

ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 11. Januar 1991

in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag

(IV/31.624 — Vichy)

(Nur der französische Text ist verbindlich)

(91/153/EWG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN
GEMEINSCHAFTEN —gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft,gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.
Februar 1962, erste Durchführungsverordnung zu den
Artikeln 85 und 86 des Vertrages⁽¹⁾, zuletzt geändert
durch die Akte über den Beitritt Spaniens und Portugals,
insbesondere auf die Artikel 4, 6 und 15 Absatz 6,im Hinblick auf die Anmeldung, die die Société
d'Hygiène Dermatologique de Vichy am 29. August 1989
für die Vereinbarungen vorgenommen hat, auf denen das
selektive Vertriebssystem für Vichy-Erzeugnisse in Frank-
reich sowie das System des ausschließlichen Apotheken-
vertriebs in den anderen Mitgliedstaaten beruht,nach Anhörung der beteiligten Unternehmen gemäß
Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 in Verbindung
mit der Verordnung Nr. 99/63/EWG der Kommission⁽²⁾,

in Erwägung nachstehender Gründe :

I. SACHVERHALT**A. Gegenstand der Entscheidung**

- (1) Mit Schreiben vom 26. Juli 1985 haben die „Labo-
ratoires d'Application Dermatologiques de Vichy et
C^{ie}“, französische Tochter der „Société d'Hygiène
Dermatologique de Vichy“ (nachfolgend Vichy
genannt), bei der Kommission ein auf Frankreich
beschränktes System des ausschließlichen Apotheken-
vertriebs für die kosmetischen Erzeugnisse
Vichy angemeldet. In diesem System ist für die
Anerkennung als Vertriebs Händler für Vichy-
Produkte erforderlich, niedergelassener Apotheker
(Offizialapotheker) zu sein. Zur damaligen Zeit
begann der französische Wettbewerbsrat eine Über-
prüfung dieser durch die Kosmetikerhersteller prakti-
zierten ausschließlichen Vertriebssysteme. In der
Folgezeit ist diese Anmeldung hinfällig geworden,
weil das französische Vertriebssystem aufgrund
einer Entscheidung des Wettbewerbsrats⁽³⁾, die
vom Pariser Appellationsgerichtshof⁽⁴⁾ und dem

französischen Kassationsgerichtshof⁽⁵⁾ bestätigt
worden ist geändert wurde. Die französischen
Behörden haben sowohl nationales als auch euro-
päisches Wettbewerbsrecht angewandt und festge-
stellt, daß der ausschließliche Vertrieb in der
Apotheke gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-
Vertrags verstößt. Die französischen Hersteller
können jedoch verlangen, daß der Verkäufer von
Kosmetikerzeugnissen in Verkaufsstellen außerhalb
der Apotheke die fachliche Qualifikation des Inha-
bers eines Apothekerdiploms aufweist.

- (2) Dieses geänderte Vertriebssystem für Frankreich
wurde von Vichy mit Schreiben vom 29. August
1989 angemeldet. Gleichzeitig erfolgte eine erstma-
lige Anmeldung des für die anderen Mitglied-
staaten (ausgenommen Dänemark, wo die Vichy-
Erzeugnisse nicht vertrieben werden) geltenden
Vertriebssystems. Diese Anmeldung sieht weiterhin
außerhalb Frankreichs den ausschließlichen
Apothekenvertrieb vor.
- (3) Die vorliegende Entscheidung betrifft nur das
System des ausschließlichen Apothekenvertriebs,
und zwar insoweit, als es über das Apothekerdi-
plom als Kriterium für die fachliche Eignung hin-
ausgeht. Das in Frankreich praktizierte selektive
Vertriebssystem sowie weitere Klauseln sind nicht
Gegenstand der vorliegenden Entscheidung. Die
Kommission behält sich vor, sie später in einer
endgültigen Entscheidung zu prüfen. Es handelt
sich dabei insbesondere um Anforderungen an die
Lage der Verkaufsstellen, an die Darbietung der
Waren und an das gleichzeitige Angebot anderer
vergleichbarer Marken, um Vorschriften über die
Zurverfügungstellung von Rechnungen im Fall von
Querlieferungen sowie um die Konditionen für
Jahresendrabatte.
- B. Beteiligte Parteien**
- (4) Vichy ist ein hundertprozentiges Tochterunter-
nehmen des L'Oréal-Konzerns. 1987 belief sich der
Umsatz von L'Oréal auf etwa 3,4 Milliarden ECU,
zu dem Vichy einen Umsatz von 116,5 Millionen
ECU beiträgt.

