, Slg. 1973, 215) hervorgehoben hat, die Abgrenzung des betroffenen Marktes von wesentlicher Bedeutung. Denn die Wettbewerbsmöglichkeiten sind im Rahmen des Marktes zu beurteilen, in dem sämtliche Erzeugnisse zusammengefaßt sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen nur in geringem Maße austauschbar sind.
- 26 Auf dem in dieser Weise abgegrenzten Markt liegt eine beherrschende Stellung dann vor, wenn, wie der Gerichtshof zuletzt in seinem Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461) klargestellt hat, ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.

- 27 Was den Begriff des Mißbrauchs angeht, so ist dieser vom Gerichtshof in der vorerwähnten Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche, als objektiver Begriff definiert worden, der die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung erfaßt, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.
- 28 Was die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten betrifft, so handelt es sich um einen den Artikeln 85 und 86 des Vertrages gemeinsamen Begriff, der oben erläutert worden ist.
- 29 Ebenso wie im Falle des Artikels 85 ist es Sache des innerstaatlichen Gerichts, aufgrund sämtlicher Umstände des betreffenden Verhaltens darüber zu entscheiden, ob Artikel 86 Anwendung findet.
- 30 Auf die vierte Frage ist somit zu antworten, daß das Verhalten eines Unternehmens als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages angesehen werden kann, wenn das Unternehmen auf einem bestimmten Markt die Möglichkeit besitzt, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten, und wenn sein Verhalten auf diesem Markt die Aufrechterhaltung oder die Entwicklung des Wettbewerbs durch Mittel behindert, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen, und dazu führt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Kosten

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

Aus diesen Gründen hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm von der Rechtbank van Koophandel Antwerpen mit Beschluß vom 17. Januar 1980 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Vereinbarungen, die Grundlage eines selektiven Vertriebssystems sind, das auf über eine bloße objektive Auswahl qualitativer Art hinausgehenden Zulassungskriterien beruht, erfüllen die Tatbestandsmerkmale der Unvereinbarkeit mit Artikel 85 Absatz 1, wenn sie einzeln oder gemeinsam mit anderen in dem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie zustande gekommen sind, mit Rücksicht auf die Gesamtheit aller objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Umstände den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Die Kommission ist vorbehaltlich der Nachprüfung durch den Gerichtshof ausschließlich zuständig, für derartige Vereinbarungen eine Freistellung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 zu gewähren.
2. Da ein von einem Beamten der Kommission unterzeichnetes Schreiben, aus dem hervorgeht, daß für die Kommission kein Grund besteht, gegen ein bei ihr angemeldetes Vertriebssystem nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag einzuschreiten, keine Freistellung im Sinne von Artikel 85, Absatz 3 darstellt, ist es gegenüber Dritten nicht wirksam und bindet nicht die innerstaatlichen Gerichte. Es stellt nur einen tatsächlichen Umstand dar, den die innerstaatlichen Gerichte bei ihrer Prüfung der Vereinbarkeit des betreffenden Systems mit dem Gemeinschaftsrecht berücksichtigen können.
3. Das Verhalten eines Unternehmens kann als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages angesehen werden, wenn das Unternehmen auf einem bestimmten Markt die Möglichkeit besitzt, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten, und wenn sein Verhalten auf diesem Markt die Aufrechterhaltung oder die Entwicklung des Wettbewerbs durch Mit-

tel behindert, die von den Mitteln eines normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen, und dazu führt, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Mertens de Wilmars

Pescatore

Koopmans

Mackenzie Stuart

O'Keeffe

Bosco

Touffait

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 11. Dezember 1980.

Der Kanzler

Der Präsident

A. Van Houtte

J. Mertens de Wilmars

**SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL
VOM 15. OKTOBER 1980**

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Das Verfahren, zu dem ich mich heute äußere, hat Probleme zum Gegenstand, die weithin mit denen übereinstimmen oder ihnen vergleichbar sind, die in den Rechtssachen 253/78, 1-3/79, 37/79 und 99/79 zur Debatte standen.

Die Gesellschaft L'Oréal, Paris, eine der Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens, befaßt sich mit der Herstellung und Vermarktung von Parfümerie-, Schönheits- und Toilettenartikeln. Sie hat in Belgien eine Tochtergesellschaft, die andere Antragstellerin des Ausgangsverfahrens, die dort — wie andere Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten — L'Oréal-Erzeugnisse aufgrund von mit der Muttergesellschaft abgeschlossenen Know-how- und Lizenzverträgen herstellt und vermarktet.

Für die im Ausgangsverfahren interessierenden Produkte — Haarspray und Haarpflegemittel der Marke Kérastase — gilt in Belgien wie in anderen Mitgliedstaaten ein selektives Vertriebssystem. Danach dürfen diese Produkte nur von Friseuren (Friseurberatern) vertrieben werden, denen L'Oréal fachliche Unterstützung für die Anwendung und Beratung zukommen läßt und die sich verpflichten, an den von L'Oréal veranstalteten Fachinformationstagungen teilzunehmen, dafür zu sorgen, daß bei jeder Kundin eine systematische Prüfung vorgenommen wird, die Vorschriften über die Anwendung der Erzeugnisse zu beachten sowie den Absatz der gesamten Kollektion zu fördern. Die Zahl derartiger Friseurberater, denen es ausdrücklich untersagt ist, die fraglichen Erzeugnisse