

## CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL S. ROZÈS VAN 28 JUNI 1983 <sup>1</sup>

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

Op 13 juli 1981 stelde Oswald Schmidt, handelend onder de naam Demo-Studio Schmidt, te Wiesbaden, krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep in tot nietigverklaring van de mededeling van 11 mei 1981 waarin de Commissie een verzoek op grond van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 (PB 1962, blz. 204) om Revox te verplichten Schmidt toe te laten tot haar distributienet definitief afwees.

### I — Korte samenvatting van de feiten:

Naast zijn werkzaamheden als constructeur in een machinefabriek drijft Oswald Schmidt sinds 1975 een zaak in ontspanningselektronica te Wiesbaden. Zijn assortiment, dat aanvankelijk enkel apparaten van Studer Revox GmbH te Löffingen (hierna: Revox) omvatte waarvoor geen concessieregeling gold, werd later uitgebreid met televisietoestellen en actiefuidsprekersystemen van twee andere merken. De winkel, die een oppervlakte heeft van ongeveer 15 m<sup>2</sup>, was of is dagelijks van 15.45 uur of 16 uur tot 18 uur en op zaterdagmorgen voor het publiek geopend.

Per 1 september 1977 voerde Revox een nieuwe „EG-Vertriebsbindung” (EG-concessieregeling) in voor de vakhandel in televisietoestellen, radio's en geluidsapparatuur op de gemeenschappelijke

markt; op 10 februari 1978 trad een nieuwe, gewijzigde versie van deze regeling in werking. Dit distributiestelsel, dat geldt voor hoogwaardige technische producten van de „tweede generatie”, de zogenoemde „serie B”, berust op standaardcontracten die Revox met de door haar geselecteerde vakhandelaren sluit. De selectie geschiedt aan de hand van objectieve, kwalitatieve criteria, die vooral betrekking hebben op de deskundigheid van de wederverkopers en van hun personeel, de technische uitrusting van de verkooppunten en op het aanhouden van normale openingstijden. De concessieregeling verbiedt de medecontractanten, contractsproducten aan niet-erkende (vrije) handelaren te verkopen.

Na de invoering van de „EG-concessieregeling” verlangde Revox voor de levering van apparatuur van de serie B, dat Schmidt zijn winkel de gehele dag zou openen. Om hieraan te voldoen, nam Schmidt een verkoper in dienst, onder voorwaarde dat de contractsproducten aan hem zouden worden geleverd.

Ondanks deze inspanningen deed Revox Schmidt bij herhaling mondeling en tenslotte, op 27 december 1979, naar het schijnt ook schriftelijk weten, dat hij niet als detailvakhandelaar kon worden erkend en dat hij ook niet kon worden bevoorradet omdat hij niet voldeed aan de concessievoorwaarden van Revox.

Bij schrijven van 7 juni 1980 diende Schmidt tenslotte, krachtens artikel 3, lid 2 b, van verordening nr. 17/62, bij de Commissie een klacht in over de

<sup>1</sup> — Vertaald uit het Frans.

weigering om de Revox-produkten van de serie B te leveren, en verzocht hij de Commissie, Revox te gelasten om hem onmiddellijk te bevoorraden.

Overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 (PB van 1963, blz. 2268) deelde de Commissie Schmidt bij schrijven van 18 september 1980 mee, dat de uitslag van haar onderzoek de inwilliging van zijn verzoek niet toeliet. Zij verzocht hem om binnen een maand op dit standpunt te reageren.

Na de opmerkingen van Schmidt, waarin deze zijn standpunt handhaafde, deelde de Commissie hem in een met redenen omklede mededeling van 11 mei 1981 mee, dat zij zijn klacht afwees. Zij wees er daarbij in het bijzonder op, dat zij, nu er geen aanknopingspunten waren voor de conclusie dat de weigering van Revox misbruik van een machtspositie opleverde in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag of dat haar distributiestelsel in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag zij geen enkele reden had om Revox te verplichten om haar produkten aan hem te leveren.

Schmidt verzoekt het Hof deze nietig te verklaren en de Commissie te gelasten om met inachtneming van het te wijzen vonnis, opnieuw een beslissing te nemen op zijn verzoek.

## II — 1. Het eerste onderdeel van de vordering

### A — *De ontvankelijkheid*

De Commissie betwist de ontvankelijkheid van deze vordering niet, nu haar „mededeling” (Bescheid) een afsluitende handeling is met een gedetailleerde juridische motivering.