⁽¹⁾ ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62.⁽²⁾ ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268/63.⁽³⁾ Entscheidung Nr. 87-D des Rates vom 9. Juni 1987.⁽⁴⁾ Urteil vom 28. Januar 1988.⁽⁵⁾ Urteil vom 25. April 1989.

- (5) Die anerkannten Vertriebshändler von Vichy sind :
- die niedergelassenen Apotheker, die (entweder durch schriftliche Vertriebsverträge oder durch die laufende Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen) mit den Generalvertretern von Vichy oder den Großhändlern in vertraglichen Beziehungen stehen,
 - die Großhändler, die entweder durch Großhändler-Vertriebsverträge (Verträge aufgrund Briefwechsels) oder mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen gebunden sind.

C. Erzeugnisse

- (6) Die kosmetischen Erzeugnisse Vichy stellen ein komplettes Sortiment von Gesichts- und Körperpflegemitteln dar. Parfums sind im Sortiment nicht enthalten.
- (7) Es besteht ein Unterschied zwischen kosmetischen und Arzneimitteln. Die Vermarktung von Kosmetikerzeugnissen erfordert keine zusätzlichen Vorsichtsmaßnahmen außer den von der nationalen und gemeinschaftlichen Gesetzgebung zur Kontrolle der Unschädlichkeit von Kosmetikerzeugnissen vorgesehenen Maßnahmen. Diese Kontrollfunktion kann nicht durch den Apotheker ausgeübt werden, da dieser die genauen Formeln der Produktzusammensetzung nicht kennt.
- (8) Vichy hat der Feststellung der Kommission nicht widersprochen, wonach die Wahl des ausschließlichen Apothekenvertriebs auf keiner technischen oder qualitativen Höherwertigkeit der Vichy-Erzeugnisse beruht gegenüber den von L'Oréal in anderen Vertriebskanälen wie der Parfümerie und dem allgemeinen Handel vertriebenen Kosmetikprodukten. Im Vergleich zu der im allgemeinen Handel vertriebenen Kosmetik ist das Sortiment von Vichy vollständiger und differenzierter, nicht jedoch im Vergleich zu der in den Parfümerien vertriebenen Luxuskosmetik.

D. Preise

- (9) Nach den von Vichy für 1988 mitgeteilten Zahlen sind die mittleren Abgabepreise an den Einzelhandel von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden, und zwar von [...] ffrs⁽⁶⁾ (Portugal) oder [...] ffrs (Großbritannien) bis [...] ffrs (Deutschland) oder [...] ffrs (Niederlande). Dies entspricht einem Preisunterschied von ungefähr 2 : 3 oder 100 : 171. Bis zum Zeitpunkt der Anmel-

dung haben die Generalvertreter von Vichy (mit Ausnahme von Frankreich) den Apotheken Verkaufspreisempfehlungen gegeben. Diese Preise waren in der Regel doppelt so hoch wie der mittlere Abgabepreis an den Einzelhandel.

E. Vertriebssysteme von Vichy

- (10) Die Funktionsfähigkeit des Exklusivsystems wird durch eine Art „Sicherungsklausel für das Vertriebsnetz“ gewährleistet, die die Vertriebshändler verpflichtet, nur an anerkannte Vertriebshändler zu verkaufen oder an Händler, die sich schriftlich der gleichen Verpflichtung unterwerfen. Diese Klausel findet sich entweder in Einzel-Vertriebsverträgen (Deutschland) und in Verträgen aufgrund Briefwechsels mit Großhändlern (Belgien, Luxemburg) oder in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite der Rechnungen, der Bestellscheine oder auf den Preislisten (übrige Mitgliedstaaten). Was Querlieferungen innerhalb des Netzes angeht, so erlaubt die in den Verträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene „EWG-Klausel“ den Apothekern die Lieferung der Erzeugnisse nur an Apotheker in anderen Mitgliedstaaten.

F. Kosmetikmarkt

- (11) Kosmetikerzeugnisse umfassen Schönheits- und Toilettenartikel, Haarpflegemittel und Parfums. Die Erzeugnisse werden in 4 verschiedenen Vertriebskanälen verkauft :
- allgemeiner Handel (Supermarkt, Drogerie, Verbrauchermärkte),
 - selektiver Vertrieb (Parfümerien und Luxusstände in Kaufhäusern),
 - Apotheken,
 - Direktverkauf (insbesondere Versandhäuser).

