

male op ondernemersprestatie berustende competitie gebruikelijk zijn, de instandhouding of de ontwikkeling van de mededinging verhindert en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

Mertens de Wilmars	Pescatore	Koopmans
Mackenzie Stuart	O'Keeffe	Bosco
		Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 december 1980.

De griffier

A. Van Houtte

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL G. REISCHL VAN 15 OKTOBER 1980 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

De zaak waarin ik heden concludeer, heeft betrekking op problemen die verregaand overeenstemmen dan wel vergelijkbaar zijn met die welke in de zaken 253/78, 1-3/79, 37/79 en 99/79 aan de orde waren.

Een van de verzoeksters in het hoofdgeding, de vennootschap L'Oréal te Parijs, houdt zich bezig met de produktie en het in de handel brengen van parfumerie-, schoonheids- en toiletartikelen. Zij heeft in België een dochtermaatschappij, de andere verzoekster in het hoofdgeding, die aldaar — zoals andere dochtermaatschappijen in andere Lid-Staten —, op grond van know-how- en licentieovereenkomsten met de moedermaatschappij,

L'Oréal-produkten vervaardigt en in de handel brengt.

Voor de produkten waarom het in het hoofdgeding gaat — haarlak en haarverzorgingsmiddelen van het merk Kérastase — geldt in België evenals in andere Lid-Staten een selectief distributiestelsel. Op grond hiervan mogen deze produkten enkel worden verkocht door haar-kappers-raadgevers aan wie L'Oréal professionele bijstand verleent voor het gebruik en het geven van advies en die zich verplichten de door L'Oréal georganiseerde technische informatiedagen bij te wonen, er voor te zorgen dat bij iedere cliënte een systematisch onderzoek plaatsvindt, de voorschriften betreffende het gebruik van de produkten in acht te nemen en de afzet van de totale collectie te bevorderen. Er zijn naar het schijnt in België — bij een totaal van rond 18 000 kappers — circa 2 500 van dergelijke

1 — Vertaald uit het Duits.

haarkappers-raadgevers, aan wie het uitdrukkelijk is verboden de betrokken producten te leveren aan kappers die niet tot het distributienet behoren.

De overeenkomsten met de algemene vertegenwoordigers in de verschillende Lid-Statens werden begin 1963 bij de Commissie aangemeld. Desgevraagd werden de Commissie ook de verkoopvoorwaarden meegedeeld die door L'Oréal en haar dochterondernemingen in hun betrekkingen met de wederverkopers werden gehanteerd. Nadat deze teksten overeenkomstig de wens van de Commissie in die zin waren gewijzigd, dat — ook indirecte — export- en importverboden en clausules die tot het aanhouden van bepaalde prijzen bij de verkoop van opnieuw in- of uitgevoerde producten verplichten, waren geschrapt, ontving L'Oréal op 22 februari 1978 een door een directeur van de Commissie ondertekend schrijven, waarin in hoofdzaak werd verklaard dat de Commissie, gezien het bescheiden aandeel van L'Oréal op de markt voor parfumerieproducten in de afzonderlijke Lid-Statens en het grote aantal concurrerende ondernemingen van vergelijkbare omvang, niet krachtens artikel 85, lid 1 EEG-Verdrag tegen het distributiestelsel meende te hoeven optreden.

De te Hoboken gevestigde Nieuwe AMCK Reukhandel, verweerster in het hoofdgeding, is een groothandel in de parfumeriesector en behoort niet tot het door L'Oréal opgezette distributienet (kennelijk bezit zij ook een detailzaak). Na te hebben vastgesteld dat dit bedrijf drie van haar producten in België verkocht, te weten Kérastase-haarlak in spuitbussen van 270 gram, technische salonlak Kérastase in spuitbussen van 710 gram en Kérastase evenwichtsbad voor fijne en weke haren in flesjes van 150 ml, die zij kennelijk had betrokken uit

Nederland, waar een soortgelijk distributienet bestaat, hebben verzoeksters bij de president van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen twee procedures aanhangig gemaakt. Deze strekken tot verkrijging van een verklaring voor recht, overeenkomstig de Belgische wet op de handelspraktijken van 14 juli 1971 in de gewijzigde versie van 4 augustus 1978, dat het optreden van verweerster strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken; voorts wordt gevorderd dat het verweerster worde verboden, genoemde producten te koop aan te bieden, te verkopen of zich daarmee te bevoorraden.