De gewraakte kennisgeving kan Schmidt echter niet schaden omdat hij de Commissie niet kan verplichten, op te treden tegen inbreuken op de mededinging en evenmin aanspraak erop heeft dat op een overeenkomstig artikel 3, lid 2 b, van verordening nr. 17/62 gedaan verzoek een voor beroep vatbare beslissing wordt gegeven: in elk geval heeft hij geen enkele schade geleden.

Revox, die zich in deze procedure heeft gevoegd ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie, strekkende tot verwerping van het beroep, acht het gehele verzoekschrift niet-ontvankelijk wegens gebrek aan wettig belang van Schmidt bij de actie; met zijn vordering tracht hij immers via de Commissie en ten laste van interveniënte, de naleving van een beweerdelijk recht op bevoorrading af te dwingen.

Op een dergelijk recht zou hooguit beroep kunnen worden gedaan voor nationale rechters en op grond van nationaal recht. Zelfs als het Hof de gewraakte kennisgeving nietig zou verklaren en het tweede onderdeel van de vordering zou toewijzen, zou verzoeker nog geenszins het door hem nagestreefde doel — bevoorrading worden — bereiken. Materieel-rechtelijk wordt verzoeker door de kennisgeving van de Commissie van 11 mei 1981 dan ook niet benadeeld. Verder geeft de kartelprocedure de indiener van een klacht niet het recht om de Commissie tot optreden te dwingen. Gezien de discretionaire bevoegdheid die zij geniet, zou juist moeten worden erkend, dat zij gerechtigd is om niet in te gaan op kennelijk ongegronde of met andere dan de opgegeven doeleinden ingediende verzoeken.

a) Laat ik allereerst opmerken, dat het voorwerp van het beroep uitsluitend naar voren komt uit de middelen en conclusies van Schmidt. Het eerste onderdeel van de vordering is blijkens zijn bewoor-

dingen niet gericht op de bevoorrading van verzoeker maar op de nietigverklaring van de handeling waarmee de Commissie hem in kennis heeft gesteld van haar weigering om gevolg te geven aan zijn formele klacht. Deze op 7 juni 1980 ingediende klacht is er weliswaar op gericht interveniënte te verplichten verzoeker ogenblikkelijk te bevoorraden, maar in werkelijkheid moet zij worden gelezen als een verzoek aan de Commissie om overeenkomstig de artikelen 3, leden 1 en 2 b van verordening nr. 17/62 een inbreuk op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag vast te stellen en Revox bij beschikking te verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.

De kennisgeving van de Commissie van 11 mei 1981 naar aanleiding van dit verzoek kan dan ook enkel in die zin worden gelezen, dat de Commissie dit niet heeft willen inwilligen.

Alleen tegen deze weigering richt zich het eerste onderdeel van de vordering in het overeenkomstig artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag ingediende verzoekschrift.

Het tweede onderdeel van de vordering is evenmin gericht op een optreden van de Commissie tegen een inbreuk op de artikelen 85 of 86; het is enkel gericht op de verkrijging van een herzien standpunt waarbij wordt uitgegaan van een juiste juridische beoordeling.

b) Gelet op het voorwerp van het geding, hangt de ontvankelijkheid van het beroep dan ook niet af van de vraag of verzoeker het recht heeft de Commissie te verplichten tegen mededingingsbeperkingen op te treden of er recht op heeft, dat naar aanleiding van zijn verzoek een

voor beroep vatbare beschikking wordt genomen; volgens vaste rechtspraak, door het Hof samengevat in het arrest van 11 november 1981 (zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639), is het eerste onderdeel van de vordering in elk geval ontvankelijk zodra de gewraakte kennisgeving een maatregel vormt „die bindende rechtsgevolgen in het leven roept, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen.” In genoemd arrest herinnert het Hof er eveneens aan, dat de ontvankelijkheid van het beroep in ieder geval niet afhangt van de vorm waarin de maatregel is gegoten of van zijn kwalificatie volgens artikel 189; afgegaan moet worden op de wezenlijke inhoud.