Kosmetikerzeugnisse werden unter vielfältigen Marken verkauft. Im allgemeinen ist jede Marke einem bestimmten Vertriebskanal zugeordnet. Die in der Apotheke verkauften Marken finden sich nicht im Vertriebskanal Parfümerie oder allgemeiner Handel. Es gibt Hersteller mit einer Vielzahl von Produkten, die, wie die Firma L'Oréal, die Vertriebskanäle nach dem Prestige ihrer Marken aussuchen. Vichy hat mitgeteilt, daß neue und innovative Erzeugnisse im allgemeinen zuerst in der Apotheke vertrieben werden, um schließlich, sobald die Verbrauchsgewohnheiten der Konsumenten gefestigt sind, in größerem Umfang (unter anderen Marken) im allgemeinen Handel und in der Luxusparfümerie abgegeben zu werden. Das Durchgangsstadium in der Apotheke scheint von Produkt zu Produkt unterschiedlich lange zu dauern und sich mehr und mehr zu verkürzen.

⁽⁶⁾ In der veröffentlichten Fassung dieser Entscheidung wurden gemäß Artikel 21 der Verordnung Nr. 17 bezüglich der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nachfolgend einige Angaben ausgelassen.

- (12) Nach einer im Auftrag der Kommission erstellten Studie⁽⁷⁾ entspricht der Segmentierung in Vertriebskanäle eine Diskrepanz der mittleren Preise für die jeweiligen Produkte. Häufig wird ein Erzeugnis für einen bestimmten Gebrauch im allgemeinen Handel unter der Marke A zum Preis von 100 verkauft, in der Apotheke unter der Marke B zum Preis von 150 bis 200 angeboten und in der Parfümerie unter einer Marke C zum Preis von 300 bis 400 abgegeben.
- (13) Ausgedrückt in Prozent des Kosmetik-Gesamtmarktes erreichte der Apothekenvertrieb im Jahr 1987 4,8 % in Deutschland, 9 % in Frankreich, 16,5 % in Italien und 44,1 % (davon 33 % BOOTS) im Vereinigten Königreich. Die von Vichy gelieferten Statistiken zeigen einen leichten Rückgang des Vertriebskanals Apotheke für Frankreich. Dagegen stieg der Anteil des Apothekenvertriebs in Deutschland stärker als der Gesamtmarkt.
- (14) Der Marktanteil von Vichy am Apothekenvertrieb beträgt [...] % in Frankreich, [...] % in Deutschland, [...] % in Italien und [...] % im Vereinigten Königreich.

G. Nationale Regelungen betreffend Apotheken und parapharmazeutische Erzeugnisse

- (15) Das Apothekerdiplom ist die einzige persönliche Voraussetzung fachlicher Eignung für die Niederlassung als Offizinalapotheker. In 8 Mitgliedstaaten (Belgien, Frankreich, Italien, Spanien, Griechenland, Luxemburg, Portugal, Dänemark) ist das Niederlassungsrecht in der Weise beschränkt, daß die Zahl der Offizinalapotheker an eine bestimmte Einwohnerzahl und/oder an eine bestimmte geographische Entfernung zwischen Apotheken gebunden ist. In Deutschland, Irland, im Vereinigten Königreich und in den Niederlanden ist das Recht eines Diplominhabers, eine Apotheke zu eröffnen, keinen quantitativen Beschränkungen unterworfen. Im Vereinigten Königreich und in Irland besteht kein absolutes Verkaufsmonopol für Medikamente. Zahlreiche Medikamente werden in Verkaufsstellen außerhalb von Apotheken (z. B. Drugstores) vertrieben.
- (16) In allen Mitgliedstaaten haben die Apotheker das Recht, parapharmazeutische Produkte zu verkaufen. In fünf Mitgliedstaaten (Belgien, Deutschland, Italien, Frankreich, Portugal) existiert eine abschließende Liste der erlaubten parapharmazeutischen Produkte, während die Apotheker in den anderen Mitgliedstaaten in den Grenzen der Berufsethik frei sind, andere Erzeugnisse als Medikamente zu verkaufen.

In den meisten Mitgliedstaaten gibt es standesrechtliche oder berufsethische Regeln, die den

(7) Die selektiven Vertriebssysteme in der Gemeinschaft unter dem Blickwinkel der Wettbewerbspolitik. Der Fall der Parfüm- und Kosmetikerzeugnisse. André-Paul Weber, CERES-SEC 1988 (in französischer Sprache).