Te harer verdediging heeft verweerster aangevoerd, dat het door L'Oréal toegepaste selectieve distributiestelsel onrechtmatig is wegens strijd met de communautaire bepalingen van mededingingsrecht. Bovendien heeft zij betoogd dat het optreden van verzoeksters een misbruik van machtspositie vormt in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag. Verzoeksters hebben dit uitdrukkelijk betwist, onder meer met een beroep op de reeds genoemde brief van de Commissie van 22 februari 1978.

Bij beschikking van 17 januari 1980 heeft de president van de Rechtbank van Koophandel de procedure geschorst en het Hof overeenkomstig artikel 177 EEG-Verdrag de volgende vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

1. Komt het systeem van parallelle alleenverkoopovereenkomsten tussen producenten en exclusieve importeurs, gekoppeld aan selectieve distributienetten tussen de nationale importeurs en de door hen gekozen detaillanten, gesteund op beweerd kwalitatieve en kwantitatieve selectiecriteria, ten behoeve van enkele parfumerieartikelen uit een geheel gamma, in aanmerking

voor vrijstelling, zoals voorzien in artikel 85, lid 3 van het Verdrag van Rome en is zulks in casu het geval, gemeenschapsrechtelijk gezien, voor L'Oréal NV (Brussel) en L'Oréal SA (Parijs)

2. Is een beslissing tot rangschikking, uitgaande van een ambtenaar van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bindend, zoals deze vervat in de brief van 22 februari 1978, ondertekend door Directeur J. E. Ferry van de „Direction générale de la concurrence, Direction Ententes, abus de position dominante” gericht tot 1e eiseres op hoofdeis?
3. Moeten vrijstellingen gegeven bij toepassing van artikel 85, lid 3, als een tolerantie aanzien worden, of schepen zij een recht, dat gemeenschapsrechtelijk gezien, tegenstelbaar is aan derden, en is dit het geval voor L'Oréal?
4. Kunnen de gedragingen van L'Oréal, ten aanzien van derden, aangemerkt worden als een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag van Rome?

Ik neem in deze het volgende standpunt in:

I — De eerste vraag

1. De eerste vraag bestaat uit twee delen, waarvan het tweede deel — toegepast op de vraag of de door verzoeksters in het hoofdgeding gesloten overeenkomsten voor een ontheffing ex artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag in aanmerking komen — ontoelaatbaar is. Beantwoording daarvan zou namelijk leiden tot de toepassing van het gemeenschapsrecht op een concreet geval, hetgeen het

Hof in een procedure krachtens artikel 177 EEG-Verdrag niet vrij staat.

Ik kan dus enkel op het eerste deel van de eerste vraag ingaan, en met inachtneming van bepaalde elementen van het tweede deel duidelijkheid brengen in de vraag of voor een stelsel van overeenkomsten van de in het hoofdgeding omstreden aard een ontheffing denkbaar is. Daarbij dient te worden bedacht dat kennelijk sprake is van een stelsel van parallelle alleenverkoopovereenkomsten tussen een producent en een exclusieve importeur, en dat dit is gekoppeld aan selectieve distributienetten van de nationale importeurs en bepaalde detailhandlaren, waarvoor kwalitatieve en kwantitatieve selectiecriteria zouden gelden en die zich slechts uitstrekken tot enkele artikelen uit een groot assortiment.

2. Een dergelijke vraag over de uitlegging van artikel 85, lid 3 EEG-Verdrag is niet in beginsel ontoelaatbaar, hoewel in artikel 9, lid 3 van verordening nr. 17 is bepaald:

„Onverminderd het toezicht van het Hof van Justitie op de betreffende beschikking, is uitsluitend de Commissie bevoegd om de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag overeenkomstig artikel 85, lid 3 buiten toepassing te verklaren”;

hetgeen betekent dat de nationale rechter niet bevoegd is tot toepassing van genoemde bepaling.

