

aangemelde overeenkomst zijn ingediend en de betrokken onderneming zowel uit de praktijk van de Commissie als uit de rechtspraak van de Lid-Statens kon opmaken dat de aangemelde overeenkomst in strijd was met de communautaire mededingingsregels.

5. Een systeem van selectieve of exclusieve distributie kan dus een met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verenigbare concurrentiefactor vormen, wanneer vaststaat dat de eigenschappen van de betrokken producten, voor het behoud van de kwaliteit en ter verzekering van het juiste gebruik ervan, tot de invoering van een dergelijk systeem dwingen, en bij de keuze van de 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.

Dat gaat niet op voor een distributiestelsel voor cosmetische producten dat de distributie voorbehoudt aan officina-apothekers. Het criterium voor toelating tot het distributienet heeft een kwantitatief karakter, aangezien voor de toegang tot het beroep van officina-apotheker in het merendeel van de betrokken Lid-Statens een numerus clausus geldt; het is immers van weinig belang, of de beperking van het aantal distributiepunten het gevolg is van een reeds bestaande regeling dan wel uitsluitend afhankelijk is van de wil van de fabrikant, althans wanneer deze laatste niet vreemd was aan de vastgestelde beperking van het aantal verkooppunten. Voorts is het vereiste van de hoedanigheid van officina-apotheker in het geheel niet nodig voor de distributie van cosmetische producten en staat het niet in verhouding tot het ermee nagestreefde doel, aangezien die producten niet met geneesmiddelen kunnen worden gelijkgesteld en kunnen worden vervangen door overeenkomstige producten, die via andere kanalen kunnen worden gedistribueerd.

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)  
27 februari 1992 \*

In zaak T-19/91,

**Société d'hygiène dermatologique de Vichy**, vennootschap onder firma gevestigd te Vichy (Frankrijk), vertegenwoordigd door R. Collin, M.-L. Coignard en

\* Procestaal: Frans.

J.-M. Henriot-Bellargent, advocaten te Parijs, domicile gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Decker en Braun, advocaten aldaar, Avenue Marie-Thérèse 16,

verzoekster,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, aanvankelijk vertegenwoordigd door B. Jansen en vervolgens door B. Langeheine, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, bijgestaan door H. Lehman, advocaat te Parijs, domicile gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, representant van de juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van beschikking 91/153/EEG (IV/31.624 — Vichy) van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Commissie”) van 11 januari 1991 inzake een procedure op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (hierna: „verordening nr. 17”, PB 1962, L 13, blz. 204),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, D. Barrington, A. Saggio, C. P. Briët en J. Biancarelli, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 12 december 1991,

het navolgende

## Arrest

## De aan het beroep ten grondslag liggende feiten

- 1 Bij brief van 26 juli 1985 hebben de Laboratoires d'application dermatologique de Vichy et Cie, een Franse dochteronderneming van de Société d'hygiène dermatologique de Vichy (hierna: „Vichy”) die zelf voor 100% in handen is van de groep L'Oréal, bij de Commissie een uitsluitend voor Frankrijk geldend systeem voor de exclusieve distributie van de cosmetische produkten Vichy in officina-apotheken aangemeld. Deze aanmelding was in de eerste plaats verricht om een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17 te verkrijgen en, subsidiair, om van de Commissie een krachtens artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17 gegeven verklaring te krijgen, dat de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap niet van toepassing zijn op de aangemelde standaardovereenkomst.
  
- 2 Bij het aldus aangemelde systeem werden slechts officina-apothekers als distributeur van Vichy-produkten erkend. Naar aanleiding van het besluit van de Franse Conseil de la concurrence (besluit nr. 87-D-15 van 9 juni 1987 inzake de mededinging bij de distributie van bepaalde cosmetica en produkten voor lichaamsverzorging in apotheken, eerste activiteitenrapport, 1987, blz. 43) en het arrest van de Cour d'appel te Parijs van 28 januari 1988, waarbij is geoordeeld dat de exclusieve distributie van cosmetische produkten in apotheken in strijd is met artikel 85 EEG-Verdrag [arrest van de Cour d'appel te Parijs (afdeling Mededinging) van 28 januari 1988, *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 1988, blz. 33], wijzigde Vichy haar distributiesysteem in Frankrijk. Door die wijziging raakte de in 1985 bij de Commissie gedane aanmelding zonder voorwerp.
  
- 3 Bij brief van 29 augustus 1989 meldde Vichy het nieuwe distributiesysteem voor Frankrijk en het distributiesysteem voor alle andere Lid-Staten dan Denemarken, waar geen Vichy-produkten worden verkocht, bij de Commissie aan. Volgens de aangemelde overeenkomst werden voor Frankrijk alleen houders van een apothekersdiploma als distributeur erkend. In de andere Lid-Staten dan Denemarken en Frankrijk werd de hoedanigheid van officina-apotheker vereist.

- 4 Het onderhavige geding heeft slechts betrekking op de aanmelding betreffende het selectieve distributiesysteem dat Vichy voor de andere Lid-Staten dan Frankrijk heeft ingevoerd.
- 5 Na Vichy op 22 mei 1990 overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268; hierna: „verordening nr. 99/63”) de punten van bezwaar te hebben meegedeeld en haar op 11 september 1990 te hebben gehoord, verklaarde de Commissie bij beschikking 91/153/EEG van 11 januari 1991 (PB 1991, L 75, blz. 57): „Na een voorlopig onderzoek uit hoofde van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 is de Commissie van oordeel dat met betrekking tot de bepalingen van de overeenkomsten die tussen de Société d'hygiène dermatologique de Vichy en de grossiers-verdelers alsmede de apothekers-kleinhandelaren zijn gesloten, voor zover deze overeenkomsten in de exclusieve distributie van de cosmetische produkten van Vichy in officina-apotheken voorzien, te weten het feit dat uitsluitend officina-apothekers als erkend distributeur van Vichy-produkten kunnen worden erkend, de voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag zijn vervuld en toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is.”

### De procedure

- 6 Tegen die beschikking, die haar op 15 maart 1991 officieel ter kennis is gebracht, heeft Vichy beroep ingesteld. Dat beroep is op 25 maart 1991 onder nummer T-19/91 ter griffie van het Gerecht ingeschreven. De schriftelijke procedure is op 21 oktober 1991 beëindigd.
- 7 Op rapport van de rechter-rapporteur, heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft de Commissie evenwel gevraagd, vóór de terechtzitting twee documenten over te leggen. Deze documenten zijn op 19 november 1991 overgelegd. Het gaat om een afschrift van de door Vichy op 29 augustus 1989 aan de Commissie ter kennis gebrachte stukken en om een exemplaar van een in 1988 door A.-P. Weber voor de Commissie geschreven studie over „Les systèmes de distribution sélective dans la

Communauté du point de vue de la politique de concurrence: le cas de l'industrie des parfums et des produits cosmétiques.”

- 8 Op 24 april 1991 is ter griffie van het Gerecht een door Vichy ingediend verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking ingeschreven. De Commissie heeft op 13 mei 1991 opmerkingen over dat verzoek ingediend. Ter terechtzitting in kort geding van 30 mei 1991 zijn mondelinge opmerkingen over dit verzoek gemaakt. Bij beschikking van de president van het Gerecht van 7 juni 1991 is dit verzoek afgewezen.
- 9 Op 31 juli 1991 heeft de vennootschap Cosimex om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie verzocht en tevens een verzoek om kosteloze rechtsbijstand ingediend. Het verzoek om kosteloze rechtsbijstand is bij beschikking van het Gerecht van 24 september 1991 afgewezen. Bij beschikking van dezelfde dag heeft de president van het Gerecht vastgesteld, dat op het verzoek om toelating tot interventie niet behoefde te worden beslist.
- 10 Ter terechtzitting van 12 december 1991 zijn partijen gehoord.

### Conclusies van partijen

- 11 Vichy concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
  - de Commissie in de kosten te verwijzen.

12 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het verzoek om nietigverklaring af te wijzen;

— Vichy in de kosten te verwijzen.

### Ten gronde

13 Vichy stelt, dat de bestreden beschikking inbreuk maakt op het discriminatieverbod en op het beginsel van rechtszekerheid en wezenlijke vormvoorschriften schendt, dat de aangemelde standaardovereenkomst in overeenstemming is met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, dat lid 3 van dat artikel in ieder geval van toepassing is en, ten slotte, dat artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 verkeerd is toegepast.

14 Het Gerecht merkt om te beginnen op, dat volgens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, op grond waarvan de bestreden beschikking is gegeven, lid 5 van dat artikel „niet van toepassing is zodra de Commissie de betrokken ondernemingen heeft meegedeeld dat zij, na een voorlopig onderzoek, van oordeel is dat overeenkomsten, besluiten of gedragingen onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen en dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is”. Lid 5 zelf bepaalt, dat de „in het tweede lid (...) genoemde geldboeten niet kunnen worden opgelegd voor gedragingen welke plaats hebben: a) in verband met overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen nadat deze bij de Commissie zijn aangemeld en voordat de Commissie ten aanzien hiervan een beschikking heeft genomen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, voor zover deze gedragingen blijven binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd (...)”

15 Verder wijst het Gerecht erop, dat het Hof heeft geoordeeld dat de krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 genomen maatregelen „door (de) rechtspositie (van de ondernemingen) aanmerkelijk te wijzigen, de belangen der ondernemingen aantasten; dat de (...) rechtshandeling, waarbij de Commissie ongetwijfeld een maatregel (treft) met voor de belangen der ondernemingen ongunstig en

voor hen verbindend rechtsgevolg dan ook niet een eenvoudige mededeling doch een beschikking vormt” in de zin van artikel 189 EEG-Verdrag (arrest van het Hof van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries C. B. R. Cementbedrijven NV en andere, Jurispr. 1967, blz. 92). Voorts heeft het Hof verklaard, dat ingeval de fabrikant zijn produkten door middel van een exclusief of selectief distributienet afzet, de voorwaarden voor de erkenning als distributeur een „overeenkomst tussen ondernemingen” in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag zijn en derhalve onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kunnen vallen (arrest van het Hof van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 450). Hetzelfde geldt voor de algemene verkoopvoorwaarden die systematisch op de achterzijde van de facturen en bestelbonnen en op de prijslijsten worden vermeld (arrest van het Hof van 11 januari 1990, zaak C-277/87, Sandoz, Jurispr. 1990, blz. I-47).

- 16 Volgens de hierboven geanalyseerde arresten kan de door Vichy aangemelde overeenkomst binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallen en is verzoekster gerechtigd om bij het Gerecht op te komen tegen de krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 jegens haar gegeven beschikking. Derhalve moeten de door Vichy tegen die beschikking aangevoerde en hierboven genoemde middelen worden onderzocht.

*Het middel inzake inbreuk op het discriminatieverbod en op het beginsel van de rechtszekerheid*

— *Argumenten van partijen*

- 17 Vichy stelt, dat zij wordt gediscrimineerd, daar zij de enige onderneming op de markt van cosmetische produkten is, jegens wie de Commissie een beschikking heeft gegeven, terwijl zij ook de enige is die haar distributieovereenkomsten heeft aangemeld en aldus aan de Commissie blijkt heeft gegeven van haar bereidheid tot medewerking. Door de bestreden beschikking komt zij in een situatie van rechtsonzekerheid te verkeren die haar in een ongunstiger positie plaatst dan haar concurrenten, aangezien zij wordt gedwongen haar distributiesysteem te wijzigen om het gevaar voor een boete te ontlopen, zonder te weten welke oplossing de Commissie uiteindelijk zal kiezen. Vichy kan evenwel niet herhaaldelijk en met korte tussenpozen haar distributiesysteem reorganiseren zonder haar concurrentiepositie op de markt in gevaar te brengen.

- 18 Volgens de Commissie kan een krachtens artikel 15, lid 6, gegeven beschikking per definitie slechts betrekking hebben op een onderneming die een overeenkomst heeft aangemeld. Vichy kan derhalve niet tegelijkertijd stellen, dat zij de enige is die haar distributieovereenkomsten heeft aangemeld, en dat zij het slachtoffer is van een discriminerende maatregel. De Commissie beroept zich dienaangaande op de beschikking van de president van het Gerecht van 7 juni 1991.

— *Beoordeling door het Gerecht*

- 19 Het Gerecht stelt vast, dat de krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 getroffen maatregel juist niet discriminerend is, doch uitsluitend tot gevolg heeft, dat de onderneming terug in de positie wordt gebracht waarin zij zou hebben verkeerd indien zij haar systeem van exclusieve distributie niet bij de Commissie had aangemeld. Het constateert voorts, dat de door de Commissie krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 genomen maatregelen per definitie slechts betrekking kunnen hebben op een of meer overeenkomsten die vooraf bij de Commissie zijn aangemeld. Verzoekster kan derhalve niet tegelijkertijd stellen, dat zij de enige is die haar distributieovereenkomsten heeft aangemeld, en dat zij de enige is jegens wie een voorlopige maatregel krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 is genomen. De door verzoekster aangevoerde problemen van administratieve of commerciële aard hebben, gesteld dat zij zijn bewezen, geen enkele invloed op de wettigheid van de bestreden beschikking.
- 20 Daarbij komt dat, zoals reeds is opgemerkt in genoemde beschikking van 7 juni 1991, waarbij het door verzoekster ingediende verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking is afgewezen, „de krachtens artikel 15, lid 6, getroffen maatregelen alleen tot gevolg hebben dat de marktdeelnemers de immuniteit verliezen die normaal met de aanmelding van overeenkomsten is verbonden” en „daardoor in dezelfde situatie worden geplaatst als die waarin zij zonder de aanmelding van hun distributieovereenkomsten zouden hebben verkeerd.”

Het eerste middel van verzoekster moet worden afgewezen.