Apothekern Beschränkungen ihres Wettbewerbsverhaltens auferlegen. Gewisse Beschränkungen, wie das Verbot der Werbung außerhalb der Apotheke und der Ankündigung von Sonderangebotsaktionen oder Sonderrabatten, gelten, mit leichten Unterschieden von einem Mitgliedstaat zum anderen, auch für parapharmazeutische Erzeugnisse.

II. VORLÄUFIGE BEURTEILUNG NACH ARTIKEL 85 ABSATZ 1

Angesichts der zur Zeit bekannten Tatsachen nimmt die Kommission keine endgültige Beurteilung der angemeldeten Vereinbarung vor. Eine vorläufige Prüfung erlaubt indessen folgende Schlußfolgerungen :

- (17) Die zwischen den Generalvertretern von Vichy und den Großhändlern bzw. den Apothekern als Einzelhändlern geschlossenen Vertriebsverträge sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1. Entsprechendes gilt für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die systematisch auf den Rückseiten der Rechnungen, auf den Bestellformularen und Preislisten abgedruckt sind. Die laufende Verwendung dieser Papiere impliziert, daß die Vertriebshändler von Vichy sie stillschweigend gebilligt und angenommen haben und daß sie so einer im voraus getroffenen allgemeinen Vereinbarung unterliegen, die für die unzähligen Einzelbestellungen Gültigkeit hat (Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache 277/87 — Sandoz vom 11. 1. 1990, Randziffer 12). Die Vertriebsverträge, ebenso wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, enthalten eine Klausel, daß die Anerkennung als Vertriebshändler der Vichy-Erzeugnisse von der Eigenschaft „Offizinalapotheker“ abhängt und daß deshalb die Vertriebshändler verpflichtet sind, nur an Offizinalapotheker weiterzuverkaufen.
- (18) Die Vereinbarung bezweckt und bewirkt eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes :
- a) In dem vorliegenden selektiven Vertriebssystem entspricht die auf der Eigenschaft „Offizinalapotheker“ beruhende Auswahl des Wiederverkäufers nicht den Kriterien, die der Gerichtshof in zahlreichen Urteilen⁽⁸⁾ als mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbar angesehen hat, insbesondere für Kosmetikerzeugnisse in der Rechtssache L'Oréal/De nieuwe Amck⁽⁹⁾. Wenn die Anerkennung als Vertriebshändler von der Eigenschaft „Offizinalapotheker“ abhängig gemacht

(8) Rs 26/76, Metro I, Slg. (1977), S. 1875 ; Rs 253/78, Giry und Guerlain, Slg. (1980), S. 2327 ; Rs 99/79, Lancôme/Etos, Slg. (1980), S. 2511 ; Rs 25, 26/84, Ford, Slg. (1985), S. 2736 ; Rs 75/84, Metro II, Slg. (1986), S. 3021 ; Rs 243/83, Binon/AMP, Slg. (1985), S. 2015.

(9) Rs 31/80, L'Oréal/De nieuwe Amck, Slg. (1980), S. 3775.

wird, gebraucht Vichy kein objektives Kriterium qualitativer Art zur Definition der fachlichen Eignung des Wiederverkäufers oder seines Personals. Das Apothekerdiplom bescheinigt, daß der Diplominhaber alle notwendigen Fachkenntnisse in Pharmakologie, Biologie, Toxikologie und Dermatologie aufweist, um eine Apotheke zu führen. Vichy begnügt sich jedoch nicht mit dieser fachlichen Eignung, um die Bedürfnisse an Beratung zufriedenzustellen, die Vichy seinen Kunden zukommen lassen will.

- b) Das Auswahlkriterium „Offizinalapotheker“ fügt dem Element der fachlichen Eignung ein zusätzliches Element hinzu, das die Zahl der potentiellen Wiederverkäufer auf quantitative und nicht auf qualitative Weise beschränkt.

Obwohl die Zahl der Apotheken in den meisten Mitgliedstaaten ziemlich hoch ist, gibt es in 8 von 12 Mitgliedstaaten einen quantitativen „*numerus clausus*“ für die Niederlassung der Apotheker. In der Rechtssache Binon/AMP (siehe Fußnote ⁽⁹⁾) hat der Gerichtshof ein Auswahlkriterium, das sich auf eine Mindesteinwohnerzahl pro Verkaufsstelle gründet, für quantitativ erachtet. Das gleiche gilt, wenn die Auswahl indirekt durch Niederlassungsbeschränkungen erfolgt.

