

3. Nu het door de nationale rechter bedoelde akkoord niet overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 bij de Commissie was aangemeld, kon ten aanzien daarvan geen verklaring van niet-toepasselijkheid als bedoeld in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag worden afgegeven.
4. Nu het door de nationale rechter bedoelde akkoord geen overeenkomst is „waaraan slechts twee ondernemingen deelnemen” in de zin van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 19/65 van de Raad van 2 maart 1965 en verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967, behoort het niet tot de groepen overeenkomsten waarvoor krachtens voornoemde verordeningen ontheffing van de toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kan worden verleend.

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart O’Keeffe Bosco
 Touffait Due Everling Chloros

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 juni 1981.

De griffier
 A. Van Houtte

De president
 J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL G. REISCHL
 VAN 25 MAART 1981 ¹

*Mijnheer de President,
 mijne beren Rechters,*

Maria Salonia is eigenares en exploitante van een detailhandel in schrijfwaren, boeken, kranten, parfumerie-artikelen en fournituren te Ragusa. Sinds 23 februari 1978 bezit zij de daarvoor vereiste administratieve vergunning.

Op 17 en vervolgens op 20 april 1978 wendde zij zich tot Giorgio Poidomani en Franca Baglieri-Giglio, eigenaren van distributiedepots voor kranten en tijdschriften te Ragusa, met het verzoek haar kranten te leveren, echter zonder resultaat. Op 21 september 1978 stelde zij beroep bij de rechter in en vorderde

¹ — Vertaald uit het Duits.

zij veroordeling van de wederpartij tot levering van kranten en tot vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van de naar haar mening oneerlijke concurrentie in de zin van artikel 2598 van het Italiaans Burgerlijk wetboek.

De eigenaren van bedoelde distributiedepots droegen als weer voor dat geen enkele handelaar verplicht is, kranten aan — zelfs professionele — wederverkopers te leveren, daar over het verkoopsysteem voor kranten en tijdschriften op 23 oktober 1974 tussen de vertegenwoordigende organisaties van uitgevers en krantenverkopers een nationaal akkoord is gesloten, waarin de verkoop van kranten en tijdschriften wordt geregeld.

Volgens artikel 2 van dit akkoord mogen de uitgevers in gemeenten met meer dan 2 500 inwoners . . . hun uitgaven voor de verkoop slechts overdragen aan degenen die in het bezit zijn van een (destijds) door interregionale paritaire commissies — thans door de nationale commissie voor de verspreiding van dagbladen en tijdschriften — afgegeven erkenningskaart voor de uitoefening van de activiteit van wederverkoper van kranten.

Artikel 4 van het akkoord bepaalt:

„De wederverkopers zijn verplicht,

...

1. de kranten die zij ten verkoop willen aanbieden uitsluitend te betrekken en te ontvangen van de uitgevers of hun distributeurs, met dien verstande dat iedere bevoorrading uit andere bron onrechtmatig is . . .”

De nakoming van de door de wederverkopers aanvaarde verplichtingen wordt gewaarborgd door verschillende sancties, die eventueel door de interregionale pari-

taire commissies kunnen worden toegepast (artikel 11).

Bovendien bepaalt de terzelfdertijd vastgestelde „Regolamento” inzake de werkwijze van de interregionale paritaire commissies in artikel 1 betreffende de regeling van de wederverkoop van kranten en tijdschriften:

„De in artikel 12 van het nationaal akkoord ter regeling van de wederverkoop van dagbladen en tijdschriften ingestelde interregionale paritaire commissies zijn bevoegd

...

- c) aan degene die in het bezit is van een vergunning voor een nieuw zelfstandig verkooppunt, een leverantietaart voor publikaties van de uitgevers of hun distributeurs af te geven,

de eigenaren van zelfstandige verkooppunten te machtigen, nieuw gevestigde nevenverkooppunten te exploiteren.”

De afgifte van de leverantietaart voor publikaties is onder meer afhankelijk van de betaling van een geldbedrag, waarvan de details zijn geregeld in artikel 7 van de „Regolamento”.