In dit verband kan ik verwijzen naar mijn eerste conclusie in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79, die op haar beurt aansloot bij het arrest van 6 februari 1973 (zaak 48/72, SA Brasserie de Haecht, Jurispr. 1973, blz. 77). Daaruit volgt dat de nationale rechter gehouden is artikel 85, lid 1, dat rechtstreekse werking heeft, toe te passen en dat het in

dit verband onder bepaalde omstandigheden raadzaam kan zijn de procedure te schorsen om partijen de gelegenheid te geven het oordeel van de Commissie inzake artikel 85, lid 3, in te winnen. In genoemd arrest is voorts verklaard, dat de rechter hiervan echter kan afzien wanneer de onverenigbaarheid van een overeenkomst met artikel 85, lid 1, niet in twijfel kan worden getrokken. Voor deze vraag evenwel kan een uitlegging van artikel 85, lid 3, van wezenlijk belang zijn, omdat eerst op grond daarvan kan worden vastgesteld dat in geen geval een ontheffing kan worden verleend en derhalve de nietigheid ingevolge artikel 85, lid 2, ongetwijfeld intreedt.

3. Voordat de nationale rechter beschouwingen aan artikel 85, lid 3, kan wijden, dient hij zich logisch gesproken eerst af te vragen of lid 1 van deze bepaling inderdaad van toepassing is. In casu is niet erg duidelijk of de Rechtbank van Koophandel zich hierover reeds een definitief oordeel heeft gevormd; in ieder geval zou aan deze vraag nog onvoldoende aandacht zijn besteed, terwijl hierover toch bepaald tegengestelde opvattingen naar voren zijn gebracht. Zoals de Commissie naar voren heeft gebracht, moet derhalve ervan worden uitgegaan dat in de eerste vraag ook *stilzwijgend* wordt verzocht om uitlegging van artikel 85, lid 1 met het oog op overeenkomsten als de onderhavige. Ik zou hierover het volgende willen opmerken.

a) Bij de uiteenzetting van de feiten heb ik er reeds op gewezen, dat de Commissie tot de conclusie is gekomen dat artikel 85, lid 1 om de aangegeven redenen niet van toepassing is. In het arrest in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 is verklaard, dat deze — vormloze — constatering van de Commissie een gege-

ven vormt waarmee de nationale rechter rekening kan houden bij zijn beoordeling en dat zij ook wel een zeker gewicht heeft. In dit arrest is echter ook beklemtoond dat dit de nationale rechter niet belet om tot een afwijkend oordeel te komen dat hem op grond van de gegevens waarover hij beschikt wellicht mogelijk lijkt.

b) Voor de uitlegging van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag met het oog op selectieve distributiestelsels van de onderhavige aard, kan eveneens worden verwezen naar de reeds met betrekking tot de parfumeriebranche gewezen arresten die ik hiervoor heb genoemd.

Daarin is uitgemaakt — en dit kan reeds worden afgeleid uit het arrest van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1905) — dat een selectieve distributie verenigbaar is met artikel 85, lid 1, indien bij de keuze der wederverkopers objectieve criteria van *kwalitatieve* aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf, en deze voorwaarden voor toelating tot de verkoop uniform worden vastgesteld en zonder discriminatie worden toegepast.

Uit deze rechtspraak (zie het arrest in zaak 99/79) volgt ook, dat artikel 85, lid 1, in beginsel van toepassing is indien verdergaande voorwaarden worden vastgesteld, en met name wanneer *kwantitatieve* selectiecriteria worden toegepast. Voor het vervolgens noodzakelijke onderzoek van de vraag, of sprake is van een *merkbare* ongunstige beïnvloeding van de mededinging en een *merkbare* ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel, zijn echter volgens ge-

noemde rechtspraak nog andere overwegingen van belang. Zo moet op basis van een geheel van objectieve — feitelijke en juridische — gegevens worden vastgesteld of met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden gezegd dat een overeenkomst al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lid-Staten kan beïnvloeden. Om te kunnen beoordelen of sprake is van een wijziging van de mededingingsvoorwaarden, moet voorts worden nagegaan onder welke omstandigheden de mededinging zich zonder deze overeenkomst zou afspelen. Daarbij moet worden gelet op de aard van de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft en op de vraag of het al dan niet om een beperkte hoeveelheid gaat; essentieel is de positie en het gewicht van de partijen op de betrokken markt en de vraag of de overeenkomst een geïsoleerd karakter heeft dan wel deel uitmaakt van een reeks van overeenkomsten, en met name of soortgelijke overeenkomsten van dezelfde producent of zijn concurrenten bestaan.