- c) Entgegen den Ausführungen Vichy's in der Anhörung muß die freie Wahl des Herstellers hinsichtlich der Art und Weise des Vertriebs seiner Erzeugnisse dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zwischen den Eigenschaften des Erzeugnisses und den vom Hersteller auferlegten Auswahlkriterien unterworfen bleiben, eine Bedingung, die der Gerichtshof in der Rechtssache L'Oréal ⁽¹⁰⁾ gefordert hat.

Selbst wenn man das Kriterium „Offizinalapotheker“ als objektiv qualitativ ansähe, bleibt festzustellen, daß das aufgestellte Kriterium über das hinausgeht, was zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des Erzeugnisses notwendig ist.

Die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Kosmetika stellt sicher, daß diese keine Gefahr für die Gesundheit der Verbraucher darstellen und daß das Inverkehrbringen keine zusätzlichen Vorsichtsmaßnahmen, wie sie für Medikamente bestehen, erfordert. Nach Vichy handelt es sich bei den Kosmetikerzeugnissen Vichy um ein gegenüber den im allgemeinen Handel vertriebenen Kosmetika vollständigeres und differenzierteres Sortiment, ohne daß ein wirklicher objektiver qualitätsmäßiger oder technischer Unterschied besteht.

Das Anliegen von Vichy, seinen Kunden eine identische Beratung anzubieten, wie sie für den Gebrauch von Arzneimitteln vorgesehen ist, kann deshalb nicht als eine sich aus den Eigenschaften des Produkts ergebende Notwendigkeit angesehen werden, sondern als eine Vermarktungsstrategie, die dazu bestimmt ist, ein Markenimage zu erhalten, das von dem Ansehen der Apotheke in bezug auf Gesundheit und Sicherheit profitiert.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Luxusmarken von L'Oréal, die in der Luxusparfümerie nicht durch Verkäufer mit wissenschaftlichen Diplomen, sondern mit der Fachausbildung Kosmetiker(in) verkauft werden, ein noch vollständigeres und differenzierteres Sortiment aufweisen als das von Vichy.

- d) Vichy hat nicht überzeugend darzulegen vermocht, daß die fachliche Eignung des Offizinalapothekers der des Inhabers eines Apothekerdiploms überlegen ist, was die für die qualifizierte Beratung der Käufer von Kosmetika erforderlichen Kenntnisse anbelangt. Nach Vichy's Meinung ist der Offizinalapotheker befähigter als der Diplominhaber, weil ihm die ständige Fortbildung seiner Kenntnisse im Bereich der Gesundheit zugute komme, und zwar aufgrund seiner Haupttätigkeit des Medikamentenverkaufs, seiner wissenschaftlichen Vorgehensweise und der durch den ständigen und persönlichen Kontakt mit den Kunden erworbenen Erfahrung. Ausgehend von dem gleichen fachlichen Kenntnisstand auf der Grundlage des Diploms gibt es keine ersichtlichen Gründe, das Interesse des angestellten Apothekers zu verneinen, sich hinsichtlich der für die wissenschaftliche Beratung der Kosmetikkäufer notwendigen Kenntnisse fortzubilden. Der angestellte Apotheker dürfte im Gegenteil den Vorteil haben, sich auf die dermatologischen und kosmetologischen Probleme konzentrieren und spezialisieren zu können. Die berufliche Erfahrung und der Kontakt mit den Kunden müssen in gleicher Weise durch den Berufsanfänger in einer Offizinalapotheke erworben werden wie durch den Diplominhaber, der mit dem Verkauf von Kosmetika in einem Geschäft beginnt.

Der Einfluß der Standesregeln, den Vichy während der Anhörung geltend gemacht hat, dürfte in bezug auf die fachlichen Kenntnisse kaum eine Rolle spielen.

- e) Vichy hat eine Reihe von Argumenten vorgebracht, die die Vorteile der Apotheke im Verhältnis zu anderen Vertriebskanälen belegen sollen, wie z. B. das Umfeld, das Seriosität und Vertraulichkeit ausstrahlt, die materielle Organisation der Apotheken (vollständiges Sortiment auf Lager oder schnelle Belieferung), die

⁽¹⁰⁾ Ibidem.

Unmöglichkeit von Manipulationen an den Produkten, die Möglichkeit des schnellen Rückzugs von Erzeugnissen, falls erforderlich, und die Eigenschaft der Apotheke als Ort des Dialogs, nicht des flüchtigen Durchgangs. Diese Vorteile fließen jedoch nicht aus der fachlichen Eignung des Apothekers, sondern aus den Eigenschaften des Apothekenvertriebswegs als Institution und Handelsgeschäft. Diese Argumente gründen sich daher auf Kriterien quantitativen Charakters.