*Het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften**— Argumenten van partijen*

- 21 Volgens Vichy heeft de Commissie wezenlijke vormvoorschriften geschonden door het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities (hierna: „Adviescomité”) niet te raadplegen. Gelijk het Hof in zijn genoemd arrest van 15 maart 1967 heeft geoordeeld, geeft de Commissie, wanneer zij krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 uitspraak doet, beschikkingen die als zodanig vatbaar zijn voor beroep en derhalve moeten worden omringd met alle waarborgen die voortvloeien uit het Verdrag en de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen. De krachtens artikel 15, lid 6, gegeven beschikkingen volgen op de in artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 bedoelde aanmeldingsprocedure. Derhalve moet eerst het Adviescomité worden geraadpleegd, zoals in dat artikel is bepaald.
- 22 Overigens raadpleegt de Commissie dit Adviescomité in de praktijk vóór het geven van beschikkingen met een minder vergaande strekking dan die welke krachtens artikel 15, lid 6, worden gegeven. Zo heeft de Commissie het Adviescomité geraadpleegd vóór zij jegens Ford voorlopige maatregelen als bedoeld in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 nam [beschikking van 18 augustus 1982, Ford Werke AG (IV30.696), PB 1982, L 256, blz. 20]. In de beschikking van 17 januari 1980 (zaak 92/79 R, Camera Care, Jurispr. 1980, blz. 119) heeft het Hof geoordeeld, dat de Commissie zich bij de vaststelling van voorlopige maatregelen moet „houden aan de wezenlijke waarborgen die door verordening nr. 17, met name artikel 19 daarvan, aan de belanghebbenden worden verleend”. Ook bij krachtens artikel 15, lid 1, van verordening nr. 17 gegeven beschikkingen houdende oplegging van een geldboete wegens het verstrekken van onjuiste inlichtingen, moet eerst het Adviescomité worden geraadpleegd. Dit blijkt uit de beschikkingen van de Commissie van 17 november 1981 [Comptoir commercial d'importation (IV30.211), PB 1982, L 27, blz. 31], 27 oktober 1982 [Fédération nationale de l'industrie de la chaussure de France (IVAF 528), PB 1982, L 319, blz. 12] en 25 september 1986 [Peugeot (IV31.143), PB 1986, L 295, blz. 19]. De raadpleging van het Adviescomité is een bijkomende waarborg, die naast het in artikel 19 bedoelde recht van verweer bij de krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 genomen maatregelen in acht moet worden genomen.

- 23 De raadpleging van het Adviescomité bij krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 gegeven beschikkingen strookt met het doel van artikel 15; dit laatste voedt de opvatting, dat bij al wat met boeten te maken heeft, uiteraard grote belangen in het spel zijn, zodat ter zake geen beschikking kan worden gegeven zonder dat het Adviescomité is gehoord. De tegenovergestelde uitlegging zou ingaan tegen het fundamentele recht van verweer door voorbij te gaan aan het standpunt van de deskundigen van de Lid-Staten, een element dat van groot belang is om de rechtszekerheid van de marktdeelnemers te waarborgen.
- 24 Verder is het argument van de Commissie, dat het haar vaste praktijk is, het Adviescomité niet te raadplegen alvorens een maatregel krachtens artikel 15, lid 6, te treffen, niet ter zake dienend, aangezien niet is aangetoond, dat die praktijk in overeenstemming is met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Voorts komt de stelling die advocaat-generaal Roemer in zijn conclusie bij het reeds aangehaalde arrest van het Hof van 15 maart 1967 heeft verdedigd en waarnaar de Commissie verwijst, slechts voor rekening van de auteur en sluit zij aan bij een redenering volgens welke de krachtens artikel 15, lid 6, gedane mededelingen geen beschikkingen zijn, een stelling die het Hof niet heeft gevolgd.
- 25 Gelet op de datum van de eerste aanmelding, kan de Commissie zich in het onderhavige geval ook niet op de spoedeisendheid beroepen om zich aan de verplichting tot raadpleging te onttrekken. Het horen van Vichy was veel omslachtiger dan het raadplegen van het Adviescomité.
- 26 Tot slot is de door de Commissie getrokken vergelijking tussen de voorlopige beschikkingen inzake dwangsommen en de voorlopige beschikkingen van artikel 15, lid 6, niet ter zake dienend, daar anders dan de eerstgenoemde, de krachtens artikel 15, lid 6, gedane mededelingen definitief zijn. Alleen het door de Commissie verrichte onderzoek is voorlopig. Aangezien het om een definitieve beschikking gaat, moet daarover dus eerst het Adviescomité worden gehoord. Het door de Commissie aangehaalde arrest van het Hof van 21 september 1989 (gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoehst, Jurispr. 1989, blz. 2859, r. o. 55) bevestigt deze analyse, daar het in rechtsoverweging 54 preciseert, dat de raadpleging van het

Adviescomité en het horen van de betrokken ondernemingen in dezelfde gevallen vereist zijn.

- 27 Volgens de Commissie moet dit middel worden afgewezen. Uit de structuur van artikel 15 van verordening nr. 17 blijkt namelijk duidelijk, dat de in lid 3 van dat artikel bedoelde raadpleging van het Adviescomité niet vereist is in geval van toepassing van lid 6. De in het onderhavige geval gevolgde procedure strookt met de vaste praktijk van de Commissie [beschikking van de Commissie van 5 maart 1975, Sirdar-Phildar (IV27.879), PB 1975, L 125, blz. 27; beschikking van de Commissie van 25 juli 1975, Bronbemaling/Heidemaatschappij (IV28.967), PB 1975, L 249, blz. 27; beschikking van de Commissie van 12 juni 1978, SNPE-LEL (IV29.453), PB 1978, L 191, blz. 41]. Het niet raadplegen van het Adviescomité vloeit dus niet voort uit onopzettelijk nalaten of uit een discriminerende houding jegens Vichy.
- 28 De gevolgde procedure ligt ook in de lijn van de stelling van advocaat-generaal Roemer, die in zijn conclusie bij het reeds aangehaalde arrest van het Hof van 15 maart 1967 heeft verklaard, dat, „gezien de bijzondere aard en strekking van een (mededeling) als bedoeld in artikel 15, lid 6, een voorafgaande (raadpleging van het Adviescomité) niet onontbeerlijk moet worden geacht, aangezien zulks wegens de bestaande formaliteiten en termijnen (...) tot onaanvaardbare vertraging der procedure zou kunnen leiden. Deze opvatting (...) is trouwens in overeenstemming met een rationele interpretatie van artikel 10 van verordening nr. 17.”
- 29 De Commissie wijst erop, dat ook bij de krachtens artikel 16, lid 1, van verordening nr. 17 gegeven beschikkingen het Adviescomité niet wordt geraadpleegd. Evenals de bestreden beschikking, zijn dit voorlopige beschikkingen; zij stellen immers het voorlopige bedrag van de dwangsommen vast. Deze uitlegging is door het Hof uitdrukkelijk bevestigd in het reeds aangehaalde arrest Hoechst. In beide gevallen gaat het om voorlopige beschikkingen die voorafgaan aan de definitieve beschikking, de enige waarover het Adviescomité moet worden geraadpleegd (arrest Hoechst, reeds aangehaald, r. o. 56). Volgens de Commissie is het onjuist, een beschikking die een immuniteit opheft, gelijk te stellen met een beschikking waarbij een geldboete wordt opgelegd. In rechtsoverweging 17 van de reeds aangehaalde beschikking van de president van het Gerecht van 7 juni 1991 wordt overigens nauwkeurig aangegeven, welke gevolgen de krachtens artikel 15, lid 6, gegeven beschikkingen hebben.

30 De door Vichy gegeven voorbeelden zijn niet relevant: uit de beschikking in de reeds aangehaalde zaak Camera Care, waarin uitspraak wordt gedaan over de toepassing van artikel 19, kan geen enkele nuttige conclusie worden getrokken met betrekking tot de verplichting om het Adviescomité te raadplegen in geval van toepassing van artikel 15, lid 6; de verplichting om het Adviescomité te raadplegen alvorens de in artikel 15, lid 2, bedoelde sancties op te leggen, vloeit voort uit lid 3 van dat artikel, volgens hetwelk die raadpleging in de in de leden 1 en 2 bedoelde gevallen moet worden verricht.

— *Beoordeling door het Gerecht*

31 Artikel 10, lid 3, van verordening nr. 17 bepaalt: „Alvorens een beschikking naar aanleiding van een procedure als bedoeld in lid 1 of inzake de verlenging, de wijziging of de intrekking van een beschikking, bedoeld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag, te geven, wordt (het) Adviescomité (...) geraadpleegd.” De leden 4, 5 en 6 van artikel 10 betreffen de samenstelling en de werkwijze van het Adviescomité.

32 Daar de in geding zijnde beschikking geen betrekking heeft op de „verlenging, de wijziging of de intrekking” van een krachtens artikel 85, lid 3, gegeven verklaring, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet van toepassing is, moet dus worden nagegaan, of een door de Commissie krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, gegeven beschikking „naar aanleiding van een procedure als bedoeld in lid 1” van artikel 10 van die verordening is genomen. Artikel 10, lid 1, bepaalt: „De Commissie doet de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten onverwijld een afschrift toekomen van de verzoeken en aanmeldingen en van de belangrijkste documenten welke haar hebben bereikt met het oog op de vaststelling van inbreuken op de bepalingen van artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag, het geven van een negatieve verklaring of van een beschikking, bedoeld in artikel 85, lid 3.”

33 Verzoeksters betoog komt in wezen hierop neer, dat de door de Commissie krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 gegeven voorlopige beschikkingen slechts naar aanleiding van de aanmelding van een overeenkomst bij de Commissie kunnen worden genomen, en dat zij, daar zij tot gevolg hebben dat die aanmelder de in beginsel aan de aanmelding verbonden immuniteit verliest, dezelfde waarde hebben als de in artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 bedoelde vaststelling van de inbreuk.

- 34 Deze uitlegging kan de toets van een exegetische lezing van artikel 15 van verordening nr. 17 niet doorstaan. Dit artikel over de geldboeten bestaat uit zes leden. Lid 1 gaat over de geldboeten die aan ondernemingen kunnen worden opgelegd wanneer deze de Commissie onjuiste inlichtingen verstrekken of zich tegen de verificaties verzetten. Lid 2 heeft betrekking op de geldboeten wegens inbreuk op de artikelen 85 of 86. Lid 4 preciseert, dat de krachtens verordening nr. 17 opgelegde geldboeten geen strafrechtelijk karakter hebben. Ten slotte wordt in lid 5 verklaard, dat de ondernemingen die een overeenkomst bij de Commissie hebben aangemeld, immuniteit genieten, en dat hun in beginsel geen geldboete wegens die overeenkomst kan worden opgelegd.
- 35 Lid 3 luidt als volgt: „De bepalingen van artikel 10, leden 3 tot en met 6, zijn van toepassing.” Dit lid volgt onmiddellijk op de twee hierboven onderzochte leden, waarin de twee hoofdcategorieën van geldboeten waarin verordening nr. 17 voorziet, worden genoemd. Uit de structuur zelf van artikel 15, zoals deze hierboven is weergegeven, volgt derhalve, dat in het kader van de toepassing van artikel 15 van verordening nr. 17 het Adviescomité alleen moet worden geraadpleegd vóór het geven van een beschikking waarbij een geldboete wordt opgelegd. De krachtens artikel 15, lid 6, gegeven voorlopige beschikkingen behoren evenwel niet tot die welke in artikel 15, leden 1 en 2, worden bedoeld, en hebben niet tot doel of ten gevolge, dat een boete wordt opgelegd aan de onderneming tot wie zij zijn gericht.
- 36 Het argument dat Vichy ontleent aan de praktijk van de Commissie inzake geldboeten wegens het verstrekken van onjuiste inlichtingen of inzake voorlopige maatregelen, treft geen doel, daar die praktijk geen gevolgen heeft voor de toepassing van de rechtsregel, die uitsluitend uit het Verdrag en de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen voortvloeit. Aangenomen dat deze praktijk van de Commissie bewezen is, kan in ieder geval uit de vaststelling, dat de Commissie het Adviescomité raadpleegt wanneer zij geldboeten wegens het verstrekken van onjuiste inlichtingen oplegt of voorlopige maatregelen treft, nog geen enkele nuttige conclusie worden getrokken met betrekking tot het antwoord op de vraag, of die formaliteit ook moet worden verricht alvorens een voorlopige beschikking krachtens artikel 15, lid 6, wordt gegeven.
- 37 Voorts merkt het Gerecht op, dat gelijk hierboven in de rechtsoverwegingen 34 en 35 is gezegd, de verplichting om het advies van het Adviescomité in te winnen

alvorens geldboeten wegens het verstrekken van onjuiste inlichtingen op te leggen, voortvloeit uit de plaats die het voor de leden 1 en 2 geldende lid 3 in artikel 15 van verordening nr. 17 inneemt. In de reeds aangehaalde beschikking van 17 januari 1980 heeft het Hof overigens geoordeeld, dat de voorlopige maatregelen die de Commissie bij inbreuk op de mededingingsregels vaststelt, hun rechtsgrondslag vinden in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, dat net als het reeds aangehaalde artikel 10, lid 1, betrekking heeft op de vaststelling van inbreuken. Zo het de vaste praktijk van de Commissie is, het Adviescomité te raadplegen alvorens een boete wegens het verstrekken van onjuiste inlichtingen op te leggen of een voorlopige maatregel te treffen, dient hieruit enkel te worden geconcludeerd, dat deze praktijk in overeenstemming is met artikel 15, leden 1 en 3, en met artikel 3 van verordening nr. 17. Verzoekster kan dus niet met een beroep op de inachtneming van deze bepalingen stellen, dat dienovereenkomstig het Adviescomité ook moet worden geraadpleegd alvorens een beschikking krachtens artikel 15, lid 6, wordt gegeven.

- 38 Verzoeksters argument inzake het doel van die raadpleging is evenmin relevant. Het is juist, dat de door de Commissie krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 gedane mededelingen rechtsgevolgen hebben voor degenen voor wie zij zijn bestemd. Daarom heeft het Hof, zoals gezegd, bij genoemd arrest van 15 maart 1967 erkend, dat de adressaten van de mededelingen daartegen krachtens artikel 173 EEG-Verdrag beroep kunnen instellen. Al moeten de mededelingen die de Commissie krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 doet, met inachtneming van de fundamentele rechten van de betrokken onderneming en inzonderheid met inachtneming van het in artikel 19, lid 1, van die verordening gewaarborgde recht van verweer worden gedaan, dit betekent niet, dat de Commissie vooraf het Adviescomité moet raadplegen; zoals uit de aanhef en de tekst van artikel 10 van verordening nr. 17 blijkt, heeft het Adviescomité immers tot doel, bij de behandeling van de mededingingszaken „contact met de autoriteiten der Lid-Staten” te verzekeren. Bijgevolg kan verzoekster niet op goede gronden stellen, dat zij door het enkele feit dat het advies van de nationale deskundigen niet is ingewonnen, van een fundamenteel recht is beroofd.
- 39 Uit lid 1 juncto lid 3 van artikel 10 van verordening nr. 17 blijkt immers, dat de Commissie dit advies slechts moet inwinnen alvorens een definitieve beschikking te geven waarbij zij een inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag vaststelt of, omgekeerd,

waarbij zij overeenkomstig het bij haar ingediende verzoek een negatieve verklaring afgeeft dan wel op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag verklaart, dat lid 1 van dat artikel niet van toepassing is op de bij haar aangemelde overeenkomst. Het is derhalve pas in het laatste stadium van het onderzoek van het bij haar ingediende verzoek, dat de Commissie, welk antwoord zij op dat verzoek ook wil geven, het Adviescomité moet raadplegen. Zoals het Hof heeft geoordeeld „vormt de raadpleging van het Adviescomité het laatste stadium van de procedure voor de vaststelling van de beschikking, en wordt het advies gegeven op basis van een ontwerp van de beschikking” (arrest van het Hof van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80 tot en met 103/80, *Musique Diffusion française*, Jurispr. 1983, blz. 1825, r. o. 35).