Daar verzoekster een dergelijke kaart niet bezat en met de uitgevers niet in een „contractuele verhouding van fiduciaire aard” stond, konden de eigenaren van de betrokken distributiedepots, die slechts lasthebber van de uitgevers zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn, bij gebreke van een desbetreffende opdracht van de uitgevers niet voldoen aan het verzoek van de betrokkene. Zij beroepen zich in dit verband op een brief van 26 juli 1974 van de uitgeversorganisatie aan de distributiedepots te Ragusa, waaruit

zij afleiden dat het beroep tegen de uitgevers had moeten worden gericht.

Het Tribunale Civile te Ragusa, waar de zaak in eerste instantie dient, is op grond van arrest nr. 2387 van het Corte di Cassazione van 4 september 1962 van oordeel dat een dergelijk akkoord naar nationaal recht niet onrechtmatig is, daar het een „contratto estimatorio” vormt (overeenkomst tot aankoop van goederen met het recht deze binnen een bepaalde termijn terug te geven), die wordt beheerst door het beginsel van de contractsvrijheid. Daarentegen acht het Tribunale het mogelijk dat het akkoord onder de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag valt; het stelt het Hof van Justitie derhalve overeenkomstig artikel 177 de volgende vragen:

- „1. Vormt het nationaal akkoord van 23 oktober 1974 ter regeling van de wederverkoop van dagbladen en tijdschriften een nationaal kartel tot bescherming van de distributie- en verkoopmarkt van alle soorten binnenlandse en buitenlandse nieuwsbladen; vormt het een inbreuk op het kartelverbod van artikel 85 EEG-Verdrag en leidt het, in verband met de bijzondere regeling van de toelating tot de handel in kranten, alsmede de voor de wederverkopers geldende minimumvereisten, verplichtingen en sanctiemaatregelen, tot verstoring van de mededingingsvoorwaarden?
2. Is bedoeld akkoord niet onverenigbaar met en valt het bijgevolg niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, voor zover het een discriminatie ten nadele van wederverkopers meebrengt — ondanks de hun door de bevoegde administratieve instantie verleende geldige vergunning voor de verkoop van kranten — op de enkele grond dat zij weigeren zich te voorzien van een erkenningskaart voor de uitoefening

van de werkzaamheid van wederverkoper, waarvan afgifte, krachtens de bepalingen van het akkoord, is overgelaten aan de discretionaire bevoegdheid van de Interregionale paritaire commissies (en thans van de nationale commissie voor de verspreiding van dagbladen en tijdschriften)?

3. Tast bedoeld akkoord niet de vrije mededinging aan, waarin de keuze van de consumenten betreffende het aantal verkooppunten van kranten tot uitdrukking komt, gelijk het geval was met de marktregeling van het Nederlands Centraal Bureau voor de Rijwielhandel, waarvan de beginselen en beperkingen analoog waren aan die van het onderhavige akkoord en die door de Commissie is verboden (beschikking van 2 december 1977, PB L 20 van 1978, blz 18)?
4. Kunnen de in artikel 2 van het akkoord vervatte bepalingen betreffende het verbod om te leveren voor de verkoop, en artikel 1 van het Reglement inzake de werkwijze van de paritaire commissies worden geacht te beantwoorden aan objectieve criteria waardoor iedere willekeur is uitgesloten, en komen zij in aanmerking voor een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, ook ingeval zij zijn uitgevaardigd ten einde bij te dragen tot verbetering van de distributie?
5. Vormt de omstandigheid dat de wederverkopers die, zoals Salonia, niet in het bezit zijn van de in bedoeld akkoord voorgescreven erkenningskaart, van bevoorrading zijn uitgesloten waardoor het die categorieën personen onmogelijk wordt gemaakt de produkten voor de verkoop op andere wijze te betrekken, een beletsel voor een beroep op de in de verordeningen nrs.

19 en 67 voorziene ontheffing en vormt zij, indien ontheffing wordt toegestaan, geen aanleiding om dit voordeel ongedaan te maken?

6. Vormt het in het onderhavige akkoord voorziene en geregelde gedrag geen misbruik van machtspositie?"

Mijn standpunt in deze is als volgt:

In de eerste plaats zij opgemerkt dat de vragen door hun concrete formulering veel verder gaan dan hetgeen in het kader van een procedure ex artikel 177 EEG-Verdrag kan worden behandeld en beantwoord. Bovendien lijken de feiten mij — zoals ik nog zal aantonen — slechts zeer onvolledig te zijn verduidelijkt. Zo had de nationale rechter bij voorbeeld de — in de eerste plaats bij de zaak betrokken — Italiaanse uitgeversorganisaties moeten horen om vast te stellen welke overeenkomsten op het relevante tijdstip in feite golden. Ik kan dus slechts trachten een begin van een antwoord uit communautair oogpunt op de gestelde vragen te geven, dat wegens het ontbreken van volledige kennis van de feiten slechts onvolledig kan zijn.