In het licht van deze criteria is dus niet alleen van belang dat de op 11 mei 1981 aan verzoeker gerichte brief in de ogen van de Commissie een voor beroep vatbare beschikking vormde in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag, maar ook dat de adressaat uit de inhoud en vorm ervan heeft kunnen opmaken dat er inderdaad sprake was van een dergelijke beschikking. Blijkens de bewoordingen van de brief stelt de Commissie verzoeker, in aansluiting op diens opmerkingen naar aanleiding van de mededeling ingevolge artikel 6 van verordening nr. 99/63, in kennis van haar „definitieve standpunt”. Er is dus geen sprake van een eenvoudig administratief schrijven van een directoraat-generaal zoals in zaak 253/78 (arrest van 10 juli 1980, Giry en Guerlain, Jurispr. 1980, blz. 2327). Of de Commissie bevoegd was om een dergelijke handeling te verrichten, die niet expliciet in verordening nr. 17/62 is voorzien, en of de indiening van een verzoek in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 aanspraak op een voor beroep vatbare beschikking van de Commissie doet ontstaan, de vraag die aan de orde was in de zaak-GEMA (arrest van 18 oktober 1979, zaak 125/78, Jurispr. 1979, blz. 3173) is dan

ook bij de toetsing van de ontvankelijkheid van weinig belang.

c) Tenslotte is het besluit tot afwijzing, anders dan de Commissie en interveniënte verdedigen, voor verzoeker bezwarend en het lijkt gerechtvaardigd om het beroep ontvankelijk te verklaren. Bij de beslissing of zij een procedure op grond van verordening nr. 17/62 zal inleiden, beschikt de Commissie over een ruime discretionaire bevoegdheid, maar zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak-FEDIOL (zaak 191/82, Jurispr. 1983, blz. 2913) opmerkte, is een bevoegdheid van de administratie die volledig discretionair is, onverenigbaar met de rechtsgedachte die aan de communautaire rechtsorde ten grondslag ligt. Voorwaarde voor de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid is noodzakelijkerwijs dat men het doel respecteert waarvoor zij is gegeven. Particulieren hebben dan ook aanspraak op een juiste uitoefening van een discretionaire bevoegdheid wanneer de norm waarbij deze bevoegdheid is verleend, eveneens in hun belang is gesteld. In casu blijkt reeds genoegzaam uit artikel 3, lid 2 b, van verordening nr. 17/62, dat aan natuurlijke of rechtspersonen die aantonen daarbij een redelijk belang te hebben, het recht geeft een verzoek in te dienen, dat bij de uitoefening van deze bevoegdheid bepaalde individuele belangen in acht moeten worden genomen; bij afwijzing van het verzoek moet rechterlijke toetsing van de juiste uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid dan ook worden toegelaten.

d) Voor de ontvankelijkheid van het beroep pleit eveneens, dat, zoals de voorlaatste overweging van verordening nr. 17/62 beklemtoont, „alle beschikkingen welke de Commissie tot toepassing van deze verordening geeft, met inachtneming van het bepaalde in het Verdrag,

onderworpen zijn aan het toezicht van het Hof van Justitie.”

e) Het Hof heeft zich kennelijk door deze overwegingen laten leiden in het arrest-Metro (arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Jurispr. 1977, blz. 1875) toen het overwoog, dat het in het belang van een goede rechtsbedeling en van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86 is, dat natuurlijke of rechtspersonen die op grond van artikel 3, lid 2 b, van verordening nr. 17/62 gerechtigd zijn een verzoek in te dienen, over een beroepsmogelijkheid kunnen beschikken ter bescherming van hun wettige belangen, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen. Het Hof leidde hieruit af, dat degene die het verzoek doet, in de zin van artikel 173, tweede alinea, rechtstreeks en individueel wordt geraakt door beschikkingen die tot een ander zijn gericht. De noodzaak van een gelijkwaardige rechtsbescherming moet in ieder geval worden erkend, wanneer de opsteller van het verzoek zelf adresaat is van de afwijzende beslissing.

Het beroep tegen de brief van de Commissie van 11 mei 1981 moet dus ontvankelijk worden geacht.

### *B — Ten gronde*

Ter ondersteuning van zijn beroep voert Schmidt aan, dat de weigering van de Commissie om tegen Revox op te treden wegens inbreuk op de mededingingsbepalingen, in strijd is met het Verdrag en met de bij de uitvoering daarvan toe te passen bepalingen en misbruik van bevoegdheid oplevert. Zijns inziens is hij buiten het distributiestelsel voor Revox-producten gehouden op een wijze die de mededinging beperkt, en had de Com-

missie tegen een dergelijke inbreuk moeten optreden en Revox in het bijzonder moeten verplichten om hem te bevoorraden.