c) Verzoeksters hebben voorts beklemtoond, dat men niet kan spreken van alleenimporteurs in de verschillende Lid-Staten. Zij wijzen erop dat het hier gaat om dochtermaatschappijen van L'Oréal Parijs en dat de door hen in de handel gebrachte produkten steeds worden geproduceerd in de Lid-Staat waarin de dochtermaatschappij is gevestigd.

Ter beoordeling van de vraag of parallelle handelsstromen kunnen worden gehandhaafd, kan dit inderdaad van belang zijn. Voor wat betreft de door L'Oréal Parijs met haar dochterondernemingen gesloten overeenkomsten, kan voorts

worden herinnerd aan het arrest van 31 oktober 1974 (zaak 15/74, Centrafarm BV, Jurispr. 1974, blz. 1147 e. v.). Volgens dit arrest is artikel 85 EEG-Verdrag inderdaad niet van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen die als moedermaatschappij en dochteronderneming tot hetzelfde concern behoren, mits de ondernemingen een economische eenheid vormen waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen en de overeenkomsten een interne taakverdeling tussen de ondernemingen ten doel hebben.

Verweerster in het hoofdgeding heeft met name betoogd dat het hier niet gaat om een echte selectie aan de hand van kwalitatieve criteria, maar om een verkapte kwantitatieve selectie. Alle kappers zijn volgens haar in staat tot een juist gebruik van de produkten, en een binding met de professionele handel acht zij daarom in ieder geval ten aanzien van gediplomeerde kappers voldoende, daar voor de toegang tot dit beroep volgens Belgisch recht voldoende strenge bepalingen gelden die een garantie vormen voor de vereiste kennis. Voor zover evenwel wordt beoogd de gevaren uit te sluiten die voor de gebruiker uit ondeskundige omgang met het produkt kunnen ontstaan, bieden de gemeenschapsrechtelijke en nationale bepalingen betreffende de handel in dergelijke produkten voldoende garantie, zodat een bijzondere keuze uit de kring van kappers onnodig lijkt. Volgens Belgische Koninklijke besluiten inzake cosmetica en aerosols uit 1978, vastgesteld ter uitvoering van de richtlijnen nrs. 75/324 (PB L 147 van 1975, blz. 40) en 76/768 (PB L 262 van 1976, blz. 169), is het in de handel brengen van gevaarlijke produkten in ieder geval ongeoorloofd, is misleidende reclame verboden en zijn bepaalde mededelingen op etiketten, met name betreffende het gebruik, voorgeschreven.

Het is de taak van de verwijzende rechter dit alles na te gaan. Hij dient het doel van de verkoopbinding nauwkeurig vast te stellen; verder moet hij op grond van de aard van de betrokken produkten vaststellen of een juist en doeltreffend gebruik inderdaad bijzondere, voortdurend bij te houden vakkennis vereist, of de door L'Oréal overgebrachte kennis ook inderdaad meer omvat dan de gebruiksaanwijzing en of dit alles ook geldt voor produkten die niet in de kapsalon zelf worden toegepast, maar die aan klanten worden gegeven voor voortzetting van de behandeling thuis. Hieruit zal blijken of onderzoeksters daadwerkelijk een echte kwalitatieve selectie toepassen of dat het om een verkapte kwantitatieve selectie gaat die de Commissie — naar ik heb begrepen — er niet in meende te zien.

d) Verweerster in het hoofdgeding is voorts van mening dat de op de erkende kappers-raadgevers gelegde verplichting, de verkoop van Kérastaseprodukten te bevorderen, een bepaalde voorraad aan te houden en een bepaalde omzet te halen, evenzeer als beperkingen van de mededinging moeten worden aangemerkt als de uitschakeling van de groothandel bij de distributie en de verplichting van de haarkappers-raadgevers, bij het gebruik van de produkten van onderzoeksters bepaalde kosten te berekenen voor de dienstverlening. Ook dient men in het oog te houden — en dit staat in verband met het cumulatieve effect van dergelijke overeenkomsten — dat zulke distributiestelsels ook in andere Lid-Staten bestaan en eveneens gelden voor vervangingsprodukten. Ten aanzien van de marktpositie van L'Oréal is daarnaast van belang dat haarverzorgingsmiddelen niet door alle parfumproducenten worden gefabriceerd, terwijl L'Oréal op dit gebied is gespecialiseerd, miljarden omzet en als