40 Ten slotte is er nog het argument van Vichy, dat het horen van de betrokken onderneming altijd door raadpleging van het Adviescomité moet worden gevolgd. Dienaangaande zij opgemerkt, dat artikel 1 van genoemde verordening nr. 99/63 bepaalt: „Alvorens het Adviescomité (...) te raadplegen, hoort de Commissie (de betrokken onderneming) (...) overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17.” De strekking van die bepaling wordt nader toegelicht in de considerans van die verordening, volgens welke „het Adviescomité (...) na afloop van een onderzoek, dat in een zaak is ingesteld, geraadpleegd moet worden”. Dit betekent dat, waar dit is vereist, het Adviescomité, dat in staat moet worden gesteld een weloverwogen advies uit te brengen, pas na het horen van de onderneming overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 kan worden geraadpleegd. Verzoekster mag hier evenwel niet uit afleiden, dat het horen van de betrokken onderneming door raadpleging van het Adviescomité moet worden gevolgd. In het reeds aangehaalde arrest Hoechst overwoog het Hof: „Artikel 1 van verordening nr. 99/63 luidt: „alvorens het Adviescomité (...) te raadplegen, hoort de Commissie (de betrokken ondernemingen) overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17”. Deze bepaling bevestigt, dat het horen van de betrokken ondernemingen en de raadpleging van het comité vereist zijn in dezelfde gevallen.” Volgens het Gerecht moet dit arrest aldus worden uitgelegd, dat, zoals daarnet is gezegd, het Adviescomité slechts kan worden geraadpleegd wanneer de betrokken onderneming tevoren is uitgenodigd om haar opmerkingen te maken als bedoeld in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17. Omgekeerd vereist geen enkel algemeen beginsel van gemeenschapsrecht noch enige bepaling van verordening nr. 17 of van verordening nr. 99/63, dat het horen van de onderneming, wanneer dat is vereist, wordt gevolgd door raadpleging van het Adviescomité. De Commissie is daartoe met name niet verplicht alvorens een mededeling als bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 te doen.

- 41 Uit het voorgaande volgt, dat het tweede middel, inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften, moet worden afgewezen.

*Het middel volgens hetwelk het door Vichy aangemelde systeem van exclusieve distributie geen inbreuk maakt op artikel 85, lid 1*

— *Argumenten van partijen*

- 42 Volgens Vichy heeft de Commissie niet aangetoond dat er inbreuk is gemaakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag; de door de Commissie voor de kwalificatie van de inbreuk in aanmerking genomen factoren zijn namelijk niet doorslaggevend, er is geen rekening gehouden met bepaalde relevante factoren en, ten slotte, is het door Vichy voor het opbouwen van haar distributienet gehanteerde criterium in overeenstemming met het Verdrag.
- 43 Met betrekking tot het niet-doorslaggevend karakter van de door de Commissie voor de kwalificatie van de inbreuk in aanmerking genomen factoren stelt Vichy ten eerste, dat de Commissie niet heeft aangetoond, dat de mededinging en de handel tussen de Lid-Staten merkbaar ongunstig zijn beïnvloed, daar geen enkele van de factoren op grond waarvan zij concludeert, dat de mededinging in de gemeenschappelijke markt ongunstig is beïnvloed, relevant is. Het gaat om drie factoren: het cumulatieve effect van de distributiesystemen op de betrokken markt, het marktaandeel van de dermofarmacie in de totale markt van cosmetische producten en het merkbare karakter van de ongunstige beïnvloeding van de mededinging op de betrokken markt.
- 44 Het door de Commissie aangevoerde argument inzake het cumulatieve effect van de distributiesystemen is niet relevant, daar de referentiemarkt niet duidelijk is omschreven. De relevante markt is formeel omschreven op basis van een beknopte analyse van de feitelijke situatie van de markt, hetgeen in strijd is met de beginselen die het Hof met name in het arrest van 25 oktober 1977 [zaak 26/76, Metro (hierna: „Metro I”), Jurispr. 1977, blz. 1875], heeft geformuleerd. Volgens Vichy is het niet ter zake dienend, de in dit arrest geformuleerde regels zonder meer toe te passen, daar de markt wordt gekenmerkt door het bestaan van verschillende distributiecircuiten, die elkaar beconcurreren. Uit de rechtspraak van het Hof, inzonderheid de arresten van 30 juni 1966 (zaak 56/65, Société technique minière,



Jurispr. 1966, blz. 391), 12 december 1967 (zaak 23/67, Brasserie de Haecht, Jurispr. 1967, blz. 511) en 11 december 1980 (zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775) blijkt, dat bij de beoordeling van de gevolgen die een distributiesysteem voor de mededinging heeft, in voorkomend geval ook rekening moet worden gehouden met de gevolgen van andere distributiesystemen. Gelijk het Hof onlangs heeft opgemerkt in verband met de zogenaamde „brouwerijcontracten” (arrest van het Hof van 28 februari 1991, zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935), is dit evenwel slechts één van de beoordelingsfactoren. De Commissie heeft geen andere factoren in aanmerking kunnen nemen, daar zij niet heeft onderzocht, welk effect de litigieuze overeenkomsten sorteerden in de feitelijke context waarin zij zijn toegepast. Anders dan de Commissie heeft vastgesteld in de zaak Yves Rocher [beschikking van de Commissie van 17 december 1986 (IV31.428 tot en met IV31.432 — Yves Rocher), PB 1987, L 8, blz. 49], is niet gesteld, dat de door Vichy gesloten distributieovereenkomsten de apothekers verbieden produkten van andere merken te verkopen. In feite beantwoordt het door Vichy ingevoerde distributiesysteem volledig aan de in genoemd arrest van het Hof van 28 februari 1991 gestelde eisen. Bovendien betwist Vichy een aantal van de door de Commissie in aanmerking genomen cijfers, betreffende met name de Duitse en de Britse markt, en stelt zij, dat moeilijk valt in te zien, waarom de Commissie, die een ruime definitie van de markt heeft gehanteerd, enkel de binnen het circuit van de officina-apothekers waargenomen mededingingsbeperkingen heeft onderzocht.

- 45 Volgens verzoekster beroept de Commissie zich ter staving van haar stelling, dat inbreuk is gemaakt op artikel 85, lid 1, ook ten onrechte op het marktaandeel van de dermofarmacie binnen de totale markt van cosmetische produkten. De stelling van de Commissie, dat het in aanmerking te nemen marktaandeel tussen 5 en 40% schommelt, houdt geen steek. Tijdens de administratieve procedure heeft Vichy een cijfer van ongeveer 10% voorgesteld en dat cijfer is door de Commissie in de eerdergenoemde beschikking Yves Rocher overgenomen. De Commissie is voorts voorbijgegaan aan het feit, dat het marktaandeel van de in officina-apotheken gedistribueerde produkten afneemt, een reeds lang bestaande tendens in de geschiedenis van de distributie van de produkten in officina-apotheken.
- 46 Ten slotte betoogt Vichy, dat de Commissie niet aan de hand van gecontroleerde gegevens bewijst, dat het aangemelde distributiesysteem de handel tussen Lid-Staten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar ongunstig beïnvloedt.

- 47 Om deze drie redenen levert het door de Commissie in haar beschikking gevoerde betoog, geen bewijs van een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag op.
- 48 Voorts stelt Vichy met betrekking tot de omstandigheid dat de Commissie een aantal relevante factoren buiten beschouwing heeft gelaten, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de concurrentie tussen merken op de markt van cosmetische produkten. De Commissie had namelijk rekening moeten houden met de aanwezigheid van verschillende concurrerende distributiecircuit op de markt. De in apotheken verkochte cosmetische produkten vormen geen afzonderlijke markt en uit de door verzoekster tijdens de administratieve procedure verrichte en overgelegde onderzoeken blijkt, dat de in de supermarkten en de in officina-apotheken verkochte produkten onderling substitueerbaar zijn, en dat de consument gemakkelijk van het ene naar het andere distributiecircuit overstapt. Het farmaceutische circuit vormt evenmin een afzonderlijk segment van de cosmeticamarkt, en de markt wordt door het merkenbeleid van de producenten niet in segmenten verdeeld. Uit al deze vaststellingen blijkt, dat de Commissie in strijd met de door het Hof in genoemd arrest Metro I geformuleerde beginselen, in het geheel geen rekening heeft gehouden met de concurrentie tussen de merken. Anders dan de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld, is het door Vichy opgezette distributiesysteem in feite „een stap voorwaarts op het gebied van de mededinging”, omdat het aanbod erdoor kan worden verrijkt en omdat het de consumenten meer keuzemogelijkheden biedt.
- 49 Wat ten derde de geldigheid van het voor de erkenning gehanteerde criterium betreft, stelt verzoekster, dat de hoedanigheid van officina-apotheker die zij voor de distributie van haar produkten vereist, een criterium is dat zich met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verdraagt. Het is immers een kwalitatief criterium, zoals door het Hof wordt verlangd: een officina-apotheker is niet hetzelfde en kan ook niet worden gelijkgesteld met een houder van een apothekersdiploma; hij onderscheidt zich van deze laatste door zijn beroepservaring, de verplichting om de beroepsregels in acht te nemen, het persoonlijk contact met de klanten en doordat hij de onderneming feed-back verschaft, waarmee deze ten volle rekening houdt om haar produkten alsmaar te verbeteren. De officina-apotheker kan voorts niet los worden gezien van de plaats waar hij werkt; de officina is als „gezondheidsruimte” een bevoorrecht verkooppunt, dat schril afsteekt tegen „de alledaagsheid” die kenmerkend is voor de distributie in supermarkten.

- 50 De Commissie stelt derhalve ten onrechte, dat dit kwalitatieve criterium een kwantitatief karakter heeft, omdat in zes van de tien betrokken Lid-Statens een numerus clausus voor de toegang tot het beroep geldt. De Commissie kan zich dienaangaande niet met succes beroepen op het arrest van het Hof van 3 juli 1985 (zaak 243/83, Binon, Jurispr. 1985, blz. 2015), dat zelf in de lijn ligt van een aantal arresten waarin elk kwantitatief criterium wordt verboden (arrest Metro I, reeds aangehaald; arrest van het Hof van 10 juli 1980, zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2511; arrest L'Oréal, reeds aangehaald; arrest van het Hof van 22 oktober 1986, zaak 75/84, Metro, Jurispr. 1986, blz. 3021). Anders dan in de zaak Binon, waar de beperking van het aantal verkooppunten uit een beslissing van de onderneming zelf voortvloeide, ligt de beperking van het aantal verkooppunten als gevolg van de numerus clausus niet aan Vichy, maar vloeit zij voort uit nationale regelingen die reeds bestonden op het tijdstip van de keuze van het distributiecircuit.
- 51 Ten slotte is het kwalitatieve en niet kwantitatieve criterium van de officina-apotheker een noodzakelijk criterium, dat in verhouding staat tot de door de producent nagestreefde doelstellingen. Het is dus in overeenstemming met de beginselen die niet alleen in het arrest van het Hof van 16 juni 1981 (zaak 126/80, Salonia, Jurispr. 1981, blz. 1563) en in genoemd arrest Binon zijn neergelegd, maar ook in de beschikking die de Commissie op 16 december 1985 heeft gegeven in verband met de distributie van de produkten van Villeroy & Boch [beschikking van de Commissie van 16 december 1985 (IV30.665 — Villeroy & Boch), PB 1985, L 376, blz. 15]. Het vereiste van de hoedanigheid van officina-apotheker is nauw verbonden met het „image” van het Vichy-produkt. Het gebruik van de hoedanigheid van officina-apotheker als criterium voor de erkenning van distributeurs impliceert enkel, dat de producent een „immateriële factor” hanteert bij de omschrijving van de voorwaarden voor het in de handel brengen van zijn produkt, doch die mogelijkheid is door de Commissie in haar mededeling betreffende de zaak Yves Saint-Laurent (mededeling van de Commissie in de zaak IV/33.242, Yves Saint-Laurent Parfums, PB 1990, C 320, blz. 11) aanvaard.
- 52 De Commissie betoogt, dat zij, na het prijsbeleid en de distributiesystemen van de Vichy-produkten te hebben geanalyseerd, de cosmeticamarkt wel degelijk voldoende nauwkeurig heeft omschreven. In de beschikking wordt met name aangegeven, hoeveel percent van de cosmetica in de apotheken wordt verkocht en hoe groot het marktaandeel van Vichy in de verkoop in de apotheken is. De Commissie heeft dus een ruime definitie van de markt gehanteerd, waarover Vichy niet mag klagen. Een nauwkeuriger definitie van de markt was absoluut niet nodig, aangezien de ongunstige beïnvloeding van de mededinging hoe dan ook merkbaar

genoeg was, of men nu enkel de markt van de in de apotheken verkochte cosmetica dan wel de markt van cosmetica in het algemeen als relevante markt nam. Zodra de beperking van de mededinging duidelijk merkbaar is op de kleinste markt waarop Vichy marktleider is, kan er voor de bestreden beschikking mee worden volstaan, de beperking van de mededinging op de totale markt vast te stellen. In punt 19 van de bestreden beschikking heeft de Commissie duidelijk genoeg aangegeven, dat zij rekening heeft gehouden met het cumulatieve effect van de parallelle systemen van exclusieve distributie in officina-apotheken voor alle in apotheken verkochte cosmeticamerken en met het feit, dat het marktaandeel van de dermofarmacie tussen 5 en 40% schommelt. De Commissie stelt vast, dat verzoekster geen enkel element heeft aangevoerd waaruit blijkt dat de mededinging tussen merken levendig genoeg was om het ontbreken van mededinging binnen het merk te compenseren.