- f) Die Unterscheidung zwischen der durch das Diplom bescheinigten fachlichen Eignung und der Position des Offizinalapothekers, die zusätzliche Elemente enthält, ist nicht „künstlich“, wie Vichy behauptet. Sie liegt im Gegenteil dem Vertriebssystem zugrunde, das Vichy und andere Hersteller von Kosmetikerzeugnissen in Frankreich praktizieren.

Da das von Vichy angewandte Auswahlkriterium nicht mit den vom Gerichtshof genannten Kriterien übereinstimmt, bewirken und bezwecken die Vereinbarungen, die jede Vermarktung außerhalb des Apothekenvertriebskanals ausschließen, eine Beschränkung des Wettbewerbs.

- (19) Die Vereinbarung beschränkt den Wettbewerb und beeinträchtigt den Handel zwischen Mitgliedstaaten auf spürbare Weise :

Ohne eine derartige Beschränkung ist eine erhebliche Steigerung des Handels zwischen Mitgliedstaaten zu erwarten, hervorgerufen durch die Erhöhung der Zahl der Verkaufsstellen und durch die Unterschiede der mittleren Abgabepreise an den Einzelhandel, die bis zu 30 % von einem Mitgliedstaat zum anderen betragen. Andere Wiederverkäufer als Apotheker hätten mehr Mittel und Erfahrung, um diese Preisunterschiede zwischen Mitgliedstaaten für Parallelimporte auszunutzen, besonders wenn sie sich auf den Verkauf von Kosmetika spezialisieren.

Zur Bewertung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten muß der Kumulativeffekt berücksichtigt werden, der daraus folgt, daß in der Offizinalapotheke parallele exklusive Vertriebssysteme für alle im Apothekenvertriebskanal abgegebenen Kosmetikmarken bestehen.

Der Marktanteil der Apothekenkosmetik liegt zwischen rund 5 und 40 % des gesamten Kosmetikmarkts. Die Wettbewerbsbeschränkung und die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten sind daher spürbar, ohne daß es auf die Abgrenzung des relevanten Marktes ankommt.

- (20) Nach vorläufiger Prüfung ist somit festzustellen, daß die betreffenden Vereinbarungen gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen, soweit sie den exklusiven Vertrieb in der Offizinalapotheke vorsehen. Diese Schlußfolgerung steht im Einklang mit dem Ergebnis der Prüfung des Artikels 85 Absatz 1 durch den Pariser Appellationsgerichtshof⁽¹⁾ sowie den Erwägungen der Kommission in der Entscheidung 90/33/EWG „APB“⁽²⁾.

III. VORLÄUFIGE BEURTEILUNG NACH ARTIKEL 85 ABSATZ 3

- (21) Die Prüfung des Artikels 85 Absatz 3 umfaßt die von Vichy vorgetragene Vorteile, die dem Apothekenvertriebskanal eigen sind und sich wie folgt zusammenfassen lassen :

- a) Die Offizinalapotheker garantieren ein vollständiges Angebot des Sortiments, wenn nicht durch komplette Lagerhaltung, so doch wenigstens durch die schnelle Belieferung der Offizinalapotheken durch den Lieferservice für Medikamente, der von den Pharmagroßhändlern unterhalten wird, und durch die gegenseitige Aushilfe unter Kollegen.
- b) Die Rolle des Offizinalapothekers erlaube dem Fabrikanten, der das Risiko auf sich nimmt, bedeutende Summen in die Entwicklung neuer Produkte zu investieren, sich der Mithilfe des Apothekers zu versichern, um diese Produkte erfolgreich auf den Markt zu bringen.
- c) Der obligatorische Durchgang neuer Erzeugnisse durch die Offizinalapotheke, wo die erzieherische Rolle des Apothekers genutzt wird, erlaube es, wenn die Verbrauchsgewohnheiten einmal gefestigt sind, ähnliche Produkte unter anderen Marken in den anderen Vertriebskanälen zu vertreiben, insbesondere im allgemeinen Handel.
- d) Der Nutzen für den Verbraucher bestehe in der Auswahlmöglichkeit, die ihm eingeräumt wird zwischen dem Apothekenvertriebskanal und den anderen Vertriebskanälen, von denen jeder unterschiedliche Vorteile aufweise.
- e) Der Vertrieb von innovativen Kosmetikerzeugnissen sei in der Perspektive eines industriellen und kommerziellen Erfolges nicht vorstellbar ohne das unerläßliche Zusatzelement, das die Beratung im Zeitpunkt der Kaufauswahl darstellt. So könne der Verkauf der Vichy-Erzeugnisse nicht vom Rat des Offizinalapothekers getrennt werden.