De aangevallen beslissing kan echter slechts onrechtmatig en bijgevolg nietig worden verklaard indien de Commissie op onjuiste wijze gebruik heeft gemaakt van de discretionaire bevoegdheid die haar bij artikel 3 van verordening nr. 17/62 wordt verleend. Voorwaarde hiervoor is weer dat een overtreding van artikel 85 of artikel 86 EEG-Verdrag wordt vastgesteld.

a) Verzoeker stelt, dat het feit dat hij vanwege het selectief distributiestelsel van Revox niet als vakhandelaar is erkend of dat niet aan hem is geleverd, een schending van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag oplevert. Hij trekt niet in twijfel, dat een dergelijk distributiestelsel, aan de hand waarvan fabrikanten voor de verkoop van hun produkten handelaren kunnen selecteren op grond van bepaalde selectiecriteria, in beginsel geldig is, maar verwerpt het criterium dat uitgaat van de openingstijden van een winkel. Allereerst moet dus worden nagegaan, of het door Revox gehanteerde selectieve distributiestelsel op dit punt verenigbaar is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

In het reeds genoemde arrest-Metro overwoog het Hof, dat met name in de sector technisch hoogwaardige duurzame consumptiegoederen, zoals ontspanningselektronica, selectieve verkoopsystemen, naast andere distributiekkanalen, een met artikel 85, lid 1, verenigbare concurrentiefactor vormen, „mits 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 uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast.”

De Commissie merkt terecht op, dat alle criteria van de onderhavige selectieve distributie-overeenkomsten objectieve criteria van kwalitatieve en niet van kwantitatieve aard zijn; zij hebben bijgevolg geen enkele beperkende invloed op de mededingingsvoorwaarden. Dit geldt in het bijzonder voor het criterium betreffende de toegankelijkheid van de winkelruimte op de normale openingstijden, een essentieel kenmerk van een detailhandelszaak. Juist bij dure goederen, zoals die waarop de onderhavige distributie-overeenkomsten betrekking hebben, die een advies- en klantenservice vereisen, beantwoordt een rooster waarbij de winkel de gehele dag geopend is, aan de verwachtingen van de klant, zonder dat deze eis de toegang tot het distributiestelsel overmatig beperkt.

Ook al denkt men hier anders over, dan nog kan, zoals de Commissie opmerkt, het handelsverkeer tussen Lid-Staten in ieder geval niet merkbaar worden beïnvloed door deze bepaling daar zij slechts leidt tot de uitsluiting van een klein aantal vakbekwame wederverkopers.

Met een winkel die gedurende ongeveer 2 uur per dag en op zaterdagmorgen open is, voldoet Schmidt niet aan alle objectieve en kwalitatieve selectiecriteria; niet kan dan ook worden gezegd dat Revox haar distributiestelsel discriminatoir heeft toegepast. Dat verzoeker, zoals hij aanvoert, in oktober 1977 maatregelen heeft getroffen om zijn winkel gedurende de hele dag geopend te houden of dat hij bereid is hem in het vervolg op de gebruikelijke tijden te openen, is irrelevant: alleen van belang is, dat hij nooit

werkelijk aan de voor de vakhandel geldende criteria heeft voldaan. De fabrikant is niet verplicht zijn goederen te leveren wanneer de wederverkoper nog niet voldoet aan een van deze criteria. Ware dit niet zó dan zou het risico voor de niet-naleving geheel voor rekening van de fabrikant komen, hetgeen geheel in strijd is met de geest en de bedoeling van een concessie-overeenkomst.

Als personen die niet of nog niet aan alle selectiecriteria voldoen, zouden worden erkend, zou mogelijk sprake kunnen zijn van discriminatie ten opzichte van de vakhandelaren, die in het algemeen hogere kosten hebben; in dat geval zou moeten worden onderzocht of een zodanige toepassing van een concessie-overeenkomst niet in strijd komt met het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

Anders dan verzoeker meent, kan men uit het feit dat de gemachtigde van Revox *in deze zaak* hem in naam van Sony heeft erkend als vakhandelaar voor Sony-apparatuur, niet concluderen tot innerlijk tegenstrijdig en discriminatoir gedrag bij de toepassing van de onderhavige criteria. Afgezien van het feit dat het criterium betreffende de openingstijden niet expliciet voorkomt in de overgelegde versie van de concessieregeling van Sony, onderstelt discriminatie dat een en dezelfde persoon vergelijkbare situaties zonder objectieve rechtvaardiging verschillend behandelt, hetgeen in casu duidelijk niet het geval is.