- 53 Verder heeft zij bij de juridische kwalificatie van de feiten de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde beginselen in acht genomen door achtereenvolgens het bestaan van overeenkomsten tussen ondernemingen, de beperking van de mededinging als gevolg van de overeenkomsten en ten slotte de merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten vast te stellen. Dit is ook de redenering die het Hof vanaf het reeds aangehaalde arrest Metro I bij het onderzoek van de systemen van exclusieve distributie heeft gevolgd.
- 54 Het door Vichy gehanteerde criterium, te weten dat van de „houder van een apothekersdiploma die zijn beroep in een officina uitoefent”, is wel degelijk een kwantitatief en geen kwalitatief criterium. In de bestreden beschikking trekt de Commissie niet in twijfel, dat Vichy de distributie van de Vichy-produkten aan houders van apothekersdiploma kan voorbehouden; het gaat enkel om het onderscheid tussen de houders van een apothekersdiploma die hun beroep wel en degenen die hun beroep niet in een officina uitoefenen. Uit het oogpunt van de beroepsbekwaamheid is er geen verschil tussen beiden. Het gaat er dus wel degelijk om, of een officina kwaliteiten heeft die geen enkel ander verkooppunt kan bieden. De stelling van Vichy, dat de officina zich het beste leent voor een ernstig en deskundig advies, is een *petitio principii* en geen bewijs. Het vaststellen van objectieve criteria van kwalitatieve aard impliceert, dat die criteria worden omschreven en dat vervolgens wordt nagegaan, of iedere potentiële distributeur aan die criteria beantwoordt. Deze werkwijze zou ertoe leiden, dat bepaalde officina's, die niet aan de gestelde criteria beantwoorden, worden uitgesloten en dat sommige distri-

buteurs, die geen officina-apotheek zijn, maar wel aan de criteria beantwoorden, worden toegelaten. Verder is het van weinig belang, of het kwantitatieve aspect van het gehanteerde criterium, dat voortvloeit uit het bestaan van een numerus clausus, aan Vichy is te wijten, dan wel een gevolg is van een wettelijke regeling. Van belang is, dat Vichy, door deze distributiewijze te kiezen, bewust heeft geopteerd voor een net met een beperkt aantal verkooppunten. Dat er een groot aantal officina's bestaan, ontnemt het criterium zijn kwantitatief karakter niet, zoals het Hof in genoemd arrest Binon heeft geoordeeld. De kwantitatieve beperking van het aantal verkooppunten vloeit voort uit de gekozen distributiewijze. Zo kan een fabrikant die besluit zijn produkten alleen op luchthavens te verkopen, niet met succes aanvoeren, dat hij het aantal verkooppunten niet kan bepalen daar de bevoegde autoriteiten het aantal luchthavens hebben beperkt. De Commissie noch het Hof heeft het beginsel gehuldigd, dat de fabrikant vrij is in de keuze van zijn gekwalificeerde distributeur; ze hebben alleen vastgehouden aan de regel, dat de fabrikant zijn wederverkopers aan de hand van objectieve criteria van kwalitatieve aard moet kiezen.

- 55 De Commissie voegt eraan toe, dat blijkens punt 19 van de bestreden beschikking de omstandigheid dat de Vichy-produkten uitsluitend in apotheken worden verkocht, een merkbare beperking van de mededinging ten gevolge heeft, met name gelet op het marktaandeel van Vichy en op het cumulatieve effect van de systemen van selectieve distributie, die kenmerkend zijn voor de betrokken markt. Het Hof heeft in dat verband gepreciseerd, dat om te kunnen beoordelen, of een overeenkomst van selectieve distributie als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het doel of het gevolg ervan is, men met name zal moeten letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid van de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de positie en het gewicht van de partijen op de betrokken markt en het geïsoleerde karakter van de litigieuze overeenkomst dan wel juist op de omstandigheid dat zij deel uitmaakt van een reeks overeenkomsten (zie het reeds aangehaalde arrest L'Oréal). Verder heeft het Hof geoordeeld, dat om vast te stellen of een overeenkomst de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, moet worden aangetoond, dat met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht, dat deze overeenkomst al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lid-Staten kan beïnvloeden (*ibid.*, r. o. 18). Anders dan is gebeurd in de reeds genoemde zaak *Delimitis*, die door verzoekster ten onrechte is aangevoerd en waarin het Hof onderscheid heeft gemaakt tussen de distributie van bier in hotels, cafés en restaurants en de distributie van bier in de detailhandel, heeft zij een ruime definitie van de markt gehanteerd, die rekening houdt met de verschillende distributiecircuiten.

56 Ten slotte wijst de Commissie erop, dat zij in punt 19 van de bestreden beschikking aan de hand van het in haar bezit zijnde cijfermateriaal heeft aangetoond, dat door het opnemen van andere verkooppunten dan officina-apotheken in het distributienet van Vichy het aantal verkooppunten zou stijgen en de andere wederverkopers dan de officina-apothekers de prijsverschillen tussen de Lid-Staten voor „parallele invoer” zouden benutten. Dat de ongunstige beïnvloeding merkbaar is, komt door het cumulatieve effect van het bestaan van parallele systemen van exclusieve distributie in apotheken.

— *Beoordeling door het Gerecht*

57 Het Gerecht merkt allereerst op, dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest van 15 maart 1967 heeft geoordeeld, dat „om (een) overeenkomst te kunnen onttrekken aan de bij artikel 15, lid 5, der verordening nr. 17 voorziene vrijwaring, de Commissie blijkens artikel 15, lid 6, in de eerste plaats moet oordelen dat zij onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt”.

58 Voorts heeft het Hof geoordeeld, dat „de structuur van de markt zich niet verzet tegen het bestaan van uiteenlopende verkoopkanalen die zijn aangepast aan de kenmerken der verschillende producenten en de behoeften der verschillende categorieën verbruikers” (arrest Metro I, reeds aangehaald) en dat „om te kunnen beoordelen of een (distributie)overeenkomst als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het doel of het gevolg ervan is, de mededinging moet worden bezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen. Hiertoe zal men met name moeten letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid van de produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de positie en het gewicht van de partijen op de betrokken markt en het geïsoleerde karakter van de litigieuze overeenkomst dan wel juist op de omstandigheid dat zij deel uitmaakt van een reeks overeenkomsten” (arrest L'Oréal, reeds aangehaald, r. o. 19).

59 Ten derde heeft het Hof geoordeeld, dat „wanneer de toegang tot een selectief distributienet afhankelijk is gesteld van voorwaarden die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, en vooral wanneer die toegang

op kwantitatieve criteria berust, het distributienet in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, voor zover de overeenkomst ten minste, (...) aan verschillende voorwaarden voldoet, die niet zozeer haar rechtskarakter raken als wel haar invloed op de ‚handel tussen Lid-Staten’ enerzijds en ‚de mededinging’ anderzijds” (arrest L’Oréal, reeds aangehaald, r. o. 17). In dit verband zij er ook aan herinnerd, dat al moet de belemmering die in voorkomend geval uit een dergelijk distributiesysteem voor mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan voortvloeien voldoende merkbaar zijn (arrest van het Hof van 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk, Jurispr. 1969, blz. 295), het volstrekt niet nodig is, dat de mededinging effectief wordt belemmerd. Het volstaat, dat de belemmering van de mededinging op de gemeenschappelijke markt potentieel is (zie de arresten van het Hof van 13 juli 1966, reeds aangehaald; 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, en 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT, Jurispr. 1987, blz. 4487).

- 60 Deze beginselen moeten als toetssteen worden gebruikt bij het onderzoek van het onderhavige middel, volgens hetwelk de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat de aangemelde overeenkomst binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, valt. Daartoe moet achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de afbakening van de referentiemarkt, de rechtmatigheid van het criterium voor de erkenning van de distributeurs en de gevolgen van de aangemelde standaardovereenkomst voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.

#### De afbakening van de referentiemarkt

- 61 Blijkens de overwegingen van de bestreden beschikking en het verweerschrift van de Commissie is deze laatste van mening, dat de markt waarnaar moet worden gekeken om uit te maken, of de door verzoekster aangemelde standaardovereenkomst de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan belemmeren, de markt voor cosmetische produkten is. Volgens verweerster omvat de bewuste markt, naar de gedistribueerde produkten bekeken, schoonheidsprodukten en toiletartikelen, produkten voor haarverzorging en alcoholhoudende parfums. Vichy distribueert een volledig assortiment van produkten voor gelaats- en lichaamsverzorging, met uitzondering van alcoholhoudende parfums. Uit het oogpunt van de distributiecircuiten dienen volgens de Commissie alle distributiecircuiten voor dit soort produkten in aanmerking te worden genomen. Volgens de bestreden beschikking zijn er vier circuits, namelijk het circuit van de niet-gespecialiseerde detailhandel, bestaande uit supermarkten, drogisterijen en warenhuizen, de selectieve distributie in parfumeriezaken en luxe-warenhuizen, de distributie in officina-apotheken — het enige circuit waarin verzoekster aanwezig is — en de rechtstreekse

verkoop, met name met inschakeling van postorderbedrijven. Vaststaat ten slotte, dat de relevante markt geografisch het grondgebied van de Gemeenschap beslaat, met dien verstande evenwel, dat in Denemarken geen Vichy-produkten worden gedistribueerd. Het Gerecht stelt vast, dat deze afbakening van de markt volstrekt identiek is met die welke in de aanmelding van Vichy voorkomt.

- 62 Kosmetische produkten worden onder vele merken verkocht. In de regel wordt elk merk voor een welbepaald distributiecircuit gereserveerd. De in apotheken verkochte merken, zoals die van verzoekster, vindt men niet in de luxedistributie of in de niet-gespecialiseerde detailhandel. Sommige producenten bieden een brede keuze van produkten aan. Dit is het geval met de groep L'Oréal, die de circuits selecteert naar gelang van het prestige van de merken. Vichy geeft toe, dat nieuwe en innoverende produkten in de regel eerst in de apotheken worden gedistribueerd en vervolgens, als de consumptiegewoonten ingang hebben gevonden, op grotere schaal onder andere merken in de niet-gespecialiseerde detailhandel en de luxeparfumeries worden verkocht. Volgens het reeds genoemde onderzoek dat A.-P. Weber voor de Commissie heeft verricht, gebeurt het segmenteren in distributiecircuiten om de prijs van substituereerbare produkten te kunnen variëren naar gelang van het netwerk via hetwelk deze in de handel worden gebracht.
- 63 Volgens de door verzoekster aan de Commissie verstrekte gegevens bedroeg de totale omzet op de betrokken markt in 1987 7,3 miljard DM in Duitsland, 30,3 miljard FF in Frankrijk, 4 miljard LIT in Italië en 1,1 miljard UKL in het Verenigd Koninkrijk. Volgens dezelfde bron bedraagt het aandeel van de in officina-apotheken gedistribueerde cosmetica in die omzet, voor elk van die vier Lid-Staten respectievelijk 4,8%, 9%, 16,5% en 44%, en vertegenwoordigt de omzet van Vichy respectievelijk 1,5%, 2,2%, 3,5% en 1% van de markt van cosmetische produkten en 32%, 25%, 21,4% en 2,2% van de in apotheken gedistribueerde cosmetica. Volgens Vichy bedroeg het marktaandeel van de groep L'Oreal — ditmaal voor geheel West-Europa — in 1986 14%; dit cijfer varieerde van 25% voor de produkten voor haarverzorging tot 7% voor de toiletartikelen. In datzelfde jaar nam de naaste concurrent van de groep L'Oréal, de Lever-groep, 6% van de markt voor haar rekening. De groep L'Oréal, die 100% van de aandelen van Vichy in handen heeft, is marktleider in Frankrijk en Italië. In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk neemt zij de vierde plaats in. In 1987 bedroeg haar omzet 3,4 miljard ECU, waarvan 116,5 miljoen ECU voor rekening van verzoekster kwamen. Volgens Vichy wordt de ontwikkeling van de markt gekenmerkt door



een toename van de niet-gespecialiseerde detailhandel ten nadele van de distributie in officina-apotheken. Het marktaandeel van de distributie in officina's blijft weliswaar stabiel voor een aantal artikelen, doch neemt af voor een aantal andere. Dit laatste is met name het geval voor kinderprodukten, démaquillageprodukten en shampoos. In de bestreden beschikking wordt evenwel gezegd, dat het marktaandeel van het farmaceutische circuit op de Duitse markt sneller toeneemt dan de totale markt.

- 64 Het is dus met betrekking tot de aldus afgebakende markt, waarvan de structuur door partijen in onderlinge overeenstemming is gepreciseerd, dat moet worden nagegaan, of de Commissie rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat er sprake is van een merkbare inbreuk op de mededinging, die als zodanig onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kan vallen. In dit voorlopige stadium van het onderzoek van de door verzoekster aangemelde standaardovereenkomst gaat het volgens de bestreden beschikking alleen om het criterium voor opneming in het netwerk dat door de fabrikant voor alle Lid-Staten van de Gemeenschap waar zijn produkten worden gedistribueerd, met uitzondering van Frankrijk, wordt gehanteerd. Volgens de bestreden beschikking moet dit criterium — de hoedanigheid van officina-apotheker — worden gezien als een kwantitatief criterium dat in strijd is met de rechtspraak van het Hof (arrest L'Oréal, reeds aangehaald) en in ieder geval niet onontbeerlijk is voor een passende distributie van de produkten. Mitsdien moet het Gerecht eerst onderzoeken, of het door Vichy gehanteerde erkenningscriterium rechtmatig is, en vervolgens, in voorkomend geval, welke gevolgen het kan hebben voor de mededinging en voor de handel tussen Lid-Staten.

#### De rechtmatigheid van het erkenningscriterium

- 65 Gelijk het Hof in zijn arrest van 25 oktober 1983 (zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, r. o. 33) heeft verklaard, hebben overeenkomsten die een selectief of exclusief distributiestelsel in het leven roepen, in beginsel gevolgen voor de mededinging. Sommige produkten zijn evenwel van dien aard, dat zij niet zonder de tussenkomst van gespecialiseerde distributeurs op nuttige wijze aan het publiek kunnen worden aangeboden. Een systeem van selectieve of exclusieve distributie kan dus een met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verenigbare concurrentiefactor vormen, wanneer vaststaat dat de eigenschappen van de betrokken produkten, voor het behoud van de kwaliteit en ter verzekering van het juiste gebruik ervan,

tot de invoering van een dergelijk systeem dwingen (arrest L'Oréal, reeds aangehaald, r. o. 16) en bij de keuze van de 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 (arrest Metro I, reeds aangehaald, r. o. 20). Ten slotte heeft het Hof in het reeds aangehaalde arrest Binon van 3 juli 1985 geoordeeld, dat „een selectief distributiestelsel voor perspublicaties, dat de handel tussen Lid-Statens ongunstig beïnvloedt, onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag valt, indien de keuze van de wederverkopers bepaald wordt door kwantitatieve criteria”.