's werelds vierde producent kan worden beschouwd. Ten slotte mag niet worden vergeten dat parallelle handelsstromen — die vooral door grossiers mogelijk worden gemaakt — ontbreken. Want het is alleenimporteurs op grond van het distributiestelsel verboden, expansiepogingen te ondernemen buiten hun distributiegebied, terwijl het voor de erkende haarkappers-raadgevers om verschillende, met de structuur van hun beroep samenhangende, redenen praktisch onmogelijk is — en overigens ook economisch oninteressant — Kérastaseprodukten te betrekken in andere Lid-Staten, waar deels een prijsniveau geldt dat aanmerkelijk afwijkt.

Ten aanzien van deze argumenten zij opgemerkt, dat in het arrest in zaak 26/76 is uitgemaakt dat de verplichtingen van de wederverkopers tot het aanhouden van een voorraad en tot het opbouwen en versterken van het distributienet, verder gingen dan voor een op kwaliteitseisen opgebouwde selectieve distributie noodzakelijk was zodat zij in beginsel onder artikel 85, lid 1, vielen. Voor het overige kan niet worden ontkend dat genoemde factoren, voor zover zij daadwerkelijk bestaan — hetgeen voor de verplichting tot het behalen van een zekere omzet en tot het berekenen van bepaalde kosten voor dienstverleningen is bestreden — relevant zijn met het oog op artikel 85. Zij moeten door de nationale rechter afzonderlijk worden onderzocht in het kader van genoemd onderzoek van alle omstandigheden, waarbij ook de vraag moet worden gesteld of het uitsluiten van de groothandel niet door het vereiste van een nauwe samenwerking tussen L'Oréal en de haarkappers-raadgevers wordt gerechtvaardigd. Op grond hiervan zal blijken — tot een dergelijk onderzoek zijn wij in de onderhavige procedure niet bevoegd — of daadwerkelijk kan worden gesproken van een merkbare beperking van de me-

dediging op de markt van haarverzorgingsmiddelen en van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel.

4. Komt de verwijzende rechter na dit alles tot de conclusie dat artikel 85, lid 1 in beginsel van toepassing is, dan rijst vervolgens de vraag of een ontheffing ex artikel 85, lid 3, geheel uitgesloten moet worden geacht en derhalve nietigheid in-gevolge artikel 85, lid 2 kan worden aan- genomen.

Over de in dit verband relevante uitleg- ging van artikel 85, lid 3 kan in abstracto niet veel worden gezegd. De Commissie heeft er terecht op gewezen dat voor de toepassing van deze bepalingen als het ware een economische balans moet wor- den opgesteld — een vergelijking van de met de overeenkomst verbonden voorde- len op productie-, distributie- en consu- mentenniveau en de voorziene mededin- gingsbeperkingen — en dat daarvoor de omstandigheden van het concrete geval van beslissend belang zijn. Tot een af- scherping van de nationale markten mag het niet komen, zodat parallelle handels- stromen die de prijsvorming kunnen beïnvloeden, niet volledig mogen worden uitgeschakeld. Bovendien komt een kwantitatieve beperking van de toegang tot een distributienet ongetwijfeld slechts bij wijze van uitzondering in aanmerking voor een ontheffing, namelijk wanneer op grond van de aard van de betrokken producten — bij voorbeeld bij ingewik- kelde technische apparaten — een nauwe samenwerking tussen producenten en verkopers onontbeerlijk is.