1. In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat alleen beperkingen van de mededinging die de handel *tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden*, onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen.

Het is vaste rechtspraak (arrest van 12 december 1967, zaak 23/67, de Haecht, Jurispr. 1967, blz. 512, 524; arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk, Jurispr. 1969, blz. 295, 301; arrest van 6 mei

1971, zaak 1/71, Cadillon, Jurispr. 1971, blz. 351, 356) dat een overeenkomst, om de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van het geheel van objectieve omstandigheden — feitelijk of rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten kan beïnvloeden in een voor de verwezenlijking van de doelstellingen van één enkele markt tussen Staten schadelijk zijn (r.o. 5 van het arrest Völk).

Bovendien moet de overeenkomst de handel tussen Lid-Staten *merkbaar* beïnvloeden: „Een overeenkomst ontkomt aan het verbod van artikel 85 wanneer zij, wegens de zwakke positie welke belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten innemen, de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt” (r.o. 7 van het arrest-Völk).

Volgens het arrest van 17 oktober 1972 (zaak 8/72, Cementhandelaren, Jurispr. 1972, blz. 977, 991, r.o. 29) heeft echter „een ondernemersafpraak die het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt, . . . naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist en de nationale productie bescherming verschaft”.

2. Uitgaande van deze criteria constateert de Commissie in de eerste plaats dat de Italiaanse uitgevers geen buitenlandse kranten op de markt brengen. Door de omstreden collectieve regeling werd — althans formeel — alleen de distributie en de verkoop van binnenlandse kranten gemonopoliseerd. Zij gold dus slechts op het grondgebied van één Lid-Staat. Zodoende is de overeenkomst ook

niet overeenkomstig verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 bij de Commissie aangemeld.

De Commissie merkt weliswaar op dat er geen overeenkomst tussen Italiaanse en buitenlandse uitgevers bestaat en deze laatsten zich nimmer hebben beklaagd over de organisatie van de krantenverkoop in Italië, doch zij geeft toe dat het *onvermijdelijk* is dat dergelijke beperkingen van de mededinging — die uitsluitend gevolgen hebben voor de binnenlandse handel van een Lid-Staat — althans indirect ook de handel tussen Lid-Staten beïnvloeden. Hoewel in het onderhavige geval onder „relevante markt” de markt voor buitenlandse — dus voor uit de Lid-Staten van de Gemeenschap afkomstige en in Italië verkochte — kranten moet worden verstaan, heeft het verkoopsysteem voor Italiaanse kranten door middel van een gesloten circuit ontegenzeggelijk gevolgen voor de verkoop van buitenlandse kranten. Deze bladen kunnen immers alleen via het normale, reeds bestaande verkoopnet worden verspreid. Ofschoon het akkoord officieel alleen betrekking heeft op Italiaanse kranten die zich in Italië in de handel bevinden, beïnvloedt zij noodzakelijkerwijze ook de distributie en verkoop van buitenlandse kranten in Italië.

De nationale rechter heeft zelf geconstateerd dat deze regeling der beroepsorganisaties zowel voor de binnenlandse als voor in de andere Lid-Staten van de Gemeenschap uitgegeven kranten geldt en de Italiaanse bond van krantenuitgevers toestaat om, wanneer nieuwe „ongeoorloofde” verkooppunten ontstaan, de distributeurs te verplichten, in geen geval

het gewoonlijk voor de verkoop bestemde aantal kranten te verhogen.

De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat het omstreden akkoord een „klassieke wederkerige exclusiviteitsovereenkomst is, waarbij producenten zich verbinden uitsluitend te leveren aan bepaalde categorieën afnemers, die zich hunnerzijds verbinden zich uitsluitend bij deze producenten te bevoorraden”. Tegen deze contractvorm was overigens de eerste verbodsbeschikking van de Commissie ex artikel 85 gericht („Aanbeveling” van 24 juli 1963 inzake „Convention Faïence”).