- 66 In de andere Lid-Statens dan Frankrijk en Denemarken is de toelating tot het distributienet van Vichy afhankelijk van het bezit van de hoedanigheid van officina-apotheker. Verder blijkt uit de processtukken, dat in zes van die Lid-Statens een numerus clausus geldt voor de toegang tot het beroep van officina-apotheker.
- 67 Het Gerecht is net als de Commissie van mening, dat het er weinig toe doet, of de beperking van het aantal verkooppunten rechtstreeks dan wel indirect uit de organisatie van het door de fabrikant opgebouwde distributienet voortvloeit. Ieder systeem van selectieve of exclusieve distributie heeft uiteraard in beginsel ongunstige gevolgen voor de vrije mededinging (arrest van het Hof in de zaak AEG, reeds aangehaald), doch een criterium voor opnemings in een exclusief of selectief distributienet moet als een kwantitatief criterium in de zin van het reeds aangehaalde arrest Binon worden beschouwd, wanneer het tot doel of ten gevolge heeft, dat het aantal verkooppunten buiten het gewone spel van vraag en aanbod om wordt beperkt. Zodra het aantal verkooppunten immers buiten de gewone werking van de markt om wordt beperkt, moet het door de fabrikant gehanteerde criterium voor opnemings in het distributienet als een kwantitatief criterium worden beschouwd. Het is dienaangaande dus van weinig belang, of de beperking van het aantal distributiepunten het gevolg is van een reeds bestaande regeling dan wel uitsluitend afhankelijk is van de wil van de fabrikant, althans wanneer deze laatste de vastgestelde beperking van het aantal verkooppunten kende.
- 68 In het onderhavige geval kan worden volstaan met de opmerking, dat het criterium voor de erkenning van distributeurs ten gevolge van de nationale regelingen waar-

van de fabrikant niet onkundig kon zijn en die hij integendeel ten volle wilde benutten, noodzakelijkerwijs een kwantitatief karakter krijgt. De officina-apotheken vormen weliswaar een vrij groot aantal potentiële verkooppunten, doch dit doet niets af aan het kwantitatieve karakter van het door Vichy gehanteerde erkenningscriterium. Zoals de Commissie in dupliek terecht heeft opgemerkt, kan een producent die ervoor opteert zijn produkten alleen op de luchthavens te distribueren, niet met succes aanvoeren, dat de beperking van het aantal verkooppunten niet aan hem te wijten is.

69 Daarbij komt, dat zelfs al zou het door Vichy gehanteerde erkenningscriterium als een kwalitatief criterium kunnen worden beschouwd — hetgeen, zoals daarnet is gezegd, volgens het Gerecht niet het geval is —, het voor de opnemng in het distributienet van de Vichy-produkten gestelde vereiste van de hoedanigheid van officina-apotheker in ieder geval in het geheel niet nodig is voor een passende distributie van die produkten. Nu Vichy enerzijds erkent, dat haar produkten niet met geneesmiddelen kunnen worden gelijkgesteld, en anderzijds stelt, dat zij kunnen worden vervangen door analoge produkten, die via een of meer van de drie andere op de cosmeticamarkt aanwezige en hierboven genoemde kanalen worden gedistribueerd, is dat criterium geen noodzakelijk vereiste voor een passende distributie van de betrokken produkten, en staat het niet in verhouding tot het ermee nagestreefde doel. Al is de aanwezigheid op het verkooppunt van een vakman die gespecialiseerd advies kan geven, een gewettigd vereiste, voor zover een specifieke kennis noodzakelijk is om de consument te helpen bij het zoeken naar het produkt dat het best bij zijn smaak en zijn behoeften past, en om hem zo goed mogelijk voor te lichten omtrent het gebruik of bewaring van het produkt, deze adviestaak kan, gelijk de Commissie stelt, met dezelfde waarborgen voor de consument worden vervuld door een op het verkooppunt aanwezige houder van een apothekersdiploma. Vaststaat derhalve, dat gelijk de Commissie stelt, de betrokken produkten niet van dien aard zijn, dat ter bescherming van de consument een zo buitensporig erkenningscriterium als dat van officina-apotheker moet worden gehanteerd.

70 In dit verband zij met de Commissie opgemerkt, dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen cosmetische produkten en geneesmiddelen. Anders dan voor het in de handel brengen van geneesmiddelen zijn voor de distributie van cosmetica niet meer voorzorgsmaatregelen vereist dan die waarin de nationale en communautaire wettelijke regelingen ter zake van de controle op de onschadelijkheid van cosmetische produkten voorzien, en inzonderheid die welke voortvloeien uit richt-

lijn 76/768/EEG van de Raad van 27 juli 1976 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake cosmetische produkten (PB 1976, L 262, blz. 169), zoals gewijzigd. Deze regeling waarborgt, dat te koop aangeboden cosmetische produkten geen gevaar voor de gezondheid van de consumenten opleveren, en dat voor het in de handel brengen ervan geen aanvullende voorzorgsmaatregelen zijn vereist, zoals die welke voor geneesmiddelen bestaan.

- 71 Ten slotte is het zo, dat, gelijk de Commissie in punt 18 van de bestreden beschikking terecht heeft opgemerkt, op het apothekersdiploma wordt verklaard, dat de gediplomeerde over alle, voor het beheren van een officina-apotheek noodzakelijke beroepskennis beschikt op het gebied van farmacologie, biologie, toxicologie en dermatologie. Door voor het adviseren van haar klanten geen genoegen te nemen met deze beroepskwalificatie, voegt verzoekster aan het kwalitatieve criterium van houder van een apothekersdiploma een bijkomend vereiste toe, waardoor zonder enige objectieve grond het aantal verkooppunten wordt beperkt, en de aard van het criterium wordt gewijzigd. Bijgevolg kan het streven van Vichy om haar klanten op dezelfde wijze van advies te dienen als voor het gebruik van geneesmiddelen, niet als een uit de aard van de betrokken produkten voortvloeiende noodzaak worden beschouwd, maar dient het te worden gezien als een handelsstrategie die erop is gericht een „image” te creëren en te behouden, dat van de reputatie van de apotheek profiteert. Verzoekster heeft overigens geen verweer gevoerd tegen het argument van de Commissie, dat de topprodukten van de groep L'Oréal, die een nog vollediger en uitgebreider assortiment dan dat van Vichy biedt, in de luxeparfumeries worden verkocht door verkopers die geen diploma Wetenschappen bezitten, maar de beroepsbevoegdheid van schoonheidsspecialist hebben.
- 72 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie in het kader van het door haar ingestelde voorlopig onderzoek terecht heeft geoordeeld, dat het door Vichy gehanteerde erkenningscriterium een kwantitatief criterium is en niet in verhouding staat tot het ermee nagestreefde doel.
- 73 Gelijk het Hof in genoemd arrest L'Oréal heeft geoordeeld, valt een dergelijk erkenningscriterium derhalve in beginsel onder artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, voor zover de standaardovereenkomst „aan verschillende voorwaarden voldoet, die niet zozeer haar rechtskarakter raken als wel haar invloed op de handel tussen Lid-Staten enerzijds en de mededinging anderzijds”.

## De gevolgen voor de mededinging en de intracommunautaire handel

- 74 Om te kunnen beoordelen, of het door de fabrikant gehanteerde erkenningscriterium eventueel wegens zijn mededingingbeperkende gevolgen onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag valt, moet worden onderzocht, of het de intracommunautaire mededinging voldoende merkbaar verstoort, met andere woorden, moet inzonderheid worden nagaan, of de overeenkomst, „gezien het geheel harer objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid (...) doet verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten (zodanig) kan beïnvloeden”, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen staten daardoor wordt geschaad (zie het reeds aangehaalde arrest van 30 juni 1966).
- 75 Uit het onderzoek van de bij de Commissie aangemelde overeenkomst blijkt, dat het distributienet van Vichy, behalve in Griekenland, berust op negen algemene agenten, die als enigen het recht hebben, de Vichy-produkten te verkopen op het grondgebied van de Lid-Staat waar zij zijn gevestigd. Zeven daarvan zijn voor 100% dochterondernemingen van de groep L'Oréal. De algemene agenten in Spanje en Ierland zijn voor respectievelijk 70% en 50% dochterondernemingen van L'Oréal. De algemene agenten sluiten overeenkomsten met grossiers-verdelers of met detailhandelaars, die officina-apotheker moeten zijn om als distributeur te worden erkend. De officina-apothekers verkopen de in de overeenkomst bedoelde produkten aan de consument. In elke Lid-Staat bestaat het distributienet van Vichy dus uit grossiers-verdelers, die door grossierscontracten („lettres-conventions”) of door de algemene verkoopvoorwaarden zijn gebonden, en uit officina-apothekers, die door individuele contracten of door algemene verkoopvoorwaarden in betrekking staan met een grossier-verdeler of een algemene agent.
- 76 Ingevolge een, naar gelang van het geval, in de individuele distributiecontracten, de grossierscontracten of de algemene verkoopvoorwaarden opgenomen „EEG-beding” is verkoop binnen het distributienet toegestaan, ongeacht of de koper op het grondgebied van de Lid-Staat van vestiging van de verkoper dan wel op het grondgebied van een van de andere Lid-Staten is gevestigd. De verkoop aan tussenpersonen, dat wil zeggen aan anderen dan eindverbruikers, is evenwel verboden wanneer de koper geen deel uitmaakt van het distributienet. Hieruit volgt onder meer, dat, behalve in Frankrijk, een op het grondgebied van een van de betrokken Lid-Staten gevestigde officina-apotheker de in de overeenkomst bedoelde produkten slechts aan een andere officina-apotheker of een consument mag doorverko-

pen. De in strijd met dit verbod verrichte verkoop wordt bestraft met intrekking van de vergunning. Om toezicht te kunnen houden op de naleving van dit beding legt Vichy de wederverkopers de verplichting op, de rekeningen betreffende de verkoop aan tussenpersonen ten minste één jaar te bewaren.

- 77 Het Gerecht is van mening, dat al staat het de fabrikant in beginsel vrij, zich ervan te vergewissen, dat geen produkten worden verkocht aan een wederverkoper die niet deel uitmaakt van het distributienet, het door de fabrikant gehanteerde erkenningscriterium, niettegenstaande het zojuist onderzochte „EEG-beding”, van dien aard is, dat het de intracommunautaire handel ongunstig kan beïnvloeden. Het vereiste van de hoedanigheid van officina-apotheker heeft tot doel en tot gevolg, dat het een op het grondgebied van een van de Lid-Staten gevestigde officina-apotheker verboden is, de in de overeenkomst bedoelde produkten aan anderen dan een officina-apotheker of een consument te verkopen. Welnu, dit verbod beperkt het handelsverkeer tussen de betrokken Lid-Staten door de uitschakeling van de „parallele invoer”, waartoe andere handelaren zouden kunnen overgaan om de vastgestelde prijsverschillen te benutten. Daarbij komt, dat nu de in Frankrijk gevestigde wederverkoper voor de erkenning als distributeur slechts behoeft aan te tonen dat hij door een universitair diploma Wetenschappen bekrachtigde kennis van „kosmetiek, biologie, dermatologie, farmacie” bezit, het in de andere Lid-Staten gehanteerde erkenningscriterium ten gevolge heeft, dat de op het Franse grondgebied gevestigde detailhandelaars slechts produkten afkomstig uit hetzelfde distributiestadium van het officinale circuit van die staten mogen invoeren. Het heeft tevens tot gevolg, dat een erkende wederverkoper die op het grondgebied van een van de andere betrokken Lid-Staten is gevestigd, de in de overeenkomst bedoelde produkten slechts uit Frankrijk kan betrekken van een andere wederverkoper dan een grossier of een officina-apotheker. In die omstandigheden heeft het door Vichy in de andere Lid-Staten dan Frankrijk gehanteerde erkenningscriterium ongunstige gevolgen voor het handelsverkeer tussen staten.
- 78 Het litigieuze erkenningscriterium heeft niet alleen ongunstige gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten, maar is op zich ook mededingingbeperkend. Wegens op de voor de officina-apothekers geldende beroepsregels, is de mededinging, met name die op het gebied van de prijzen, voor produkten die binnen het officinale distributiecircuit worden verkocht, zeer beperkt. Voor die produkten gebeurt de prijsmededinging derhalve voornamelijk in het kader van de concurrentie tussen het officinale distributiecircuit en de overige distributiekkanalen. Zij kan in beginsel

worden gestimuleerd door de tussen de Lid-Staten vastgestelde verschillen in de gemiddelde detailhandelsprijs voor een zelfde produkt. Maar aangezien het door Vichy gehanteerde erkenningscriterium van officina-apotheker tot gevolg heeft, dat concurrentie met andere distributiecircuiten verboden is, en dat binnen het officinale circuit concurrerende contractuele produkten slechts uit Frankrijk mogen worden ingevoerd, belemmert dit criterium de intracommunautaire mededinging.

- 79 Meer nog, gelijk de Commissie stelt, wordt de ongunstige invloed van het door de fabrikant gehanteerde erkenningscriterium op de intracommunautaire mededinging nog versterkt door de omstandigheid, dat de mededinging tussen officina-apothekers onderling onmiskenbaar gering is als gevolg van de numerus clausus en de beroepsregels die in de meeste van de betrokken Lid-Staten voor officina-apothekers gelden. Het Gerecht merkt dienaangaande op, dat volgens de bewoordingen van de bestreden beschikking, die op dit punt niet wordt betwist, de gemiddelde verkoopprijzen die door de algemene agenten of grossiers aan de detailhandelaars in rekening worden gebracht, van de ene tot de andere Lid-Staat tot 30% kunnen verschillen. Hieruit volgt dat, gelijk in punt 19 van de bestreden beschikking terecht wordt gesteld, de feitelijke mededinging tussen het officinale circuit en de andere distributiekanaalen, die in het onderhavige geval de ontwikkeling van de handel tussen Lid-Staten ten zeerste zou kunnen bevorderen door de mededinging tussen de distributiecircuiten — en inzonderheid de mededinging op prijsgebied — voor een zelfde produkt te stimuleren, voldoende merkbaar wordt beperkt in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

- 80 Voorts moet bij de beoordeling van de gevolgen van de litigieuze overeenkomst rekening worden gehouden met de „economische en juridische context” (arrest van het Hof van 28 februari 1991, reeds aangehaald). Uit dit oogpunt bekeken „(kan), wanneer meer dergelijke overeenkomsten zijn aangegaan, zulks te zamen met andere omstandigheden de economisch-juridische samenhang (...) opleveren, waarin de overeenkomst moet worden beoordeeld” (arrest van het Hof van 12 december 1967, reeds aangehaald). Ook al is „de omstandigheid dat de betrokken overeenkomst op deze markt deel uitmaakt van een netwerk van soortgelijke overeenkomsten, die een cumulatief effect hebben op de mededinging, (...) slechts één van de factoren” voor de beoordeling van de werking van de markt (arrest van het Hof van 28 februari 1991, reeds aangehaald), de Commissie heeft in punt 19 van de bestreden beschikking terecht opgemerkt, dat in het onderhavige geval „om te

beoordelen of de beperking van de mededinging en de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten merkbaar zijn, (...) het cumulatieve effect dat voortvloeit uit het bestaan van parallelle systemen van exclusieve distributie in officina-apotheken voor alle in het farmaceutische circuit verkochte cosmeticamerken, in aanmerking (moet) worden genomen. Het marktaandeel van de dermofarmacie bedraagt ongeveer tussen 5 en 40% van de totale cosmeticamarkt. Derhalve kan worden geconstateerd, dat de beperking van de mededinging en de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten merkbaar zijn, ongeacht de omvang van de bewuste markt.”