Bovendien is voor een discriminatoire toepassing van een selectief distributiestelsel ook vereist, dat de fabrikant de criteria voor de selectie van verkopers niet op uniforme wijze toepast of dat hij de erkenning van verkopers die niet meer aan de criteria voldoen, niet intrekt. Dat

een andere vennootschap, die niet door Revox als vakhandelaar is erkend, Revox-produkten zou verkopen, laat nog niet de conclusie toe dat men te maken heeft met een overtreding van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

En zelfs als men aanneemt, dat er sprake was van een inbreuk op deze bepaling toen de gewraakte beslissing werd genomen, kan verzoeker hieraan nog geen aanspraak ontlenen op erkenning als vakhandelaar of zelfs op bevoorrading door interveniënte. Verzoeker ziet over het hoofd, dat het verbod van overeenkomsten die de mededinging beperken, op zichzelf geen rechtsgrondslag biedt voor een ingrijpen in de contractvrijheid van ondernemingen. De onverenigbaarheid van een selectief distributiestelsel of van de toepassing daarvan met artikel 85, brengt voor Revox dus niet de verplichting mee om Schmidt als vakhandelaar te erkennen, zoals deze verzoekt.

Om al deze redenen kan de Commissie niet worden verweten, dat zij niet de juiste consequenties heeft getrokken uit het verbod van artikel 85, lid 1, en daarmee haar bevoegdheid heeft misbruikt.

b) Artikel 86 EEG-Verdrag stelt de Commissie in staat om bij misbruik van machtspositie op te treden. Volgens het verzoekschrift zelf, waarin het marktaandeel van Revox in de vakhandel in radio- en televisietoestellen in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland, op grond van een eenvoudige mededeling uit een particulier voorlichtingsblad, op ongeveer 13 % wordt geschat, kan men aan dit bedrijf en haar produkten niet een dergelijke positie op de betrokken markt toeschrijven. Volgens de gegevens van de Commissie en van Revox is het aandeel

van laatstgenoemde op de betrokken markt voor platenspelers, versterkers, radio-ontvangers en luidsprekerboxen niet hoger dan ongeveer 1 %.

Overigens, zelfs als men aanneemt dat er sprake is van een machtspositie, kan er — zoals ook Revox naar voren brengt — geen sprake zijn van misbruik van een dergelijke positie wanneer de betrokken onderneming een distributiestelsel dat technisch gerechtvaardigd is, zonder discriminatie toepast.

Ook bekeken vanuit artikel 86 EEG-Verdrag valt dan ook op de aangevallen beslissing niets aan te merken.

## 2. Het tweede onderdeel van de vordering

a) Nu de vordering tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 11 mei 1981 ongegrond is, komt het Hof niet toe aan het verzoek om de Commissie te gelasten om met inachtneming van

deze nietigverklaring een nieuwe beslissing te nemen, en is verder commentaar daarop dan ook niet meer nodig.

b) Voor het geval het Hof niettemin het eerste onderdeel van de vordering zou inwilligen en de aangevallen beslissing nietig zou verklaren, moet men subsidiair, met de Commissie en interveniënte, vaststellen dat het EEG-Verdrag niet voorziet in de mogelijkheid van een dergelijk rechterlijk gebod of van een beroep tot vaststelling van een verplichting; de vordering is dan ook niet ontvanke-lijk. In dit verband kan worden volstaan met de opmerking, dat een krachtens artikel 173 gewezen arrest zich beperkt tot de nietigverklaring van de aangevallen handeling; de instelling welke de vernietigde handeling heeft verricht is dan overeenkomstig artikel 176 gehouden, de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van dat arrest. De geest en de bedoeling van deze bepalingen verzetten zich dan ook tegen een uitlegging van artikel 173, tweede alinea, in de door verzoeker gewenste zin.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep en tot verwijzing van verzoeker in de kosten, met inbegrip van die van interveniënte.