Mocht nu de verwijzende rechter bij het onderzoek van de feiten vaststellen, dat parallelle handelstromen tussen de Lid- Staten — zoals L'Oréal nadrukkelijk heeft verzekerd — niet zijn uitgesloten, en mocht vervolgens ook niet kunnen worden gesproken van echte *kwantita-*

tieve selectiecriteria, dan kan moeilijk worden gezegd dat — aangenomen dat artikel 85, lid 1 van toepassing is — *on- getwijfeld* geen ontheffing kan worden verleend; en volgens bovengenoemde rechtspraak is dit in dit verband voor de nationale rechter de enige geoorloofde vraag. In dat geval zou het veeleer aan- beveling verdienen, de procedure te schorsen en — zoals in het arrest in zaak 48/72 werd overwogen — partijen de ge- legenheid te geven het oordeel van de Commissie in te winnen over de toepas- sing van artikel 85, lid 3.

II — De tweede vraag

Hierin wordt aan de orde gesteld of de van een ambtenaar van de Commissie uitgaande mededeling over de afsluiting van een bij de Commissie aanhangige procedure bindend is. Hiermee wordt bedoeld op het aan L'Oréal gerichte schrijven van 22 februari 1978, waarvan de inhoud in grote lijnen overeenstemt met de brieven die reeds in de hierboven genoemde zaken moesten worden beoor- deeld.

Ik kan hier verwijzen naar bovenge- noemde jongste rechtspraak van het Hof. In de aan deze rechtspraak ten grondslag liggende zaken kwam ik tot de conclusie, dat documenten als de brief van 22 fe- bruari 1978 om verschillende redenen — en met name vanwege de onbevoegdheid van de auteur tot het geven van beschik- kingen — in het geheel niet als *beschik- kingen* van de Commissie kunnen wor- den aangemerkt. Het Hof heeft daarop heel duidelijk uitgesproken dat dergelijke documenten de nationale rechterlijke in- stanties niet binden, hetgeen impliceert dat zij ook niet aan derden kunnen wor- den tegengeworpen. Juist omdat de

Commissie geen exclusieve bevoegdheid heeft tot toepassing van artikel 85, lid 1, kunnen de nationale rechters op dit punt derhalve zonder meer tot een afwijkend oordeel komen. Zoals reeds gezegd moet deze bepaling door de nationale rechter rechtstreeks worden toegepast, wanneer hij op grond van zijn kennis van zaken tot de overtuiging komt dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 1 is voldaan.

Hieraan kan hooguit nog worden toegevoegd — hoewel men de indruk kan hebben dat dit helemaal niet het probleem van het hoofdgeding is — dat dergelijke documenten wel voor de *Commissie* een zekere bindende werking hebben. Inderdaad moet worden aangenomen — en in zoverre heeft L'Oréal zeker gelijk — dat de Commissie van de van haar diensten uitgaande beoordeling op grond van het vertrouwensbeginsel slechts dan kan afwijken, indien een wijziging optreedt in de feitelijke omstandigheden of indien haar beoordeling op grond van onjuiste mededelingen tot stand is gekomen.

III — De derde vraag

Hier gaat het om de vraag welke werking uitgaat van ontheffingen ex artikel 85, lid 3, en vooral of zij rechten doen ontstaan die aan derden kunnen worden tegengeworpen.

Voor deze vraag kan eveneens worden verwezen naar het arrest in de gevoegde zaken 253/78, 1-3/79. Op grond daarvan staat vast dat mededelingen als neergelegd in de aan L'Oréal gerichte brief van 22 februari 1978, niet als ontheffingsbeschikkingen kunnen worden aangemerkt, zulks reeds op grond dat de in verordening nr. 17 en de uitvoeringsverordeningen daarvan voorgeschreven for-

maliteiten — bekendmaking van het verzoek om ontheffing en van de beschikking van de Commissie — niet in acht zijn genomen. Uit dit arrest kan ook worden afgeleid dat — zoals ik in mijn conclusie heb uiteengezet — niet kan worden aangenomen, dat op distributiestelsels als de onderhavige een ontheffingsverordening van toepassing is. Bijgevolg staat vast dat de derde vraag in werkelijkheid niet van belang is voor het hoofdgeding; het betreft hier een zuiver hypothetisch probleem, waarop eigenlijk niet hoeft te worden ingegaan.