⁽¹⁾ Siehe Fußnote (*).

⁽²⁾ ABl. Nr. L 18 vom 23. 1. 1990, S. 35.

- (22) Im derzeitigen Stand des Verfahrens braucht die Frage, ob die aus der fachlichen Eignung des Apothekers fließenden Vorteile (z. B. Beratung des Kunden, Rückfluß von Informationen zum Hersteller) die Voraussetzungen einer Freistellung erfüllen, angesichts des beschränkten Gegenstandes dieser Entscheidung noch nicht geprüft zu werden.
- (23) Die Würdigung der Argumente von Vichy muß der Tatsache Rechnung tragen, daß keine Rede davon sein kann, den Vertrieb der Vichy-Erzeugnisse in der Apotheke zu untersagen. Solange das Verfahren auf das System des exklusiven Apothekenvertriebs beschränkt ist, bleibt für Vichy die am wenigsten einschneidende Alternative, den Zugang zum Vertriebsnetz in beschränktem Maße zu erweitern. In der Tat wären die Apotheker in keiner Weise gehindert, weiterhin Vichy-Erzeugnisse auf nicht-exklusiver Basis zu vertreiben, und Vichy bleibt frei, für die Verkaufsstellen außerhalb von Apotheken qualitative Auswahlkriterien aufzustellen, wie etwa ein Apothekerdiplom.
- (24) Die unter Randziffer 21 Buchstaben a) bis e) aufgeführten Vorteile sind der Art nach nicht geeignet, eine Verbesserung der Produktion zu bewirken.
- (25) Zunächst kann bereits die Verbesserung der Warenverteilung, auf die das Argument unter Randziffer 21 Buchstabe a) abzielt, nicht als gegeben angesehen werden, da die effektive Organisation der Versorgung des Apothekenvertriebskanals nicht als kausale Folge der in Frage stehenden Vereinbarung angesehen werden kann. Der Service wird unterhalten, um die Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten zu gewährleisten. Außerdem ist die Verpflichtung, das gesamte Sortiment vorrätig zu halten, keine Bedingung für die Anerkennung als Vertriebshändler. Sie ist nicht einmal in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgeführt. Diese Vorteile der Warenverteilung können auch außerhalb der Apotheke durch vertragliche Verpflichtungen sichergestellt werden.
- (26) Eine Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts, auf die das Argument b) von Vichy abzielt, kann nicht dadurch erreicht werden, daß der Exklusivvertrieb dem individuellen wirtschaftlichen Interesse von Vichy, die Investitionskosten zu erwirtschaften, entspricht. Im übrigen wird Vichy in keiner Weise daran gehindert, die Mithilfe des Apothekers bei der Markteinführung in Anspruch zu nehmen.
- (27) Dem Argument c) von Vichy, das ebenfalls auf eine Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts abzielt, steht die Tatsache entgegen, daß die spätere Vermarktung außerhalb des Apothekenvertriebskanals unter anderen Marken erfolgt. Prima facie spiegelt diese Situation stärker den Wunsch des Herstellers wider, ein dauerhaftes Markenimage in der Apotheke zu schaffen, als die Vermarktung auf dem allgemeinen Markt vorzubereiten.
- (28) Die Argumente von Vichy, die sich auf die Verbesserung der Warenverteilung und die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beziehen, können nicht als eine angemessene Beteiligung des Verbrauchers an dem entstehenden Gewinn angesehen werden. Die Tatsache, daß die Vermarktung von gleichartigen Erzeugnissen in den verschiedenen Vertriebskanälen unter verschiedenen Marken erfolgt, erlaubt dem Verbraucher keine objektive Auswahl. Ohne Apothekenexklusivität wäre die Auswahl des Verbrauchers breiter, ohne daß ihm die Möglichkeit genommen wird, die Erzeugnisse dann, wenn er eine Beratung durch den Apotheker wünscht, in der Apotheke zu kaufen.
- (29) Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß die Apothekenexklusivität nicht unerlässlich scheint, um die obengenannten Vorteile (Randziffer 21 Buchstaben a) bis e)) zu verwirklichen. Nichts hindert Vichy, weiterhin, auf nicht-exklusiver Basis, in der Apotheke zu verkaufen und so diese Vorteile wahrzunehmen.
- (30) Infolge des Einflusses der Landesregeln und der Berufsethik der Apotheker bleibt die Rolle des Wettbewerbs innerhalb derselben Marke innerhalb des Apothekenvertriebskanals beschränkt. Vichy hat nicht darlegen können, daß dieser Wettbewerb, sei es innerhalb des Apothekennetzes, sei es von einem Vertriebskanal zum anderen, stark genug ist, um den fehlenden Wettbewerb innerhalb derselben Marke auszugleichen.
- (31) Nach vorläufiger Prüfung der Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 ist deshalb festzustellen, daß die Bestimmungen des Absatzes 1 für die in Frage stehende Vereinbarung nicht für unanwendbar erklärt werden können.