De Commissie gaat vervolgens na of dit akkoord, dat de handel tussen Lid-Staten ongunstig *beïnvloed*, deze ook *merkbaar* ongunstig beïnvloedt. Zij wijst erop dat zij ter concretisering van het begrip „merkbaar” in haar bekendmaking van 27 mei 1970 inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag ... vallen (PB C 64 van 1970, blz. 1), de ondernemingen bij wijze van indicatie heeft meegedeeld dat zij van mening is, „dat overeenkomsten tussen ondernemingen ... niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag vallen, wanneer de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, binnen het gebied van de gemeenschappelijke markt waarop de overeenkomst zijn uitwerking heeft, niet meer dan 5 % uitmaken van de omzet ... en wanneer de totale jaarlijkse omzet van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen niet meer dan 15 miljoen *rekeneenheden* of, indien het overeenkomsten tussen handelsondernemingen betreft, niet meer dan 20 miljoen *rekeneenheden* bedraagt”. Deze bekendmaking is vervangen door de bekendmaking van de Commissie van 19 december 1977

(PB C 313 van 1977, blz. 3), waarbij onder meer deze bedragen zijn verhoogd tot *50 miljoen rekeneenheden*.

Op grond van statistieken waarover zij in juli 1980 beschikte, schat de Commissie dat de verkoop van buitenlandse kranten nauwelijks meer dan 7 % uitmaakt van de omzet in Italiaanse nieuwsbladen, die in 1978 *1 109 miljard lire* bedroeg.

Ik betwijfel of genoemde bekendmakingen van de Commissie zonder meer op het onderhavige geval kunnen worden toegepast, te meer daar de Commissie verklaart, niet te kunnen vaststellen of het betrokken akkoord de handel tussen Lid-Staten slechts op niet-merkbare wijze ongunstig beïnvloedt.

Het Hof heeft verzoekster in het hoofdgeding en de Commissie uitgenodigd, tijdens de mondelinge behandeling cijfers over te leggen, betreffende het bedrag waarvoor van 1972 tot 1977 uit andere Lid-Staten afkomstige kranten en tijdschriften in Italië zijn ingevoerd en de omzet van de uitgevers van de Italiaanse nieuwsbladen in dat tijdvak. De Commissie verklaarde te deze dat van 1972 tot 1978 de omzet van de Italiaanse uitgevers en de invoer van kranten en tijdschriften uit andere Lid-Staten in Italië — in constante grootheden uitgedrukt — tegenover de invoer uit andere landen praktisch onveranderd is gebleven.

Hierover zou ik willen opmerken dat het in de eerste plaats van belang is, welke omvang de verspreiding van buitenlandse nieuwsbladen in Italië kwantitatief zou kunnen bereiken, wanneer een dergelijke

overeenkomst niet bestond, dat wil zeggen wanneer „de in het Verdrag beoogde economische verflechting” een „één enkele markt tussen Staten” in deze sector zouden zijn verwezenlijkt. Deze vraag kan slechts door de nationale rechter worden opgelost.

De vertegenwoordiger van Giglio, verweerster in het hoofdgeding, heeft tijdens de mondelinge behandeling, evenals voor de nationale rechter verklaard, dat het akkoord van 23 oktober 1974 tussen de Federazione Sindacale Unitaria Giornali en de Federazione Italiana Editori Giornali op 31 oktober 1976 is vervallen ingevolge de opzegging door de nationale organisaties van krantenverkopers en per 15 december 1976 is vervangen door een nieuwe overeenkomst, waarvan de tekst noch ons noch de nationale rechter bekend is. Hij verklaarde voorts dat laatstgenoemde overeenkomst op haar beurt per 31 maart 1977 was opgezegd. De Commissie voegde hieraan toe dat op 13 maart 1980 tussen de vertegenwoordigende organisaties van de uitgevers en de krantenverkopers een nieuwe — op 1 april 1980 in werking getreden — overeenkomst was gesloten. Ik beschik niet over de tekst van deze overeenkomst, doch de Commissie beweert dat de restrictieve clausules van het akkoord van 1974 daarin niet meer voorkomen. Het is mij echter niet bekend of het akkoord van 1974 op het relevante tijdstip, althans in Sicilië, in feite nog als onderling afgestemde feitelijke gedraging werd toegepast.