- 81 Vichy kan zich derhalve niet met succes beroepen op genoemd arrest van 28 februari 1991, waarin het Hof omtrent de „openingsclausule” in een contract betreffende de exclusieve levering van bier heeft verklaard, dat „een bierleveringscontract dat de wederverkoper toestaat, uit andere Lid-Staten afkomstig bier te betrekken, de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kan beïnvloeden indien er voor een nationale of buitenlandse leverancier daarnaast ook een reële mogelijkheid bestaat, uit andere Lid-Staten afkomstig bier aan deze wederverkoper te leveren”. In het onderhavige geval zijn de beperkingen van de handel tussen de Lid-Staten immers het gevolg van het erkenningscriterium zelf, dat het handelsverkeer beknot door, zoals zojuist is aangetoond, zonder rechtmatige gronden bepaalde handelsvormen uit te sluiten.
- 82 In die omstandigheden kan verzoekster, gelet op haar hierboven beschreven marktpositie en op het feit dat zij een zeer compleet assortiment van produkten distribueert, en gelet op de omstandigheid dat de aangemelde standaardovereenkomst betrekking heeft op tien van de twaalf Lid-Staten, niet op goede gronden stellen, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt voldoende merkbaar is verstoord, noch dat de uit verzoeksters distributienet voortvloeiende mededingingsbeperkingen worden gecompenseerd door de concurrentie van de via andere distributiecircuiten verkochte merken, aangezien laatstgenoemde mededinging in de praktijk niet veel voorstelt.
- 83 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie in het kader van haar voorlopig onderzoek terecht heeft geoordeeld, dat het door Vichy in de aangemelde standaardovereenkomst gehanteerde erkenningscriterium, dat naar zijn aard onrechtmatig is en de intracommunautaire mededinging en handel op voldoende merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden, inbreuk maakt op artikel 85, lid 1. Mitsdien moet het derde middel worden afgewezen.



*Het middel inzake de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3**— Argumenten van partijen*

84 Vichy betoogt, dat de Commissie haar in ieder geval ten onrechte vrijstelling als bedoeld in artikel 85, lid 3, heeft geweigerd. Het criterium van officina-apotheker voldoet immers volledig aan de in die bepaling gestelde vereisten, terwijl het standpunt van de Commissie op ondeugdelijke gronden berust en het gehanteerde criterium naar zijn aard onvermijdelijk de mededinging beperkt. Anders dan de Commissie stelt, draagt het door Vichy opgebouwde distributienet bij tot de verbetering van de produktie en de distributie, bevordert het de technische en economische vooruitgang en laat het een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede komen. Al kon de overeenstemming van het distributiesysteem van Vichy met de bepalingen van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag door de Franse nationale rechter worden onderzocht, de toepassing van artikel 85, lid 3, valt onder de exclusieve bevoegdheid van de Commissie. De bestreden beschikking dient derhalve te worden nietigverklaard, nu de Commissie het distributiesysteem niet aan artikel 85, lid 3, heeft getoetst, te meer daar de Commissie zowel om een negatieve verklaring als om een verklaring van niet-toepasselijkheid was verzocht. Ten slotte geeft het argument van de Commissie, dat de officina-apothekers geen enkel speciaal voordeel bieden ten opzichte van de houders van een apothekersdiploma die niet in een officina werkzaam zijn, de discussie een andere wending doordat het deze beperkt tot de kenmerken van één verkooppunt, namelijk de officina.

85 Drie voordelen van het systeem van exclusieve distributie in apotheken dragen bij tot de economische vooruitgang:

*— de waarborg van een assortiment*

Vichy wijst op een tegenstrijdigheid in de redenering van de Commissie, die de nadelen van de officinale distributie aan de fabrikant toeschrijft, doch weigert de voordelen op diens conto te schrijven. Zij betoogt evenwel, dat het van geen belang is, of de uit de keuze van het distributienet voortvloeiende voordelen voor rekening van de producent komen. Er kan worden volstaan met de vaststelling, dat de officinale distributie de consument voordelen biedt die zouden

wegvallen bij de opening van het netwerk voor andere circuits. Verder betoogt verzoekster, zakelijk weergegeven, dat het door haar gekozen distributiesysteem de consument verzekert van een snelle bevoorrading die om redenen van bescherming van de volksgezondheid kenmerkend is voor het farmaceutische distributiesysteem.

— de terugwinning van de investeringen

Overeenkomstig de door het Hof in genoemd arrest van 13 juli 1966 geformuleerde beginselen, staat het aan de Commissie, erop te letten „of (de verschillende factoren) daadwerkelijk tot een objectief constateerbare verbetering van de produktie en de distributie van de produkten bijdragen”. Daaraan is in het onderhavige geval voldaan, daar het belang van de producent bij risicovermindering samenvalt met dat van de consument.

— de medewerking van de apotheker

Het argument dat de Commissie ontleent aan de omstandigheid, dat de produkten eerst in de apotheken en daarna onder andere merken buiten het officinale circuit worden gedistribueerd, gaat niet op, daar het „de algemene verbreiding van het innoverende concept” is die de latere distributie buiten het officinale circuit mogelijk maakt; deze algemene verbreiding heeft evenwel geen ongunstige gevolgen voor het merk zelf.

<sup>86</sup> Volgens verzoekster kan een zelfde produkt niet tegelijkertijd in de apotheken en buiten het officinale circuit worden gedistribueerd. Bovendien is de opvatting van de Commissie, dat de mededinging binnen het officinale circuit noodzakelijkerwijs beperkt is wegens de voor apothekers geldende beroepsregels, bekrompen en uit de tijd. De consument haalt voordeel van de dienst — het verstrekken van raad en uitleg — die de apotheker verleent. Deze dienst gaat verder dan de gewone prijsmededinging, die slechts één aspect van het begrip mededinging is, en wordt niet door prijsverwegingen doorkruist.

87 Volgens de Commissie is het in het kader van de bestreden beschikking niet nodig te onderzoeken, of de uit de beroepskwalificatie van de apotheker voortvloeiende voordelen wel aan de voorwaarden voor een vrijstelling voldoen, daar de beschikking enkel betrekking heeft op de omstandigheid dat verkooppunten waar houders van een apothekersdiploma aanwezig zijn, van het distributienet worden uitgesloten. Daar dergelijke verkooppunten, wat de beroepskwalificatie van de wederverkoper betreft, dezelfde voordelen bieden, kan logischerwijs worden geconcludeerd, dat de officina-apothekers geen bijzonder bijkomend voordeel bieden. De stelling van Vichy, dat de officina-apotheker kwaliteiten heeft die verband houden met zijn ervaring, zijn verplichtingen op het gebied van de deontologie, zijn bekwaamheid om de contacten met zijn klanten een persoonlijke noot te geven, en het terugspelen van de informatie, die een niet in een officina werkzame houder van een apothekersdiploma niet biedt, is een *petitio principii* en berust op geen enkel bewijs.

88 Met betrekking tot de andere door Vichy aangevoerde voordelen van de distributie in officina-apotheken stelt de Commissie vast, dat verzoekster in deze stand van de procedure geen enkel nieuw element toevoegt aan de tijdens de administratieve procedure aangevoerde argumenten. De snelle bevoorrading vloeit niet voort uit het distributiesysteem. Verzoekster kan zich niet uit hoofde van de economische vooruitgang beroepen op het individuele belang van de onderneming bij terugwinning van de gedane investeringen. De openstelling van het distributienet van Vichy voor andere verkooppunten dan officina-apothekers berooft de fabrikant niet van de medewerking van de apothekers bij het op de markt brengen van nieuwe producten. Het argument dat innoverende producten eerst in officina-apotheken worden verkocht, wordt weersproken door het feit dat ze naderhand onder andere merken buiten het officinale circuit worden verkocht. Vichy spreekt zichzelf tegen, waar zij stelt, dat haar producten innoverende cosmetische producten zijn, bij de verkoop waarvan de consument bijzondere voorlichting moet worden gegeven, en tegelijkertijd aanvoert, dat die consument zijn keuze vrij kan bepalen door, zo hij dat wenst, een vergelijkbaar produkt te kopen in een supermarkt.

89 Ten slotte zou de keuze van de consument nog groter zijn als deze hetzelfde produkt in andere distributiecircuit zou kunnen kopen. De consument kan zijn keuze niet met volledige kennis van zaken bepalen wanneer een zelfde produkt hem in elk distributienet onder een ander merk wordt aangeboden. Onder verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest van de Cour d'appel te Parijs van 28 januari 1988 merkt de Commissie op, dat de prijsmededinging noodzakelijkerwijs

wordt beperkt door de beroepsregels die gelden voor de in het officinale circuit werkzame apothekers. Om al die redenen kan, aldus de Commissie, niet worden volgehouden, dat de consument een billijk aandeel in de voordelen van enige technische of economische vooruitgang ontvangt. In feite gebruikt Vichy het betrokken distributiesysteem vooral om haar produkten een bepaald „image” te geven en niet om het belang van de consument te dienen.

— *Beoordeling door het Gerecht*

De bijdrage tot de economische vooruitgang

- 90 Het Gerecht merkt om te beginnen op, dat het Hof in het reeds genoemde arrest van 15 maart 1967 heeft geoordeeld, dat „blijkens genoemd artikel 15, lid 6, de Commissie (...) aan belanghebbenden moet mededelen dat zij van oordeel is dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is” en „dat waar aan de Commissie ten deze een zekere vrijheid van oordelen toekomt, zij te meer verplicht zal zijn om in het raam der toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening (nr. 17) tot bepaalde beslissingen te komen, alvorens te kunnen verklaren dat de toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is”.
- 91 Het Gerecht moet derhalve achtereenvolgens ingaan op de drie argumenten die Vichy heeft aangevoerd tot staving van haar stelling dat de exclusieve distributie in apotheken bijdraagt tot de economische vooruitgang. Volgens verzoekster garandeert het gekozen distributiesysteem een assortiment, de rentabiliteit van de investering en de medewerking van de apotheker.
- 92 De garantie van een assortiment is inderdaad een element dat onder omstandigheden bij de beoordeling van een distributiesysteem kan meewegen. In de zaak die tot het reeds genoemde arrest Metro I heeft geleid, bevatte de tussen de producent en de grossiers-verdelers gesloten samenwerkingsovereenkomst voor de laatste de verplichting om ten minste zes maanden van tevoren leverantieovereenkomsten te sluiten waarbij rekening wordt gehouden met de vermoedelijke evolutie van de

markt. In genoemd arrest overweegt het Hof, dat „de sluiting van leverantieovereenkomsten voor een periode van zes maanden, rekening houdende met de vermoedelijke groei van de markt, het mogelijk moet maken een zekere stabiliteit te bereiken bij de levering van de betrokken produkten (...) met als gevolg dat beter tegemoet kan worden gekomen aan de behoeften van degenen die hun produkten betrekken van de groothandelaar” en dat „aldus meer regelmaat bij de verkoop wordt verzekerd, die zowel ten goede komt aan de fabrikant (...) als aan de groothandelaar (...) en ten slotte aan de bedrijven (...)” (r. o. 43).

93 Zelfs indien men aanneemt, dat de voor de distributie van farmaceutische produkten geldende bevoorradingswaarborgen, in elk der betrokken Lid-Staten tevens op de distributie in officina-apotheken van andere dan farmaceutische produkten kunnen worden toegepast, volgt in het onderhavige geval uit verzoeksters betoog geenszins, dat het niet mogelijk is, in om het even welk ander distributiecircuit dan het officinale de consument door een passend voorraadbeheer van een gelijkwaardige assortimentsgarantie te bieden als die welke hij in het officinale circuit krijgt. Dienaangaande stelt het Gerecht vast, dat gelijk in punt 25 van de bestreden beschikking terecht is opgemerkt, de verplichting om het volledige assortiment te bieden, geen voorwaarde voor erkenning is en zelfs niet in de algemene verkoopvoorwaarden voorkomt. In die omstandigheden kan verzoekster niet volhouden, dat er een causaal verband bestaat tussen het gehanteerde toelatingscriterium en de gestelde bijdrage tot de economische vooruitgang. In dat verband wordt in de bestreden beschikking ook terecht gezegd, dat in de andere distributienetten dan het officinale circuit gelijkwaardige voordelen uit contractuele verplichtingen kunnen voortvloeien.

94 Ook de rentabiliteit van de door de fabrikant voor de lancering van een nieuw produkt of assortiment van nieuwe produkten gedane investering kan onder omstandigheden als een bijdrage tot de economische vooruitgang worden beschouwd. Hoewel de Commissie heeft gesteld dat dit niet het geval is, komt dit toch tot uiting in haar praktijk (zie bij voorbeeld de beschikking van de Commissie van 12 januari 1990, IV32.006-Alcatel Espace ANT/Nachrichtentechniek, PB 1990, L 32, blz. 19), waarin de Commissie uitdrukkelijk rekening houdt met de optimalisering van de investeringen om ontheffing te verlenen voor een overeenkomst inzake onderzoek en ontwikkeling op het gebied van de technieken voor communicatie via de ruimte). In het onderhavige geval heeft verzoekster evenwel geen enkel element aangevoerd waaruit blijkt dat de rentabiliteit van de voor de lancering van een nieuw produkt of assortiment produkten benodigde investering in het

officinale circuit hoger is dan zij in een ander distributiekanaal zou kunnen zijn. Bovendien wordt in punt 26 van de bestreden beschikking terecht beklemtoond, dat het openstellen van het distributienet voor gewone houders van een apothekersdiploma geenszins inhoudt dat Vichy het voor de lancering van innoverende produkten zonder de medewerking van een apotheker moet stellen.

- 95 Het derde en laatste argument van verzoekster, namelijk dat de medewerking van officina-apothekers voor haar van het grootste belang is voor de verbetering van haar produkten, is irrelevant, daar niet is aangetoond, dat die medewerking wezenlijk verschilt van die welke een houder van een apothekersdiploma zonder officina zou kunnen verstrekken. Voorts wordt in punt 27 van de bestreden beschikking terecht opgemerkt, dat dit argument wordt weersproken door het feit, dat de produkten later buiten het officinale circuit onder andere merken worden verkocht. Zoals gezegd, vloeit deze situatie eerder voort uit het streven van de fabrikant om voor zijn produkten een duurzaam „image” van apotheekprodukt op te bouwen dan uit de inspanningen om een latere afzet van de produkten buiten het officinale circuit voor te bereiden. In Frankrijk heeft het opgeven van het omstreden erkenningscriterium er overigens toe geleid, dat in de distributiecontracten een zogenoemde „merkmilieuclausule” wordt opgenomen, waarbij de distributeur op straffe van intrekking van de erkenning wordt verplicht, de produkten te midden van ten minste vijf merken met een vergelijkbaar „image” aan te bieden.
- 96 Meer in het algemeen merkt het Gerecht op, dat, gelijk overigens ook door de Commissie is beklemtoond, uit het onderzoek van de laatste twee argumenten van verzoekster blijkt, dat de strekking van de stelling van Vichy moet worden gerelativeerd. Opgemerkt zij immers, dat de Commissie verzoekster niet het recht ontzegt, haar produkten te distribueren via verkooppunten waar houders van een apothekersdiploma aanwezig zijn. De discussie moet derhalve worden beperkt tot de voordelen die de distributie in het officinale circuit biedt ten opzichte van distributie via een commercieel kanaal waar de klanten advies kunnen krijgen van een houder van een apothekersdiploma. Uit dit oogpunt lijkt eigenlijk alleen het eerste door verzoekster aangevoerde punt betrekking te hebben op het officinale distributienet.