Om mij echter niet van ieder commentaar te onthouden, zou ik willen volstaan met de opmerking dat een ontheffingsbeschikking ongetwijfeld een rechtschepende handeling vormt; zij heeft tot gevolg dat het verbod van artikel 85, lid 1, buiten toepassing blijft en de rechtsgevolgen van het tweede lid worden uitgeschakeld. In zoverre is het stellig juist om te spreken van de schepping van een recht en niet uitsluitend van een tolerantie; de adressaat van een dergelijke beschikking kan zich dus tegenover derden die tegen een overeenkomst artikel 85, lid 1 opwerpen, op de ontheffingsbeschikking beroepen.

IV — De vierde vraag

Tenslotte moet nog worden onderzocht of het optreden van L'Oréal kan worden aangemerkt als misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag.

Hierbij moet vooraf worden opgemerkt dat het bestaan van een machtspositie op de markt voorwaarde is voor toepassing van artikel 86. Dit kan niet worden vastgesteld in het kader van de onderhavige procedure — dat zou rechtstoepassing zijn — doch uitsluitend in het hoofdge-

ding. Zoals eveneens uit het arrest in zaak 26/76 valt af te leiden, is daarvoor het aandeel van de betrokken onderneming op de relevante markt van belang. Indien dit klein is, het om gemakkelijk vervangbare produkten gaat en bovendien een levendige concurrentie tussen de producenten valt waar te nemen, kan zeker niet van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt worden gesproken. In zoverre is van belang, dat de Commissie bij haar onderzoek van de markt voor toiletartikelen tot de conclusie is gekomen dat op deze markt vele ondernemingen opereren en dat elk van hen slechts een klein marktaandeel bezit — de meeste tussen 0,5 en 2 %; de grootste niet meer dan 5 %. Voorts heeft

zij vastgesteld dat, indien een onderneming tot een grotere groep behoort en dienovereenkomstig een aanzienlijke omzet wordt behaald, dit geen praktische gevolgen heeft voor de positie op de onderhavige markt.

Voor de gedachte dat artikel 86 in casu van toepassing is, bestaat dan ook geen aanleiding, tenzij de verwijzende rechter tot een volledig andere beoordeling van de marktpositie van L'Oréal mocht komen. Bijgevolg, en aangezien de gestelde vraag niet erg nauwkeurig is, behoeft ik hier niet vast te stellen welke — in casu denkbare — gedragingen zouden kunnen worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 86.

V — Op grond van het voorgaande ware mijns inziens de door de Rechtbank van Koophandel gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

1. Een selectief distributiestelsel is verenigbaar met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, indien de keuze van de wederverkopers plaatsvindt aan de hand van objectieve criteria van kwalitatieve aard, die uniform zijn vastgelegd en niet discriminerend worden toegepast. Berust het distributiestelsel op zwaardere toelatingscriteria, of voorziet het in verdergaande verplichtingen, dan is artikel 85, lid 1, van toepassing indien deze verplichtingen op zichzelf dan wel tezamen met andere, in de economische en juridische samenhang, waarin zij tot stand zijn gekomen, op grond van een geheel van objectieve — feitelijke of juridische — gegevens de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden en tot doel of ten gevolge heeft dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.

Dergelijke distributiestelsels komen niet in aanmerking voor een onthefing ex artikel 85, lid 3, indien zij leiden tot een afscherming van de nationale markten en kwantitatieve toelatingscriteria worden toegepast, tenzij deze gezien de aard van de verhandelde produkten onmisbaar zijn.

2. Een door een ambtenaar van de Commissie ondertekend schrijven waarin wordt meegedeeld, dat er voor de Commissie geen aanleiding bestaat om krachtens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag op te treden tegen een haar voorgelegd distributiestelsel, kan niet aan derden worden tegengeworpen en is voor de nationale rechterlijke instanties niet bindend. Het kan slechts worden aangemerkt als een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechter rekening kan houden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een distributiestelsel met artikel 85 EEG-Verdrag.
3. Ontheffingsbeschikkingen ex artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag doen in die zin rechten ontstaan, dat partijen bij een overeenkomst die aldus is beoordeeld zich erop kunnen beroepen tegenover derden die de nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 85, lid 2, inroepen.
4. De toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag veronderstelt het bestaan van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt. Hiervan kan niet worden gesproken, indien bij gemakkelijk vervangbare produkten het marktaandeel van een producent zeer klein is en tussen een groot aantal producenten een levendige concurrentie heerst.