Mijns inziens dient de nationale rechter allereerst duidelijkheid te verschaffen over de vraag of de eigenaren van de distributiedepots, tot wie mevrouw Salonia zich heeft gewend, op het tijdstip waarop zij haar bestelling deed, hun weigerings

konden baseren op een nog geldende overeenkomst. Mocht dit inderdaad het geval zijn, dan dient hij de zaak opnieuw te onderzoeken aan de hand van de door de Commissie aan het Hof voorgelegde statistieken.

3. Hoewel dit punt, gezien de mondelinge opmerkingen van de Commissie, eigenlijk nog slechts van theoretisch belang is, moet nog worden nagegaan of artikel 85, lid 3, en verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967 toepassing kunnen vinden.

De Commissie merkt hierover op dat de vraag of het akkoord in aanmerking komt voor een ontheffing ex artikel 85, lid 3, zich niet voordoet, omdat het akkoord nimmer is aangemeld. Formeel is dit standpunt juist, doch men kan zich afvragen of er eigenlijk wel reden was tot aanmelding van het akkoord, daar het — eveneens formeel gesproken — slechts de Italiaanse bladen gold.

De Commissie meent voorts dat de bijzondere criteria van een selectief verkoopsysteem *in geen geval* als grondslag kunnen dienen voor de gewone wederverkoop van kranten. In elk geval heeft de uiteindelijke afnemer bij een dergelijk systeem *met zekerheid geen enkel voordeel*. Deze beweringen lijken mij iets te stellig en te beknopt. Zo wordt geheel voorbijgegaan aan het vraagstuk van de opslag en het terugnemen van onverkochte waren, dat bij koopovereenkomsten met een aan een termijn gebonden teruggaverecht tussen de distributiedepots en de uitgevers de wederprestatie van laatstgenoemden vormt.

Voor het geval dat het akkoord onder de verbodsbepaling van artikel 85, lid 1, zou vallen zonder dat ontheffing ex artikel 85, lid 3, kan worden verleend, vraagt de nationale rechter tenslotte in hoeverre verordening nr. 67/67 van de Commissie — volgens welke bepaalde groepen alleenverkoopovereenkomsten van het kartelverbod zijn uitgesloten — gevolgen heeft voor een overeenkomst van deze aard.

Deze vraag heeft het Hof in voornoemd arrest-Cadillon reeds zeer nauwkeurig beantwoord. Overweging 15 van dit arrest luidt als volgt: „Uit artikel 7, lid 2, dier verordening blijkt dat op zulke overeenkomsten, wanneer zij onder het verbod van artikel 85, lid 1, mochten vallen, de categorale vrijstelling kan worden toegepast, ook al zijn zij niet bij de Commissie aangemeld, mits zij voldoen aan de bijzondere vereisten in de artikelen 1 tot en met 3 van diezelfde verordening gesteld”.

Op grond daarvan acht ik het ten enen male uitgesloten dat verordening nr. 67/67 van toepassing kan zijn op een akkoord als hier bedoeld. In de eerste plaats is één der voorwaarden voor toepassing van een categorale vrijstelling, als voorzien in deze verordening en in verordening nr. 19/65 van de Raad, dat de betrokken overeenkomst is gesloten tussen *twee* ondernemingen. Aan deze voorwaarde is in casu kennelijk niet voldaan. Voorts beïnvloedt het akkoord de handel tussen de Lid-Staten, hoewel het formeel een overeenkomst is, waarbij slechts ondernemingen uit *een* Lid-Staat partij zijn. Wel heeft de Commissie ter terechtzitting hierover opgemerkt dat het akkoord de verspreiding van kranten uit de Gemeenschap in Italië geenszins *merkbaar* ongunstig heeft beïnvloed.

Mitsdien concludeer ik tot verklaring voor recht dat een overeenkomst inzake de wederverkoop van produkten binnen *één* Lid-Staat, waarbij alleen ondernemingen uit *deze* Lid-Staat partij zijn, de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden, voor zover de handelsstromen tussen het grondgebied van de andere Lid-Staten van de gemeenschappelijke markt en dat van de betrokken Lid-Staat zich anders kunnen ontwikkelen dan het geval zou zijn bij ontbreken van deze overeenkomst, en wel in een voor de verwezenlijking van één enkele markt tussen de Lid-Staten schadelijke zin.