Het aan de consument toekomende billijke aandeel in de voordelen

- 97 Volgens verzoekster onderscheidt de officina-apotheker zich van de houder van een apothekersdiploma die buiten een officina werkzaam is, door zijn beroepservaring, zijn deontologische verplichtingen en zijn persoonlijk contact met de klanten, en dragen deze elementen bij tot een verbetering van de kwaliteit van de aan de consument verleende dienst.
- 98 Het Gerecht wijst erop, dat, zoals hierboven reeds is gezegd, de discussie moet worden beperkt tot de aan de consument toevloeiende voordelen die rechtstreeks en specifiek uit het officinale distributienet voortvloeien. Verzoekster heeft evenwel niet aangetoond, dat het verstrekken van raad en uitleg specifiek is voor de distributie in officina's en dat een buiten dit distributiecircuit werkzame houder van een apothekersdiploma de klanten geen gelijkwaardige dienst kan verlenen. Verzoekster heeft derhalve niet aangetoond, dat de openstelling van haar distributienet voor wederverkopers die, hoewel geen officina-apothekers, toch een apothekersdiploma hebben, het niet mogelijk maakt, innoverende produkten op de markt te brengen of hun „image” te ontwikkelen. Vichy heeft evenmin bewezen, dat houders van een apothekersdiploma, die in een commercieel netwerk en niet in een officina werkzaam zijn, geen gelijkwaardige beroepservaring kunnen hebben of geen persoonlijke relatie met hun klanten kunnen opbouwen. Bovendien moet het argument van de voor de officina-apothekers geldende beroepsregels hoe dan ook worden verworpen, daar de eigenschappen van de betrokken produkten geenszins vereisen dat deze met inachtneming van bijzondere beroepsregels in de handel worden gebracht, voor zover mag worden aangenomen, dat de voor officina-apothekers geldende beroepsregels strenger zijn dan die welke voor houders van een apothekersdiploma gelden. Daarbij komt dat, gelijk in de bestreden beschikking terecht wordt gezegd, verzoekster niet kan volhouden, dat een distributiesysteem dat de distributie buiten de officina toestaat van produkten die vergelijkbaar zijn met en als vervanging kunnen dienen voor in officina-apotheken onder andere merken gedistribueerde produkten en de consument aldus de mogelijkheid ontnaemt om met kennis van zaken een keuze te maken, de consument een billijk aandeel in de voordelen doet toevloeien. Gelijk in punt 29 van de bestreden beschikking terecht wordt opgemerkt, verliest verzoekster geen van de gestelde voordelen wanneer zij haar distributienet openstelt voor houders van een apothekersdiploma die geen officina houden.

99 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie in het kader van haar voorlopig onderzoek haar oordeel dat toepassing van artikel 85, lid 3, in het onderhavige geval niet gerechtvaardigd was, niet op materieel onjuiste feiten heeft gebaseerd, geen dwaling in rechte heeft begaan en geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Mitsdien moet het vierde middel uit het verzoekschrift worden afgewezen.

*Het middel inzake de niet-toepasselijkheid van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17*

— *Argumenten van partijen*

100 Vichy betoogt, dat de Commissie artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 heeft geschonden, doordat de buitengewone omstandigheden die volgens de rechtspraak van het Hof voor de toepassing van deze bepalingen zijn vereist, in het onderhavige geval niet aanwezig zijn. Volgens verzoekster gaat het om drie omstandigheden: een ernstige en kennelijke inbreuk, kwade trouw van de vervolgde onderneming en urgentie.

101 In repliek heeft Vichy toegegeven, dat de laatste twee omstandigheden niet echt onontbeerlijk zijn voor de toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17. Met haar beroep op urgentie en kwade trouw wou verzoekster slechts de aandacht vestigen op feitelijke omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden, te weten de houding van de Commissie, die enerzijds lijkt aan te nemen dat verzoekster niet te goeder trouw is, en anderzijds een voorlopige beschikking heeft gegeven, hoewel zij sinds augustus 1989 over alle gegevens beschikte om het door Vichy aangemelde distributiesysteem volledig en ten gronde te onderzoeken.

102 Met betrekking tot het vereiste van een ernstige en kennelijke inbreuk heeft het Hof in genoemd arrest van 15 maart 1967 geoordeeld, dat de in artikel 15, lid 6, bedoelde beschikkingen het Verdrag schenden „buiten de gevallen waarin de daarvoor gestelde voorwaarden klaarblijkelijk zijn vervuld”. De bestreden beschikking



voldoet evenwel geenszins aan die vereisten van de rechtspraak: de door de Commissie ter rechtvaardiging van de toepassing van artikel 15, lid 6, aangevoerde gronden zijn niet ter zake dienend, aangezien niet is vastgesteld, dat de mededinging ongunstig is beïnvloed op een tevoren afgebakende relevante markt. Door haar onderzoek te beperken tot het voor de erkenning als distributeur geldende vereiste van de hoedanigheid van officina-apotheker en de overige toepassingsbepalingen van de distributieovereenkomst van Vichy buiten beschouwing te laten, heeft de Commissie de beginselen van rechtszekerheid en evenredigheid geschonden en haar beschikking niet voldoende met redenen omkleed.

- 103 Volgens Vichy is geen enkele van de door de Commissie voor haar beschikking aangevoerde rechtvaardigingsgronden steekhoudend. Noch de verwijzingen van de Commissie naar de nationale rechtspraak, de door Cosimex ingediende klacht en haar beschikking van 14 december 1989 (IV32.202 — Algemene Farmaceutische Bond „APB”, PB 1990, L 18, blz. 35), noch het naast elkaar bestaan van twee verschillende distributiesystemen op de gemeenschappelijke markt kunnen de bestreden beschikking rechtvaardigen. Het reeds aangehaalde arrest van de Cour d'appel te Parijs verplichtte Vichy niet haar distributiesysteem in de andere Lid-Staten dan Frankrijk te wijzigen, zodat dit precedent niet steekhoudend is. Ook de klacht van Cosimex is geen voldoende grond om te concluderen, dat het om een ernstige en kennelijke inbreuk gaat. Deze klacht is namelijk niet afkomstig van een distributeur die van het distributienet is uitgesloten. Ten slotte beroept de Commissie zich ten onrechte op genoemde beschikking in de zaak APB van 14 december 1989. Die beschikking heeft immers niet de strekking die de Commissie eraan wil toekennen. In die beschikking, waarin het ging om contracten betreffende de verkoop in België van parafarmaceutische produkten in apotheken, heeft de Commissie erkend, dat de fabrikanten vrijelijk kunnen bepalen, op welke wijze zij hun produkten in de handel brengen. Die beschikking doet geen afbreuk aan de vrijheid van de producent om zijn produkten selectief in apotheken te distribueren. Er wordt geen enkel oordeel uitgesproken over een door de producent ingevoerd distributiesysteem. De Commissie onderzoekt daarin overigens alleen de concurrentie tussen de merken binnen hetzelfde distributiesysteem, terwijl met betrekking tot de cosmetische produkten rekening moet worden gehouden met de felle concurrentie tussen de verschillende vormen van distributie.

- 104 Vichy wijst erop, dat het niet door haar toedoen is, dat er in de gemeenschappelijke markt twee distributiesystemen naast elkaar bestaan; dit is het gevolg van het Franse recht, met name van het bevel van de „Conseil de la concurrence” om het distributiesysteem op de Franse markt te wijzigen. Vichy heeft de nodige maatre-

gelen getroffen om het vrije verkeer van de produkten binnen de gemeenschappelijke markt te verzekeren. De Commissie verstrekt geen feitelijke grondslag voor haar stelling, dat wederverkopers buiten het officinale netwerk beter in staat zijn om prijsconcurrentie te voeren dan apothekers. Bovendien is dit middel niet als zodanig in de mededeling van de punten van bezwaar geformuleerd. Alleen al om die reden moet de bestreden beschikking worden nietigverklaard.

105 Volgens de Commissie is Vichy ten onrechte van mening, dat artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 slechts van toepassing is indien aan de volgende vier voorwaarden is voldaan: de inbreuk moet overduidelijk zijn, zij moet ernstig zijn, de onderneming moet te kwader trouw zijn en de voorgenomen maatregel moet dwingend noodzakelijk zijn. Die laatste twee elementen werden nooit als voorafgaande voorwaarde voor de toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 vereist. De enige twee voor die toepassing noodzakelijke voorwaarden zijn volgens het reeds aangehaalde arrest van het Hof van 15 maart 1967, het overduidelijke karakter en de ernst van de inbreuk.

106 De Commissie verwijst tot staving van de gegrondheid van de bestreden beschikking naar de door haar genoemde precedents en naar het feit, dat verzoekster geen rechtvaardiging heeft gegeven voor het naast elkaar bestaan van twee verschillende distributiesystemen binnen de gemeenschappelijke markt. De Commissie is van mening, dat zij haar beschikking ter zake van die twee voorwaarden voldoende met redenen heeft omkleed: gelet op de aangevoerde gegevens, vormt de handhaving in tien Lid-Staten van een systeem van exclusieve distributie in apotheken een ernstige en overduidelijke inbreuk. Zij heeft deze gegevens niet afzonderlijk in aanmerking genomen, maar als een samenstel van elementen waaruit het ernstige en overduidelijke karakter van de inbreuk blijkt.

107 Uit het feit dat de Franse Conseil de la concurrence, vervolgens de Cour d'appel te Parijs en daarna de Franse Cour de cassation hebben geoordeeld, dat het voor cosmetische produkten gehanteerde systeem van exclusieve distributie in apothe-

ken niet alleen in strijd is met de nationale mededingingsvoorschriften, maar ook met artikel 85 EEG-Verdrag, mocht zij concluderen, dat de handhaving van een dergelijk systeem in de rest van de Gemeenschap een overduidelijke inbreuk oplevert.

108 Verder is de door Cosimex ingediende klacht terecht in aanmerking genomen, want uit die klacht blijkt, dat de inbreuk niet zuiver theoretisch is. Te zamen met de andere in aanmerking genomen gegevens levert deze klacht het bewijs, dat het om een ernstige en overduidelijke inbreuk gaat.

109 Verder betoogt de Commissie, dat zij met haar genoemde beschikking in de zaak APB duidelijk heeft aangegeven, dat de aan de fabrikant opgelegde verplichting om het betrokken produkt niet langs andere distributiekkanalen dan dat van de officina-apotheken te verkopen, haars inziens de mededinging beperkte en de consument de mogelijkheid ontnam om tussen de verschillende distributienetten te kiezen, zonder dat deze daardoor een betere distributie kreeg. Dat in de APB-beschikking de aangemelde overeenkomst de fabrikant verplichtte, zijn produkten niet buiten het officinale circuit te distribueren, terwijl het in het geval van Vichy de fabrikant zelf is, die ervoor opteert zijn produkten niet buiten dit circuit te distribueren, brengt geen aanmerkelijke wijziging in de beoordeling ten aanzien van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, aangezien het gevolg voor de mededinging in beide gevallen gelijk is.

110 Ten slotte is de Commissie van mening, dat zij terecht heeft aangevoerd dat het naast elkaar bestaan van twee verschillende distributiesystemen in de gemeenschappelijke markt tot afscherming en opdeling van de markt leidt en derhalve in strijd is met de doelstellingen van het Verdrag. Het argument, dat dit punt van bezwaar niet aan verzoekster is meegedeeld, mist feitelijke grondslag, zoals uit punt 85 van de mededeling van de punten van bezwaar blijkt. De Commissie kan ook niet worden verweten, dat zij in haar verweerschrift een nieuw idee met betrekking tot de afscherming en de opdeling van de markt heeft geopperd, daar in punt 32 van de bestreden beschikking wordt gezegd: „Vichy heeft geen (...) argumenten aangevoerd om in het licht van artikel 85 het naast elkaar bestaan van twee verschillende distributiesystemen binnen de gemeenschappelijke markt te rechtvaardigen”.

— *Beoordeling door het Gerecht*

- 111 Het Gerecht merkt om te beginnen op, dat het Hof in genoemd arrest van 15 maart 1967 heeft geoordeeld, dat bij de toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 „in feite de vraag moet worden beantwoord, of men duidelijk met een zo zware schending van het verbod van artikel 85, lid 1, heeft te doen dat een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, uitgesloten moet worden geacht”. Derhalve moet worden nagegaan, of de schending van artikel 85, lid 1, die de Commissie heeft vastgesteld in het kader van het voorlopig onderzoek voorafgaand aan de krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 gegeven beschikking die hier in geding is, een duidelijke en zware schending in de zin van die rechtspraak oplevert.
- 112 Voor haar conclusie, dat het om een dergelijke schending gaat, beroept de Commissie zich met name op drie precedënten en op de compartimentering van de gemeenschappelijke markt als gevolg van de invoering van twee verschillende distributiesystemen.

## De genoemde precedënten

- 113 In de bestreden beschikking beroept de Commissie zich op drie elementen: de door Cosimex ingediende klacht; haar eigen beschikking inzake de Belgische Pharmaceutische Bond (APB), reeds aangehaald, en de oplossingen naar Frans recht. Tijdens de schriftelijke behandeling heeft zij gepreciseerd, dat zij die drie elementen niet elk afzonderlijk maar als een geheel aanvoerde.
- 114 Met betrekking tot de klacht die Cosimex in 1988 bij de Commissie heeft ingediend omdat haar de toegang tot het distributienet van Vichy was geweigerd, en waarvan Vichy eind 1988 kennis heeft gekregen, moet worden opgemerkt, dat verzoekster terecht stelt, dat dit geen omstandigheid is waaruit met voldoende zekerheid kan worden geconcludeerd dat haar distributiesysteem in strijd is met het Verdrag. Het Gerecht is evenwel van mening, dat deze klacht aantoonde, dat ten minste één handelaar van het distributiesysteem van Vichy is uitgesloten op grond dat hij geen officina-apotheker was, zoals voor de erkenning wordt geëist. Dat de Commissie vóór de bestreden beschikking heeft beslist, die klacht ter zijde te leggen, neemt niet weg, dat uit die klacht blijkt, dat het door Vichy ingestelde distri-

butiesysteem de mededinging niet alleen in theorie ongunstig beïnvloedt, en dat de Commissie daarmee dus wel degelijk rekening mocht houden bij haar voorlopige beoordeling in de bestreden beschikking.