IV. ARTIKEL 15 ABSATZ 6 DER VERORDNUNG Nr. 17

- (32) Der Pariser Appellationsgerichtshof hatte in seinem Urteil Anfang 1988⁽¹³⁾ festgestellt, daß der Wettbewerbsrat zu Recht entschieden hatte, daß die entsprechenden Vereinbarungen, nämlich der Ausschluß jeder anderen Vertriebsform als der in der Offizinalapotheke, unter das Verbot des Artikels 85 EWG-Vertrag fallen. Dieses Urteil wurde durch den französischen Kassationsgerichtshof bestätigt.

Vichy hatte seit Dezember 1988 Kenntnis von einer Beschwerde gegen sein System des ausschließlichen Vertriebs in der Apotheke, die am 13. Mai 1988 von dem deutschen Unternehmen COSIMEX eingelegt worden war.

⁽¹³⁾ Siehe Fußnote (*).

In der Entscheidung „APB“ vom 14. Dezember 1989 ⁽¹⁾ stellt die Kommission in den Absätzen 28 und 29 fest, daß der ausschließliche Verkauf in der Apotheke den Wettbewerb beim Vertrieb von parapharmazeutischen Erzeugnissen in Belgien beschränkt und daß er außerdem verhindert, daß die Vereinbarung in ihrer angemeldeten Form nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden kann.

Nachdem sich Vichy in Frankreich dem Gemeinschaftsrecht angepaßt hatte, indem die Anerkennung als Vertriebshändler auf Inhaber eines Apothekerdiplooms ausgeweitet wurde, meldete Vichy im August 1989 das neue Vertriebssystem für Frankreich an. Gleichzeitig meldete sie für die anderen Mitgliedstaaten (außer Dänemark) das nicht angepaßte Vertriebssystem der Apothekenexklusivität an. Vichy hat jedoch keine tragenden Argumente für die Rechtfertigung der Koexistenz von zwei unterschiedlichen Vertriebssystemen innerhalb des Gemeinsamen Marktes vortragen können.

Angesichts dieser Situation ist die Kommission der Auffassung, daß die Beibehaltung des ausschließlichen Apothekenvertriebs für zehn Mitgliedstaaten einen schwerwiegenden und offensichtlichen Verstoß gegen Artikel 85 darstellt. Die Kommission behält sich vor, später, nach eingehenderer Prüfung beider von Vichy angemeldeter Systeme, eine endgültige Entscheidung zu erlassen.

Unter diesen Umständen ist eine Mitteilung der Kommission gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 geboten. Gemäß diesem Artikel hebt die vorliegende Entscheidung hinsichtlich des

ausschließlichen Apothekenvertriebs die sich sonst aus der Anmeldung einer Vereinbarung ergebende Bußgeldfreiheit auf —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die Kommission ist aufgrund vorläufiger Prüfung nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 der Auffassung, daß Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag auf die Vereinbarungen zwischen der Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy und den Großhändlern sowie den Apothekern als Einzelhändlern insoweit anwendbar ist, als diese Vereinbarungen den ausschließlichen Vertrieb der kosmetischen Erzeugnisse Vichy in der Offizinalapotheke dadurch vorsehen, daß die Anerkennung als Vertriebshändler für die Vichy-Erzeugnisse von der Eigenschaft „Offizinalapotheker“ abhängig gemacht wird, und daß eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 nicht gerechtfertigt ist.

Artikel 2

Diese Entscheidung ist an die Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy, 28, rue du Président Wilson, F-03201 Vichy, Frankreich, gerichtet.

Brüssel, den 11. Januar 1991

Für die Kommission

Leon BRITTAN

Vizepräsident

⁽¹⁾ Siehe Fußnote ⁽¹²⁾.