- 114 Verder is het Gerecht van mening, dat de Commissie de beschikking die op 14 december 1989, krachtens artikel 85, lid 3, in de zaak APB is gegeven, in aanmerking mocht nemen om uit te maken, of er van een ernstige en duidelijke inbreuk sprake was, ook al zijn de feitelijke omstandigheden niet volstrekt gelijk aan die van de onderhavige zaak, aangezien die beschikking betrekking heeft op de distributie van parafarmaceutische producten via officina-apothekers. In de punten 28 en 29 van die beschikking heeft de Commissie vastgesteld, dat op de Belgische markt van parafarmaceutische producten de exclusieve verkoop in de apotheek de mededinging tussen officina-apothekers en andere distributiecircuiten beperkte en eraan in de weg stond, dat de aangemelde versie van de overeenkomst in aanmerking kwam voor een verklaring krachtens artikel 85, lid 3, dat artikel 85, lid 1, niet van toepassing was. In de beschikking werd er namelijk op gewezen, dat het aangemelde distributiesysteem de consument de mogelijkheid ontnam, tussen de verschillende verkoopkanalen te kiezen. Bovendien had de Commissie, die rekening moet houden met alle gegevens die op het moment van haar beschikking krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 bekend zijn, het volste recht naar die beschikking in de zaak APB te verwijzen, ook al is die pas gegeven nadat Vichy de standaardovereenkomst had aangemeld. Mitsdien mocht de Commissie zich in het kader van haar voorlopig onderzoek op die beschikking baseren om uit te maken, of de vastgestelde inbreuk ernstig en duidelijk was.

- 115 Met betrekking tot het argument inzake de oplossingen naar Frans recht, stelt het Gerecht vast, dat de door Vichy verrichte aanmelding, die berust op het onderscheid tussen een in Frankrijk geldend distributiesysteem en een in alle andere Lid-Staten geldend distributiesysteem, inderdaad dateert van na het arrest van de Franse Cour de cassation van 25 april 1989 houdende verwerping van het cassatieberoep tegen het reeds genoemde arrest van de Cour d'appel te Parijs van 28 januari 1988, waarbij het beroep tegen het reeds genoemde besluit van de Conseil de la concurrence van 9 juni 1987 was verworpen. Bij deze drie beslissingen, die tus-

sen juni 1987 en april 1989 zijn genomen, is telkens vastgesteld, dat het uitsluitend in officina-apotheken verkopen van bepaalde cosmetische produkten, waaronder die van verzoekster, in strijd is met zowel artikel 7 van de Franse verordening van 1 december 1986 betreffende de prijsvrijheid en vrije mededinging, als met artikel 85 EEG-Verdrag. Het Gerecht merkt dienaangaande op, dat de Conseil de la concurrence verzoekster bij genoemd besluit van 9 juni 1987 heeft gelast, in haar distributieovereenkomsten de clausule te schrappen die het wederverkopers verbiedt, produkten aan een andere wederverkoper te verkopen, en de erkenning van haar distributeurs niet meer afhankelijk te stellen van de hoedanigheid van officina-apotheker.

117 Gelijk Vichy stelt, legden het besluit van de Conseil de la concurrence en de arresten van de Cour d'appel te Parijs en de Cour de cassation verzoekster alleen de verplichting op, haar distributieovereenkomst voor Frankrijk te wijzigen, hetgeen zij heeft gedaan. Gezien de gelijkenis van de door de gemeenschapsinstellingen en de bevoegde Franse autoriteiten toegepaste bepalingen inzake de wettigheid van systemen van exclusieve of selectieve distributie, mocht verzoekster bij de aanmelding van de voor de andere Lid-Staten dan Frankrijk geldende standaardovereenkomst evenwel redelijkerwijs verwachten, dat het aangemelde stelsel in strijd met artikel 85 kon worden verklaard voor zover het betrekking had op de andere Lid-Staten dan Frankrijk.

118 Voorts blijkt uit de stukken, dat verzoekster des te beter wist dat de bij de Commissie aangemelde standaardovereenkomsten betreffende de andere Lid-Staten dan Frankrijk naar alle waarschijnlijkheid in strijd met artikel 85 EEG-Verdrag zouden worden verklaard, daar, anders dan het bevel inzake het erkenningscriterium voor distributeurs, het bevel van de Conseil de la concurrence betreffende de afschaffing van het verbod van wederverkoop gold voor alle aangemelde overeenkomsten, zowel voor de in Frankrijk als voor de in de andere Lid-Staten toepasselijke overeenkomsten. Het Gerecht concludeert hieruit, dat het tweede bevel van de Conseil de la concurrence met opzet en volledige kennis van zaken alleen voor de in Frankrijk geldende distributieovereenkomsten is gevolgd. Bijgevolg heeft de Commissie geen enkele juridische fout en evenmin een beoordelingsfout gemaakt door in het kader van haar voorlopig onderzoek oplossingen naar Frans recht in aanmerking te nemen bij de beoordeling van het ernstige en duidelijke karakter van de vastgestelde inbreuk.

## De compartimentering van de markt

- 119 De Commissie verwijt Vichy, zakelijk weergegeven, dat deze, door twee verschillende distributiesystemen voor de gemeenschappelijke markt aan te melden heeft bijgedragen tot de compartimentering van de markt. In punt 32 van de bestreden beschikking wordt opgemerkt, dat Vichy, na zich voor Frankrijk naar het gemeenschapsrecht te hebben geschikt, voor de andere Lid-Staten dan Frankrijk een systeem van exclusieve distributie in apotheken heeft aangemeld, zonder het naast elkaar bestaan van twee verschillende distributiesystemen uit het oogpunt van artikel 85 te rechtvaardigen. In de bestreden beschikking wordt hieruit geconcludeerd, dat „de handhaving van de exclusieve distributie in apotheken voor tien Lid-Staten een ernstige en duidelijke inbreuk op artikel 85 vormt”. Dit punt van bezwaar wordt door verzoekster zowel om processuele redenen als ten gronde betwist.
- 120 Verzoekster stelt, dat de beschikking op processuele gronden moet worden nietig-verklaard, daar dit in de considerans van de beschikking genoemde punt van bezwaar haar niet was meegedeeld. De Commissie betwist dit laatste en beroept zich dienaangaande op punt 85 van de mededeling van de punten van bezwaar, waarin staat te lezen: „De inbreuk op artikel 85, lid 1, is ruim dertig jaar geleden begonnen met de invoering in Frankrijk van het systeem van exclusieve distributie in officina-apotheken. In de jaren zeventig is het systeem uitgebreid tot de overige Lid-Staten (met uitzondering van Denemarken). Het systeem is aangemeld in 1985 (voor Frankrijk) en in 1989. De in 1988 voor Frankrijk aangebrachte wijziging is niet tot de andere Lid-Staten uitgebreid. In die omstandigheden is een mededeling van de Commissie in de zin van artikel 15, lid 6, vereist.”
- 121 Het Gerecht wijst erop, dat volgens de rechtspraak van het Hof (zie het arrest van het Hof van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 tot en met 215/78 en 218/78, Van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125, en het arrest van 7 juni 1983, reeds aangehaald), voor de rechtmatigheid van de aan de onderneming gedane mededeling van punten van bezwaar slechts vereist is, dat (de Commissie), desnoods beknopt doch duidelijk, de belangrijkste feiten vermeldt waarop zij zich beroept, mits zij de onderneming in de loop van de administratieve procedure de voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens verstrekt. Bijgevolg kan geen enkele sanctie wettelijk worden opgelegd op basis van een bezwaar dat de betrokken onderneming niet is meegedeeld, en met betrekking tot hetwelk deze niet in staat is geweest haar standpunt ter zake van de toedracht van de door de Commissie in aanmerking genomen feiten of stukken dan wel de conclusies die deze laat-

ste daaraan verbindt, tijdig kenbaar te maken (zie het arrest van het Hof van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461). De in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, bedoelde mededelingen kunnen, gelet op de gevolgen die eraan zijn verbonden, slechts rechtmatig worden gedaan voor zover de betrokken onderneming overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en de in het onderhavige geval vastgestelde praktijk van de Commissie in staat is gesteld, haar standpunt ter zake van de door de Commissie tegen haar geformuleerde punten van bezwaar kenbaar te maken. Ook al zijn de feiten en stukken waarop de Commissie zich baseert, de onderneming bekend, daar deze ze vooraf bij de Commissie heeft aangemeld, toch eist de eerbiediging van het recht van verweer, dat de Commissie vóór het verrichten van een mededeling als bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 de onderneming op de hoogte brengt van de conclusies die zij uit de door de onderneming verrichte aanmelding denkt te trekken en van de redenering die aan die conclusies ten grondslag ligt.

- 122 Verzoekster stelt in dit middel onder meer, dat artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 niet van toepassing is wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften. Om op dit onderdeel van het middel te antwoorden moet worden onderzocht, of de zojuist uiteengezette beginselen, met name ter zake van de grief inzake de compartimentering van de markt, door de Commissie nauwgezet in acht zijn genomen. Volgens het Gerecht blijkt bij lezing van punt 85 van de mededeling van de punten van bezwaar, dat de formulering van punt 32 van de bestreden beschikking niet wezenlijk verschilt van de in de mededeling van de punten van bezwaar vervatte formulering van het bezwaar. Mitsdien kan verzoekster niet op goede gronden stellen, dat zij niet de gelegenheid heeft gehad haar standpunt ter zake van de aan de beschikking van de Commissie ten grondslag liggende redenering kenbaar te maken. Dit onderdeel van het middel moet derhalve worden afgewezen.

- 123 Met betrekking tot de gegrondheid van het door de Commissie aangevoerde middel merkt het Gerecht op, dat de Franse Cour de cassation, door het cassatieberoep tegen het reeds aangehaalde arrest van de Cour d'appel te Parijs van 28 januari 1988 te verwerpen, zich, wat Frankrijk betreft, duidelijk op het standpunt heeft gesteld, dat, gelijk de Conseil de la concurrence overigens aanvankelijk had beslist, Vichy's overeenkomst inzake exclusieve distributie in apotheken onder meer in strijd was met artikel 85 EEG-Verdrag. Verder wijst het erop, dat verzoekster niettemin voor tien Lid-Staten een standaardovereenkomst bij de Commissie heeft aangemeld, waarvan de bepalingen inzake het erkenningscriterium voor distributeurs identiek waren aan die waarop genoemde besluiten en arresten van de Franse autoriteiten betrekking hadden. Verzoekster mocht derhalve redelijk-



kerwijs verwachten, dat de Commissie met betrekking tot de aangemelde standaardovereenkomst dezelfde houding zou aannemen als de Franse autoriteiten en rechterlijke instanties. Verzoekster kon er immers niet aan voorbijgaan, dat de oplossing van de Franse autoriteiten en rechterlijke instanties, die uitdrukkelijk naar het communautaire mededingingsrecht hebben verwezen en hebben geoordeeld, dat de gestelde vraag zo duidelijk was dat er geen grond was voor een prejudiciële verwijzing krachtens artikel 177 EEG-Verdrag — dat althans de Cour de cassation onder de in het arrest van het Hof van 6 oktober 1982 (zaak 283/81, CILFIT, Jurispr. 1982, blz. 3415), omschreven voorwaarden tot die verwijzing verplicht —, in overeenstemming was met de rechtspraak van het Hof op het gebied van exclusieve of selectieve distributie. Deze in punt 18 van de bestreden beschikking genoemde en in dit arrest gepreciseerde rechtspraak, die bijzonder overvloedig is voor de sector van de distributie van cosmetische produkten, is een integrerend deel van het gemeenschapsrecht en wordt derhalve geacht bekend te zijn, inzonderheid aan een handelaar die in elf van de twaalf Lid-Staten in die sector werkzaam is en behoort tot een groep die een sterke positie op de betrokken markt inneemt. Vichy wist dus wel degelijk, dat het bij de Commissie aangemelde distributiesysteem, dat voorzag in een kwantitatief erkenningscriterium dat niet in verhouding stond tot het ermee nagestreefde doel, duidelijk in strijd was met artikel 85.

124 In het onderhavige geding, dat betrekking heeft op de voorlopige beoordeling van de in de andere Lid-Staten dan Frankrijk geldende en op 29 augustus 1989 bij de Commissie aangemelde standaardovereenkomst, kan Vichy zich ten slotte niet beroepen op de een of andere schending van het gewettigd vertrouwen voortvloeiend uit het stilzwijgen van de Commissie na de aanmelding van de uitsluitend voor Frankrijk geldende standaarddistributieovereenkomst in 1985, daar de Commissie geen enkel gevolg heeft gegeven aan het oorspronkelijk verzoek om een negatieve verklaring of een verklaring van niet-toepassing, en tussen 1985 en 1989 de Conseil de la concurrence, de Cour d'appel te Parijs en de Franse Cour de cassation een uitspraak hebben gedaan, die de geldigheid van het aanvankelijk door Vichy bij de Commissie aangemelde distributiesysteem voor Frankrijk weer op losse schroeven zette.

125 Bijgevolg is genoegzaam aangetoond, dat verzoekster de standaardovereenkomst die tot de bestreden beschikking heeft geleid, met volledige kennis van zaken heeft

aangemeld. Al is geen enkele overweging van de bestreden beschikking op zich genomen voldoende om het ernstige en duidelijke karakter van de inbreuk van artikel 85 aan te tonen en toepassing op artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 te rechtvaardigen, toch komt dit karakter voldoende naar voren uit de combinatie van die overwegingen.

- 126 Blijkens het voorgaande heeft de Commissie bij de beoordeling die zij in het kader van het voorlopig onderzoek op basis van de uitgewisselde argumenten en van de in haar bezit zijnde gegevens heeft verricht, gelet op de overwegingen van de bestreden beschikking waarbij een inbreuk op artikel 85, lid 1, wordt vastgesteld en vrijstelling als bedoeld in artikel 85, lid 3, wordt geweigerd, en op de overwegingen van die beschikking die specifiek betrekking hebben op het gebruik van de procedure van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, zich niet op materieel onjuiste feiten gebaseerd en geen enkele juridische fout en beoordelingsfout gemaakt door te oordelen, dat in de omstandigheden van het onderhavige geval de inbreuk op artikel 85, lid 1, zo ernstig en duidelijk was, dat vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, uitgesloten en een beschikking als bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 derhalve gerechtvaardigd leek.
- 127 Mitsdien moet het vijfde middel, als zou de schending van artikel 85 niet ernstig en duidelijk zijn, worden afgewezen.

- 128 Uit het voorgaande volgt, dat het beroep moet worden verworpen.

## Kosten

- 129 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd; daar verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen.

### HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verwijst verzoekster in de kosten van het geding.

Cruz Vilaça

Barrington

Saggio

Briët

Biancarelli

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 februari 1992.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça