

den anmeldte aftale, og den berørte virksomhed af såvel Kommissionens praksis som retspraksis i medlemsstaterne kunne udlede, at den anmeldte aftale var i strid med Fællesskabets konkurrenceregler.

5. Et selektivt eller eksklusivt distributions-system kan udgøre et led i konkurrencen, der er i overensstemmelse med Traktatens artikel 85, stk. 1, hvis det er godtgjort, at de pågældende produkters særegenheder gør det nødvendigt at indføre et sådant system af hensyn til at bevare deres kvalitet og af hensyn til deres rette brug, og såfremt udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed, og disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering.

Dette er ikke tilfældet for et distributions-system for kosmetiske produkter, som indebærer, at kun apotekere kan godkendes som forhandlere. For det første er kriteriet for adgangen til distributionsnettet kvantitativt, da der i de fleste af de berørte medlemsstater gælder en talmæssig begrænsning for adgangen til at udøve apotekervirksomhed, idet det er uden betydning, om begrænsningen af antallet af salgssteder følger af allerede gældende regler eller udelukkende skyldes producentens ønsker, når disse i hvert fald ikke er uden indflydelse på den konstaterede begrænsning af antallet af salgssteder. For det andet er kravet om udøvelse af apotekervirksomhed på ingen måde nødvendigt for et hensigtsmæssigt salg af kosmetiske produkter, og det er derfor uforholdsmæssigt, idet sådanne produkter ikke kan sidestilles med lægemidler og kan substitueres med tilsvarende produkter, som sælges gennem andre distributionsnet.

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

27. februar 1992 *

I sag T-19/91,

Société d'hygiène dermatologique de Vichy, et interessentskab med hjemsted i Vichy (Frankrig), ved advokaterne Robert Collin, Marie-Laure Coignard og Jeanne-

* Processprog: fransk.

Marie Henriot-Bellargent, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Decker og Braun, 16, avenue Marie-Thérèse,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved Bernhard Jansen, Kommissionens Juridiske Tjeneste, derefter ved Bernd Langeheine, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, bistået af advokat Hervé Lehman, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos Roberto Hayder, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af en af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber truffet beslutning 91/153/EØF af 11. januar 1991 om en procedure i henhold til artikel 15, stk. 6, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i EØF-Traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«; IV/31.624-Vichy),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af præsidenten, J. L. Cruz Vilaça, og dommerne D. Barrington, A. Saggio, C. P. Briët og J. Biancarelli,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 12. december 1991,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

- 1 Ved skrivelse af 26. juli 1985 anmeldte Laboratoires d'application dermatologique de Vichy & Cie, et fransk datterselskab af Société d'hygiène dermatologique de Vichy (herefter benævnt »Vichy«), som selv er et helejet datterselskab i L'Oréal-koncernen, en aftale — gældende for Frankrig — om eksklusiv distribution af kosmetiske produkter af mærket Vichy fra apoteker. Formålet med anmeldelsen var principalt at opnå en negativattest, jf. artikel 2 i forordning nr. 17, subsidiært en erklæring fra Kommissionen om, at bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab ikke fandt anvendelse på den anmeldte standardkontrakt, jf. artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 17.

- 2 I henhold til den anmeldte ordning kunne kun apotekere godkendes som forhandlere af Vichy-produkter. Efter en beslutning truffet af det franske konkurrenceråd (beslutning nr. 87-D-15 af 9.6.1987 om konkurrencesituationen med hensyn til apotekers salg af visse kosmetiske produkter og kropsplejemedler, første beretning, 1987, s. 43) og Cour d'appel de Paris' dom af 28. januar 1988, hvorved det blev fastslået, at den eksklusive distribution af dermatologiske produkter fra apoteker var i strid med EØF-Traktatens artikel 85 (dom afsagt af Cour d'appel, Paris (afdelingen for konkurrencesager), den 28.1.1988, *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 1988, s. 33), ændrede Vichy sin distributionsordning i Frankrig. Ændringen medførte, at anmeldelsen til Kommissionen i 1985 blev ugyldig.

- 3 Ved skrivelse af 29. august 1989 anmeldte Vichy den nye distributionsordning i Frankrig og distributionsordningen for de øvrige medlemsstater — med undtagelse af Danmark, hvor Vichy-produkterne ikke forhandles — til Kommissionen. For så vidt angår Frankrig indebar den anmeldte aftale, at kun farmaceuter kunne godkendes som forhandlere. I de andre medlemsstater end Danmark og Frankrig kunne kun apotekere godkendes.

- 4 Nærværende sag vedrører kun anmeldelsen af den af Vichy indførte selektive distributionsordning for de andre medlemsstater end Frankrig.
- 5 Efter den 22. maj 1990 at have givet Vichy meddelelse om klagepunkterne i overensstemmelse med artikel 2 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42, herefter benævnt »forordning nr. 99/63«) og efter at have givet selskabet lejlighed til at udtale sig den 11. september 1990, fandt Kommissionen ved beslutning 91/153/EØF af 11. januar 1991 (EFT L 75, s. 57), »efter en foreløbig undersøgelse, jf. artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, af bestemmelserne i de aftaler, der er indgået mellem Société d'hygiène dermatologique de Vichy og henholdsvis grossisterne og apotekerne, ... at disse aftaler, for så vidt som de tager sigte på eksklusiv distribution fra apoteker af kosmetiske produkter af mærket Vichy, ved at gøre godkendelsen som forhandler af Vichy-produkter betinget af udøvelsen af apotekervirksomhed, falder ind under EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, og at der ikke er grundlag for at bringe artikel 85, stk. 3, i anvendelse«.

Retsforhandlinger

- 6 Vichy har anlagt sag til prøvelse af denne beslutning, som blev meddelt selskabet den 15. marts 1991. Sagen er registreret på Rettens Justitskontor den 25. marts 1991 under nr. T-19/91. Den skriftlige forhandling er afsluttet den 21. oktober 1991.
- 7 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Retten har dog anmodet Kommissionen om at fremlægge to dokumenter forud for retsmødet. Dokumenterne er fremlagt den 19. november 1991. Der er tale om en kopi af nogle bilag, som Vichy tilstillede Kommissionen den 29. august 1989, og et eksemplar af en afhandling udarbejdet for Kommissionen i 1988 af André-Paul Weber med titlen »Les systèmes de distribution sélective dans la Communautés du

point de vue de la politique de concurrence: le cas de l'industrie des parfums et des produits cosmétiques» (de selektive distributionsordninger inden for Fællesskabet vurderet på baggrund af konkurrencepolitikken: parfume- og kosmetikindustrien).

- 8 Den 24. april 1991 registrerede Rettens Justitskontor en begæring fra Vichy om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning. Den 13. maj 1991 fremsatte Kommissionen sine bemærkninger vedrørende begæringen. Parternes mundtlige bemærkninger vedrørende begæringen blev fremsat i et retsmøde den 30. maj 1991. Ved kendelse af 7. juni 1991 bestemte Rettens præsident, at begæringen ikke kunne tages til følge.
- 9 Den 31. juli 1991 har selskabet Cosimex fremsat begæring om intervention til støtte for Kommissionens påstande, idet selskabet samtidig var ansøgt om fri proces. Ansøgningen om fri proces blev afslået ved Rettens kendelse af 24. september 1991. Ved kendelse af samme dag har Rettens præsident fastslået, at det er uforødent at træffe afgørelse vedrørende begæringen om intervention.
- 10 Den mundtlige forhandling har fundet sted den 12. december 1991.

Parternes påstande

- 11 Vichy har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Vichy tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Realiteten

- 13 Vichy har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling og retssikkerhedsprincippet, at den er truffet under tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, at den anmeldte standardkontrakt er i overensstemmelse med bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 1, at bestemmelserne i artikel 85, stk. 3, under alle omstændigheder finder anvendelse, og at bestemmelserne i artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 er anvendt fejlagtigt.
- 14 Retten skal indledningsvis bemærke, at i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, som danner grundlag for den anfægtede beslutning, finder bestemmelserne i artikel 15, stk. 5, »ikke anvendelse, så snart Kommissionen har meddelt de pågældende virksomheder, at den efter en foreløbig undersøgelse er af den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, er til stede, og at der ikke findes grundlag for anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 3«. I artikel 15, stk. 5, bestemmes det, at »de bøder, som er omhandlet i stk. 2, ... ikke [kan] pålægges for handlinger, a) som foretages efter, at anmeldelse er sket til Kommissionen, og inden denne træffer beslutning i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3, for så vidt de ligger inden for grænserne for den i anmeldelsen beskrevne erhvervsudøvelse ...«.
- 15 Endvidere bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at forholdsregler, der er truffet i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, gør »indgreb i virksomhedernes interesser ved på væsentlig måde at ændre deres retsstilling; den ... retsakt, hvormed Kommissionen utvetydigt har truffet en forholdsregel, hvis retsvirkninger gør indgreb i de berørte virksomheders interesser, og som er bindende for

disse, er ikke blot en udtalelse, men en beslutning« i Traktatens artikel 189's forstand (Domstolens dom af 15.3.1967, forenede sager 8/66-11/66, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 337, org. ref.: Rec. 1967, s. 93). Domstolen har desuden fastslået, at betingelser for godkendelse af en forhandler i tilfælde, hvor producenten forhandler sine produkter ved hjælp af et eksklusivt eller selektivt forhandlernet, er en »aftale mellem virksomheder« i Traktatens artikel 85's forstand, der kan være omfattet af forbuddet i Traktatens artikel 85, stk. 1 (Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. 1966, s. 429). Det samme gælder almindelige salgsbetingelser, der systematisk gengives på bagsiden af fakturaer eller ordrer eller på prislister (Domstolens dom af 11.1.1990, sag C-277/87, Sandoz mod Kommissionen, Sml. I, s. 45).

- 16 Det følger af de ovennævnte domme, at den af Vichy anmeldte aftale kan falde inden for anvendelsesområdet for Traktatens artikel 85, stk. 1, og at sagsøgeren kan anlægge sag ved Retten til prøvelse af den i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 truffene beslutning, der er rettet til sagsøgeren. Vichy's ovenfor opregnede anbringender til støtte for påstanden om annullation af beslutningen skal derfor undersøges.

Anbringendet om tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling og af retssikkerhedsprincippet

— *Parternes argumenter*

- 17 Vichy har anført, at selskabet er blevet udsat for forskelsbehandling, idet det er den eneste virksomhed på markedet for kosmetiske produkter, som Kommissionen har truffet en beslutning over for, selv om selskabet er det eneste, der har anmeldt sine distributionsaftaler og således har vist samarbejdsvilje over for Kommissionen. Den anfægtede beslutning stiller selskabet i en usikker retlig situation, som kan betyde, at det stilles ringere end dets konkurrenter, for så vidt som beslutningen tvinger selskabet til at ændre sin distributionsordning, hvis det ikke vil risikere at få pålagt en bøde, samtidig med at det er uvist, hvilken løsning Kommissionen i den sidste ende vil nå frem til. Vichy kan imidlertid ikke uden at skade sin stilling i konkurrencen på markedet ændre sin distributionsordning flere gange og med korte mellemrum.

- 18 Ifølge Kommissionen kan en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, kun berøre virksomheder, der har anmeldt en aftale. Vichy kan derfor ikke samtidig gøre gældende, at selskabet er det eneste, der har anmeldt sine distributionsaftaler, og at det er blevet udsat for forskelsbehandling. Kommissionen har herved henholdt sig til den af Rettens præsident afsagte kendelse af 7. juni 1991.

— *Rettens bemærkninger*

- 19 Den foranstaltning, der er truffet med hjemmel i artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, kan på ingen måde anses for diskriminerende, idet den udelukkende har betydet, at virksomheden igen er blevet placeret i den retsstilling, den ville have haft, hvis den ikke havde anmeldt sin eksklusive distributionsordning til Kommissionen. Kommissionens foranstaltninger på grundlag af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 kan kun angå en eller flere aftaler, der forinden er blevet anmeldt til den. Det sagsøgende selskab kan således ikke på samme tid gøre gældende, at det er det eneste, der har anmeldt sine distributionsaftaler, og at det er det eneste, der er gjort til genstand for en foreløbig foranstaltning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. Selv hvis det må antages, at de af selskabet påpegede administrative og handelsmæssige vanskeligheder opstår, har dette ingen betydning for den anfægtede beslutnings lovlighed.
- 20 Som allerede fastslået i den ovennævnte kendelse af 7. juni 1991, hvorved sagsøgerens begæring om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning ikke blev taget til følge, har foranstaltninger, der træffes på grundlag af artikel 15, stk. 6, udelukkende til følge, at de erhvervsdrivende mister den immunitet, der normalt er knyttet til anmeldelsen af aftaler, idet foranstaltningerne alene betyder, at de erhvervsdrivende stilles på samme måde, som hvis de ikke havde anmeldt deres distributionsaftaler.

Sagsøgerens første anbringende kan derfor ikke tiltrædes.

*Anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter**— Parternes argumenter*

- 21 Ifølge Vichy har Kommissionen tilsidesat væsentlige formforskrifter ved at undlade at høre Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål (herefter benævnt »det rådgivende udvalg« eller »udvalget«). Som fastslået af Domstolen i dommen af 15. marts 1967, jf. ovenfor, er foranstaltninger, som Kommissionen træffer på grundlag af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, beslutninger, der, selv om de som sådanne kan gøres til genstand for et søgsmål, skal træffes under hensyntagen til de garantier, der følger af Traktaten og bestemmelserne til gennemførelse heraf. Beslutninger i henhold til artikel 15, stk. 6, træffes dog efter den i artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17 omhandlede anmeldelsesprocedure. Der skal således forinden ske høring af det rådgivende udvalg som foreskrevet i denne artikel.
- 22 I øvrigt hører Kommissionen ifølge Vichy i praksis udvalget, inden den træffer beslutninger, der er mindre vidtrækkende end beslutninger, der træffes på grundlag af artikel 15, stk. 6. Således hørte Kommissionen udvalget, inden den traf foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 over for selskabet Ford (beslutning af 18.8.1982, Ford Werke AG (IV-30.696), EFT L 256, s. 20). I sin kendelse af 17. januar 1980 i sagen Camera Care mod Kommissionen (sag 792/79 R, Sml. s. 119) udtalte Domstolen, at Kommissionen, når den vedtager foreløbige forholdsregler, skal »iagttage de væsentlige garantier, som i forordning nr. 17, særlig i artikel 19, opstilles til fordel for parterne«. Tilsvarende bliver udvalget også hørt, inden der i medfør af artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 17, træffes beslutning om at pålægge bøder på grund af urigtige oplysninger, jf. Kommissionens beslutninger af henholdsvis 17. november 1981 (Comptoir commercial d'importation (IV-30.211), EFT 1982 L 27, s. 31), 27. oktober 1982 (Fédération nationale de l'industrie de la chaussure de France (IV-AF 528), EFT L 319, s. 12) og 25. september 1986 (Peugeot (IV-31.143), EFT L 295, s. 19). Høringen af udvalget udgør en supplerende garanti, der — på linje med reglerne om retten til kontradiktion i artikel 19 — skal overholdes i forbindelse med foranstaltninger, der træffes på grundlag af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17.

- 23 Vichy har tilføjet, at det er i overensstemmelse med selve formålet med artikel 15 at høre det rådgivende udvalg i forbindelse med beslutninger, der træffes på grundlag af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, idet der i enhver situation, hvor der kan blive tale om at pålægge bøder, ifølge sagens natur står meget på spil, hvorfor der ikke bør kunne træffes beslutning herom, inden det rådgivende udvalg er blevet hørt. En modsat fortolkning strider mod grundlæggende principper om ret til kontradiktion, idet man i så fald ikke indhenter synspunkter fra medlemsstaternes sagkyndige, hvilket er væsentligt for de erhvervsdrivendes retssikkerhed.
- 24 Vichy har endvidere anført, at det af Kommissionen fremførte argument om, at det er Kommissionens praksis, at det rådgivende udvalg ikke høres, inden der træffes en foranstaltning på grundlag af artikel 15, stk. 6, er uden betydning, da det ikke er godtgjort, at denne praksis er i overensstemmelse med fællesskabsrettens almindelige principper. Desuden forpligter den opfattelse, generaladvokat Römer gav udtryk for i sit forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 15. marts 1967, jf. ovenfor, og som Kommissionen har henvist til, kun generaladvokaten, og den indgik i øvrigt i en argumentation for, at meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6, ikke er beslutninger — et resultat, som Domstolen ikke tilsluttede sig.
- 25 Endvidere ville en eventuel henvisning fra Kommissionens side til uopsættelighed som begrundelse for at unddrage sig høringsforpligtelsen ifølge Vichy være uden betydning i det foreliggende tilfælde i betragtning af tidspunktet for den første anmeldelse. Vichy har herved anført, at tilrettelæggelsen af høringen af selskabet krævede flere ressourcer, end en høring af det rådgivende udvalg ville have gjort.
- 26 Vichy har endelig anført, at den af Kommissionen foretagne sammenligning mellem foreløbige beslutninger om tvangsbøder og de foreløbige beslutninger i henhold til artikel 15, stk. 6, er uden betydning, da meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6 — i modsætning til beslutninger om tvangsbøder — i sig selv er endelige. Det er kun den undersøgelse, Kommissionen har foretaget, der er foreløbig. Da der er tale om en endelig beslutning, skulle det rådgivende udvalg således forinden have været hørt. Dette resultat bekræftes af Domstolens dom af 21. september 1989 i sagerne Hoechst mod Kommissionen (forenede sager 46/87 og 227/88, Sml. s. 2859, præmis 55), som Kommissionen har påberåbt sig, da det i dommen,

jf. præmis 54, fastslås, at høring af de berørte virksomheder og af det rådgivende udvalg er nødvendig i de samme tilfælde.

- 27 Efter Kommissionens opfattelse kan dette anbringende ikke tiltrædes. Opbygningen af artikel 15 i forordning nr. 17 viser klart, at den høring af det rådgivende udvalg, som er foreskrevet i artiklens stk. 3, ikke kræves i tilfælde, hvor stk. 6 anvendes. Kommissionen har tilføjet, at den i det foreliggende tilfælde valgte løsning er i overensstemmelse med Kommissionens praksis (Kommissionens beslutning af 5.3.1975, Sirdar-Phildar (IV-27.879), EFT L 125, s. 27; Kommissionens beslutning af 25.7.1975, Bronbemaling / Heidemaatschappij (IV-28.967), EFT L 249, s. 27; Kommissionens beslutning af 12.6.1978, SNPE-LEL (IV-29.453), EFT L 191, s. 41). Den manglende høring skyldes altså hverken en forglemmelse eller en diskriminerende holdning over for Vichy.
- 28 Kommissionen har dernæst anført, at dens løsning også er i overensstemmelse med den opfattelse, generaladvokat Römer gav udtryk for i sit forslag til afgørelse forud for Domstolens dom af 15. marts 1967, jf. ovenfor, idet han anførte, at »den forudgående høring af det rådgivende udvalg ikke i betragtning af varselsmeddelelsens særlige natur og formål kan anses for uundværlig, fordi en sådan høring under hensyn til de gældende formaliteter og frister ... kunne medføre en urimelig forhaling af sagen. ... Denne opfattelse er i øvrigt i overensstemmelse med en fornuftig fortolkning af artikel 10 i forordning nr. 17«.
- 29 Kommissionen har endvidere anført, at det rådgivende udvalg heller ikke høres i forbindelse med beslutninger, der træffes i medfør af artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 17. Disse beslutninger er — på linje med den anfægtede beslutning — foreløbige beslutninger, da tvangsbøderne fastsættes foreløbigt. Denne fortolkning blev udtrykkeligt godkendt af Domstolen i dommen i sagerne Hoechst mod Kommissionen, jf. ovenfor. Der er i begge tilfælde tale om foreløbige beslutninger forud for en endelig beslutning, idet der alene forud for sidstnævnte skal ske høring af det rådgivende udvalg (jf. Hoechst mod Kommissionen, præmis 56). Kommissionen finder det forkert at sammenligne en beslutning om at pålægge en bøde med en beslutning om at bringe en immunitet til ophør. I den af Rettens præsident afsagte kendelse af 7. juni 1991, grund 17, jf. ovenfor, gives der i øvrigt en præcis afgrænsning af virkningerne af beslutninger, der træffes på grundlag af artikel 15, stk. 6.

- 30 De af Vichy anførte eksempler er ifølge Kommissionen irrelevante. Kendelsen i sagen Camera Care mod Kommissionen, jf. ovenfor, som vedrører anvendelsen af artikel 19, giver ikke grundlag for at drage nogen konklusioner med hensyn til forpligtelsen til at høre det rådgivende udvalg ved anvendelse af artikel 15, stk. 6, og forpligtelsen til at høre udvalget, inden der pålægges de i artikel 15, stk. 2, omhandlede sanktioner, følger af artiklens stk. 3, som kræver, at høringen foretages i de tilfælde, der er omhandlet i stk. 1 og 2.

— *Rettens bemærkninger*

- 31 I artikel 10, stk. 3, i forordning nr. 17 bestemmes, at det rådgivende udvalg »skal høres, inden der træffes nogen beslutning efter en procedure som omhandlet i stk. 1, og inden der træffes nogen beslutning vedrørende fornyelse, ændring eller tilbagekaldelse af en beslutning i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3«. Artikel 10, stk. 4, 5 og 6, vedrører sammensætningen af det rådgivende udvalg og de nærmere regler for dets arbejde.
- 32 Da den i nærværende sag omhandlede beslutning ikke vedrører »fornyelse, ændring eller tilbagekaldelse« af en beslutning, som i medfør af artikel 85, stk. 3, er truffet om, at Traktatens artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse, skal det herefter undersøges, om en beslutning truffet af Kommissionen på grundlag af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 er en beslutning »efter en procedure som omhandlet i stk. 1« i forordningens artikel 10. Stk. 1 lyder således: »Kommissionen fremsender omgående til medlemsstaternes kompetente myndigheder afskrift af begæringer og anmeldelser samt af de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen med henblik på konstatering af overtrædelser af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 eller artikel 86, udstedelse af negativattest eller afgivelse af en beslutning i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3.«
- 33 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at foreløbige beslutninger, der træffes af Kommissionen i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, kun kan træffes efter en anmeldelse af en aftale til Kommissionen, og at de, da de medfører, at anmelderen mister den immunitet, der som udgangspunkt er forbundet med anmeldelsen, må betragtes som en konstatering af en overtrædelse som omhandlet i artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17.

- 34 Denne fortolkning kan ikke bringes i overensstemmelse med, hvad der fremgår af en nærmere gennemgang af artikel 15 i forordning nr. 17. Artiklen, som vedrører bøder, indeholder seks stykker. Stk. 1 drejer sig om bøder, der kan pålægges virksomheder, såfremt de giver Kommissionen urigtige oplysninger eller modsætter sig kontrolforanstaltninger. Stk. 2 vedrører bøder for overtrædelser af artikel 85 eller 86. I stk. 4 understreges det, at bøder, der pålægges i henhold til forordning nr. 17, ikke er sanktioner i strafferetlig forstand. Endelig fastslås det i stk. 5, jf. ovenfor, at virksomheder, der har anmeldt en aftale til Kommissionen, er beskyttet af en immunitet, og at der som udgangspunkt ikke kan pålægges dem bøder på grund af den pågældende aftale.
- 35 I stk. 3 fastslås det, at »bestemmelserne i artikel 10, stk. 3-6, anvendes«. Reglen følger umiddelbart efter de to ovenfor omtalte stykker, som opregner de to hovedkategorier af bøder i forordning nr. 17. Det følger således af selve opbygningen af artikel 15, som der netop er redegjort for, at høring af det rådgivende udvalg inden for rammerne af artikel 15 i forordning nr. 17 kun er påkrævet, inden der træffes en beslutning om at pålægge en bøde. De foreløbige beslutninger, der træffes på grundlag af artiklens stk. 6, falder imidlertid ikke ind under de i stk. 1 og 2 omhandlede beslutninger, og de har hverken til formål eller til følge at pålægge de virksomheder, de er rettet til, en bøde.
- 36 Det af Vichy fremførte argument vedrørende Kommissionens praksis med hensyn til påleggelse af bøder for urigtige oplysninger eller med hensyn til foreløbige forholdsregler er i sig selv uden betydning, eftersom den pågældende praksis ikke har indflydelse på anvendelsen af en retsregel, der direkte fremgår af Traktaten og bestemmelserne til gennemførelse heraf. Også selv om det lægges til grund, at Kommissionen følger en sådan praksis, kan det forhold, at Kommissionen hører det rådgivende udvalg, inden den pålægger bøder for fremsættelse af urigtige oplysninger eller træffer foreløbige forholdsregler, under ingen omstændigheder danne grundlag for en følgeslutning i relation til spørgsmålet, om dette formkrav skal opfyldes, inden der træffes en foreløbig beslutning på grundlag af artikel 15, stk. 6.
- 37 Desuden følger forpligtelsen til at høre det rådgivende udvalg, inden der pålægges bøder for fremsættelse af urigtige oplysninger, som nævnt ovenfor (jf. præmis 34

og 35) af selve placeringen af stk. 3, der finder anvendelse på de i stk. 1 og 2 omhandlede bøder, i artikel 15 i forordning nr. 17. I øvrigt er hjemmelen for de foreløbige forholdsregler, som træffes af Kommissionen i tilfælde af tilsidesættelse af konkurrencereglerne — som fastslået af Domstolen i kendelsen af 17. januar 1980, jf. ovenfor — artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, der ligesom artikel 10, stk. 1, vedrører konstatering af overtrædelser. Selv om Kommissionen følger den praksis at indhente en udtalelse fra det rådgivende udvalg, inden den pålægger en bøde for fremsættelse af urigtige oplysninger eller træffer en foreløbig forholdsregel, kan man således heraf kun udlede, at denne praksis er i overensstemmelse med bestemmelserne dels i artikel 15, stk. 1 og 3, dels i artikel 3 i forordning nr. 17. Det forhold, at disse bestemmelser overholdes, kan ikke danne grundlag for en analogislutning om, at det rådgivende udvalg også skal høres forud for en beslutning, der træffes på grundlag af artikel 15, stk. 6.

- 38 Det af sagsøgeren fremførte argument vedrørende formålet med den pågældende høring er efter Rettens opfattelse heller ikke relevant. Kommissionens meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 har ganske vist retsvirkninger for modtagerne. Dette er grunden til, at Domstolen som tidligere nævnt i sin dom af 15. marts 1967 anerkendte, at de personer, sådanne meddelelser er rettet til, kan anlægge sag til prøvelse heraf på de i Traktatens artikel 173 opstillede betingelser. Selv om Kommissionens meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 skal fremsættes under iagttagelse af den berørte virksomheds grundlæggende rettigheder og navnlig den ret til kontradiktion, som er sikret ved forordningens artikel 19, stk. 1, medfører dette imidlertid ikke, at Kommissionen forud for en sådan meddelelse har pligt til at høre det rådgivende udvalg, der, som det fremgår af både overskriften til og indholdet af artikel 10 i forordning nr. 17, har til formål at sikre en »forbindelse med medlemsstaternes myndigheder« ved behandlingen af konkurrencesager. Sagsøgeren kan herefter ikke med rette gøre gældende, at selskabet er blevet frataget en grundlæggende rettighed, blot fordi der ikke blev indhentet en udtalelse fra medlemsstaternes sagkyndige.
- 39 Det fremgår således af artikel 10, stk. 1 og 3, i forordning nr. 17, at høringen kun skal foretages forud for den endelige beslutning, hvorved Kommissionen enten konstaterer en overtrædelse af Traktatens artikel 85 eller tværtimod, i overens-

stemmelse med en begæring herom, giver en negativattest eller på grundlag af Traktatens artikel 85, stk. 3, erklærer, at samme artikels stk. 1 ikke finder anvendelse på den kontrakt, der er anmeldt til Kommissionen. Kommissionen er således i den sidste fase i behandlingen af sagsøgerens begæring i alle tilfælde og uanset hvilket svar, den vil give på begæringen, forpligtet til at høre det rådgivende udvalg. Som fastslået af Domstolen er »høringen af det rådgivende udvalg ... sidste fase i proceduren, inden beslutningen udstedes, og ... udtalelsen afgives på grundlag af et foreløbigt forslag til beslutning« (Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, *Musique Diffusion française mod Kommissionen*, Sml. s. 1825, præmis 35).

- 40 Endelig skal der med hensyn til det af Vichy anførte om, at der efter høringen af den berørte virksomhed altid skal ske høring af det rådgivende udvalg, henvises til artikel 1 i forordning nr. 99/63, jf. ovenfor, hvori det hedder: »Forinden Kommissionen rådfører sig med det rådgivende udvalg..., indhenter den de i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 omhandlede udtalelser (fra den berørte virksomhed)«. Bestemmelsens rækkevidde er belyst i betragtningerne til forordningen, hvorefter »det rådgivende udvalg... altid [skal] rådspørges efter afslutningen af de i en sag foretagne undersøgelser«. Bestemmelsen indebærer, at i de tilfælde, hvor der skal ske høring af det rådgivende udvalg, som skal sættes i stand til at afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen, kan dette først ske efter høringen af virksomheden på de i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 opstillede betingelser. Sagsøgeren kan imidlertid ikke på den baggrund konkludere, at der efter høringen af den berørte virksomhed nødvendigvis skal ske høring af det rådgivende udvalg. I dommen i sagerne *Hoechst mod Kommissionen*, jf. ovenfor, udtalte Domstolen: »Artikel 1 i forordning nr. 99/63 indeholder følgende bestemmelse: 'Forinden Kommissionen rådfører sig med det rådgivende udvalg..., indhenter den de i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 omhandlede udtalelser.' Det fremgår af denne bestemmelse, at en høring af de berørte virksomheder og det rådgivende udvalg er nødvendig i de samme tilfælde«. Dette må ifølge Retten fortolkes således, at det rådgivende udvalgs udtalelse som nævnt kun kan indhentes, såfremt den berørte virksomhed forinden er blevet opfordret til at udtale sig efter reglerne i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17. Der er intet almindeligt fællesskabsretligt princip og heller ingen bestemmelser i forordning nr. 17 eller forordning nr. 99/63, der omvendt kræver, at høringen af virksomheden, når en sådan skal foretages, nødvendigvis skal efterfølges af en høring af det rådgivende udvalg. Dette gælder navnlig forud for Kommissionens meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17.

- 41 Det andet anbringende — om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter — kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om, at den af Vichy anmeldte eksklusive distributionsordning ikke er i strid med artikel 85, stk. 1

— *Parternes argumenter*

- 42 Ifølge Vichy har Kommissionen ikke godtgjort, at der foreligger en overtrædelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, da de forhold, der danner grundlag for konstateringen af overtrædelsen, ikke er overbevisende, da der ikke er taget hensyn til visse relevante forhold, og da det kriterium, Vichy har valgt for oprettelsen af sit distributionsnet, er i overensstemmelse med Traktaten.
- 43 Med hensyn til anbringendet om, at de forhold, der danner grundlag for Kommissionens konstatering af, at der er sket en overtrædelse, ikke er overbevisende, har Vichy anført, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der er tale om en mærkbar påvirkning af konkurrencen og handelen mellem medlemstaterne, idet ingen af de forhold, der danner grundlag for Kommissionens konklusion om, at der foreligger en påvirkning af konkurrencen inden for fællesmarkedet, er relevante. Der er ifølge Vichy tale om tre forhold, nemlig dels den kumulative virkning af distributionssystemerne, som er observeret på det omhandlede marked, dels dermofarmaciens andel af det samlede marked for kosmetiske produkter og endelig den mærkbare påvirkning af konkurrencen på det pågældende marked.
- 44 Ifølge Vichy er Kommissionens argument om distributionssystemernes kumulative virkning ikke relevant, når det relevante marked ikke er defineret klart. Det relevante marked er defineret formelt, idet der alene er foretaget en summarisk undersøgelse af de faktiske vilkår, det fungerer under, hvilket navnlig er i strid med de principper, Domstolen opstillede i sin dom af 25. oktober 1977 i sagen Metro mod Kommissionen, »Metro I-sagen« (sag 26/76, Sml. s. 1875). Vichy har anført, at de i denne dom opstillede principper ikke kan overføres til situationer, hvor markedet er karakteriseret ved flere distributionsnet, der konkurrerer indbyrdes. Det fremgår ganske vist at Domstolens praksis, navnlig dom af 30. juni 1966 i sagen Société technique minière (sag 56/65, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. 1966,

s. 337), dom af 12. december 1967 i sagen Brasserie de Haecht (sag 23/67, Sml. 1965-1968, s. 421, org. ref.: Rec. 1967, s. 525) og dom af 11. december 1980 i sagen L'Oréal (sag 31/80, Sml. s. 3775), at der ved vurderingen af et distributions-systems påvirkning af konkurrencen skal tages hensyn til den kumulative virkning, der eventuelt måtte følge af andre distributionssystemer. Som Domstolen for nylig har udtalt i forbindelse med de såkaldte »ølkontrakter« (Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935), er der herved imidlertid kun tale om ét blandt flere kriterier for bedømmelsen. Ifølge Vichy kunne Kommissionen dog ikke tage hensyn til andre forhold, når den ikke foretog en undersøgelse af de omtvistede aftalers virkning i deres konkrete sammenhæng. I modsætning til, hvad Kommissionen konstaterede i Yves Rocher-sagen (Kommissionens beslutning af 17.12.1986, Yves Rocher (IV-31.428 — IV-31.432), EFT 1987 L 8, s. 49), er det ikke gjort gældende, at de distributionsaftaler, Vichy har indgået, forbyder apotekerne at sælge andre mærker. Det af Vichy indførte distributionssystem er faktisk fuldt ud i overensstemmelse med de krav, der er opstillet i Domstolens dom af 28. februar 1991, jf. ovenfor. Vichy, der har bestridt nogle af de tal, Kommissionen har lagt til grund, navnlig for så vidt angår det tyske og det britiske marked, har desuden anført, at det på baggrund af Kommissionens vide definition af markedet er vanskeligt at forstå, hvorfor den siden kun har interesseret sig for de konkurrencebegrænsninger, der er konstateret med hensyn til apotekerne.

45 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen ligeledes med urette påberåbt sig dermofarmaciens andel af det samlede marked for salg af kosmetiske produkter til støtte for, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1. Det af Kommissionen anførte om, at den markedsandel, der skal lægges til grund, andrager mellem 5% og 40%, er usagligt. Under den administrative procedure anslog Vichy andelen til ca. 10% i overensstemmelse med, hvad Kommissionen lagde til grund i beslutningen i Yves Rocher-sagen, jf. ovenfor. Vichy har endvidere fremhævet, at Kommissionen helt har undladt at tage hensyn til, at markedsandelen for produkter, der sælges på apoteker, er faldende, hvilket er en tendens, der har kunnet konstateres med hensyn til salg af produkter fra apoteker.

46 Vichy har endelig gjort gældende, at Kommissionen ikke har dokumenteret, at det anmeldte distributionssystem mærkbart påvirker handelen mellem medlemsstaterne og konkurrencen inden for fællesmarkedet.

- 47 På baggrund af det således anførte finder sagsøgeren, at Kommissionen ikke i be-
tragningerne til beslutningen har godtgjort, at der overhovedet foreligger en tilsi-
desættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1.
- 48 Hvad angår Kommissionens manglende hensyntagen til visse relevante forhold ved
bedømmelsen af sagen, har Vichy anført, at Kommissionen ikke har taget hensyn
til konkurrencen mellem mærkerne på kosmetikmarkedet. Ifølge Vichy skulle
Kommissionen have taget hensyn til, at der på markedet er adskillige distribu-
tions-
net, som konkurrerer indbyrdes. De kosmetiske produkter, der sælges fra apote-
ker, udgør ikke i sig selv et marked, og de undersøgelser, selskabet har foretaget,
og som det har fremlagt under den administrative procedure, viser, at de produk-
ter, der sælges i varehuse, uden vanskelighed kan substituere de produkter, der
sælges på apotekerne, idet forbrugerne nemt kan gå fra et distributionsnet til et
andet. Apotekernettet udgør heller ikke en isoleret del af markedet for kosmetiske
produkter, og markedet er ikke opdelt efter producenternes varemærkepolitik. Det
fremgår af det således anførte, at Kommissionen slet ikke har taget hensyn til kon-
kurrencen mellem mærkerne, hvilket er i strid med de principper, Domstolen ifølge
Vichy opstillede i Metro I-dommen, jf. ovenfor. I modsætning til, hvad Kommis-
sionen fejlagtigt har skønnet, er det af Vichy indførte distributionssystem faktisk et
»nyt tilbud i konkurrencen«, dels for så vidt som det åbner mulighed for et større
udbud, dels for så vidt som det giver forbrugerne flere valgmuligheder.
- 49 Hvad angår spørgsmålet om vurderingen af det af Vichy anvendte kriterium for
godkendelse af forhandlere har sagsøgeren gjort gældende, at kravet om, at kun
apotekere må sælge selskabets produkter, er i overensstemmelse med bestemmel-
serne i Traktatens artikel 85, stk. 1. Der er i overensstemmelse med de af Domsto-
len fastslåede principper tale om et kvalitativt kriterium. En farmaceut kan ikke
sættes i stedet for eller sidestilles med en apoteker, som har større faglig erfaring,
er bundet af fagetiske regler, har et mere personligt forhold til kunderne og kan
give flere tilbagemeldinger, som selskabet lægger stor vægt på med henblik på en
løbende forbedring af produkterne. En apoteker kan i øvrigt ikke opfattes uafhæn-
gigt af selve apoteket, der som et »sundhedscenter« er et særligt velegnet salgssted,
der står i kontrast til den »banalisering«, som karakteriserer salget i varehuse.

- 50 Det er derfor med urette, at Kommissionen i et forsøg på at give dette kvalitative kriterium en kvantitativ karakter har henvist sig til den talmæssige begrænsning af adgangen til erhvervet i seks af de ti berørte medlemsstater. Kommissionen kan herved ikke finde støtte i Domstolens dom af 3. juli 1985 i sagen Binon (sag 243/83, Sml. s. 2015), der er et led i en retspraksis, der forbyder ethvert kvantitativt kriterium (Metro I-dommen, jf. ovenfor; Domstolens dom af 10.7.1980, sag 99/79, Lancôme, Sml. s. 2511; L'Oréal-dommen, jf. ovenfor; Domstolens dom af 22.10.1986, sag 75/84, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 3021). Til forskel fra situationen i Binon-sagen, hvor virksomheden selv havde besluttet at begrænse antallet af salgssteder, er begrænsningen af antallet af salgssteder i denne sag ikke foretaget af Vichy, idet den skyldes nationale regler, som var gældende på tidspunktet for valget af distributionsnettet.
- 51 Endelig er det kvalitative og ikke kvantitative apotekerkræterium ifølge sagsøgeren et nødvendigt kriterium, som ikke står i misforhold til producentens målsætninger. Det er således i overensstemmelse med de principper, der er opstillet i Domstolens dom af 16. juni 1981 i Salonia-sagen (sag 126/80, Sml. s. 1563), og i Binon-dommen, jf. ovenfor, samt i Kommissionens beslutning af 16. december 1985 vedrørende salget af Villeroy & Boch-produkter (Kommissionens beslutning af 16.12.1985, Villeroy & Boch (IV-30.665), EFT L 376, s. 15). Kravet om, at forhandlerne skal være apotekere, er nært forbundet med Vichy-varemærkets image. Apotekerkræteriet kan anvendes som kriterium for godkendelse af forhandlere, når blot det tillades producenten at anvende en »immateriel faktor« ved fastlæggelsen af vilkårene for forhandling af hans produkt, og denne mulighed er anerkendt af Kommissionen i dennes meddelelse vedrørende Yves Saint-Laurent-sagen (Kommissionens meddelelse vedrørende sag IV/33.242, EFT 1990 C 320, s. 11).
- 52 Kommissionen har derimod gjort gældende, at den efter at have undersøgt prispolitikken og distributionssystemerne for Vichy-produkterne har givet en fyldestgørende beskrivelse af kosmetikmarkedet. Navnlig angiver beslutningen andelen af salg af kosmetik fra apoteker og Vichy's markedsandel i salget fra apoteker. Kommissionen har således benyttet en bred definition af markedet, som Vichy ikke med rette kan klage over. Der har på ingen måde været behov for en mere præcis definition af markedet, da påvirkningen af konkurrencen under alle omstændigheder er tilstrækkelig mærkbar, hvad enten man som det relevante marked kun læg-

ger markedet for kosmetiske produkter solgt fra apoteker til grund eller anvender markedet for kosmetiske produkter i almindelighed. Når begrænsningen af konkurrencen er klart mærkbar på det snævraste marked, hvor Vichy er markedsførende, er det tilstrækkeligt, at der med henblik på den anfægtede beslutning konstateres en begrænsning af konkurrencen på det samlede marked. Kommissionen har i den 19. betragtning til den anfægtede beslutning i det nødvendige omfang angivet, at den har taget hensyn til den kumulative virkning af de parallelle eksklusive distributionssystemer for samtlige kosmetikmærker, som sælges fra apoteker, og til, at dermofarmaciens markedsandel andrager mellem 5% og 40%. Kommissionen har konstateret, at selskabet ikke er fremkommet med noget bevis for, at konkurrencen mellem de forskellige mærker er tilstrækkelig stor til at kompensere for mangelen på konkurrence inden for mærket.

- 53 Kommissionen finder ligeledes, at den har foretaget den retlige kvalifikation af faktum i overensstemmelse med de principper, der er fastlagt i Domstolens praksis, idet den har godtgjort, at der foreligger aftaler mellem virksomheder, at aftalerne indebærer begrænsninger af konkurrencen, og at der er tale om en mærkbar påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne. Kommissionen har gjort gældende, at den dermed har fulgt den fremgangsmåde, som Domstolen siden Metro I-dommen, jf. ovenfor, har anvendt i forbindelse med undersøgelse af selektive distributionssystemer.
- 54 Ifølge Kommissionen er det af Vichy anvendte kriterium, hvorefter forhandleren skal »være farmaceut og udøve sit erhverv på et apotek«, kvantitativt og ikke kvalitativt. Kommissionen har i forbindelse med den anfægtede beslutning ikke bestridt, at Vichy kan forbeholde salget af sine produkter for farmaceuter. Det er således alene sondringen mellem farmaceuter på den ene side og farmaceuter, der arbejder på et apotek, på den anden side, som er afgørende. Der er imidlertid med hensyn til kvalifikationerne ingen forskel på farmaceuter og farmaceuter, der udøver deres erhverv på et apotek. Spørgsmålet er derfor, om apoteket nødvendigvis opfylder nogle kvalitetskrav, som ingen andre salgsteder kan opfylde. Det af Vichy anførte om, at apoteket er det sted, hvor man kan få den bedste og mest kvalificerede vejledning, er en cirkelslutning. Hvis man skal følge en fremgangsmåde, der består i at opstille nogle objektive, kvalitative kriterier, må man tværtimod først opstille sådanne kriterier og derefter undersøge, om alle potentielle forhandlere opfylder disse kriterier. En sådan fremgangsmåde vil føre til udelukkelse af visse apoteker,

som ikke opfylder de opstillede kriterier, og til godkendelse af forhandlere, der — uden at tilhøre apotekernettet — opfylder de pågældende krav. Med hensyn til, om det valgte kriterium er af kvantitativ karakter som følge af den begrænsede adgang, er det uden betydning, om den kan henføres til Vichy eller følger af retsfor skrifter. Det afgørende er, at Vichy ved at vælge den pågældende form for distribution bevidst har valgt et net med et begrænset antal salgssteder. Den omstændighed, at der findes mange apoteker, ændrer ikke ved, at kriteriet er kvantitativt, jf. Domstolens dom i Binon-sagen, jf. ovenfor. Den kvantitative begrænsning af antallet af salgssteder følger af den valgte distributionsform. En producent, som beslutter sig til kun at sælge sine produkter i lufthavne, kan således ikke gøre gældende, at han ikke har indflydelse på antallet af salgssteder, med den begrundelse, at det er de kompetente myndigheder, der har begrænset antallet af lufthavne. Ifølge Kommissionen har hverken Domstolen eller Kommissionen selv fastslået et princip om, at producenter frit kan vælge, hvilke forhandlere de vil godkende som kvalificerede. Begge institutioner har henholdt sig til, at producenten må vælge sine forhandlere på grundlag af objektive, kvalitative kriterier.

- 55 Kommissionen har tilføjet, at det fremgår af den 19. betragtning til den anfægtede beslutning, at betingelsen om eksklusivt salg af Vichy-produkter fra apoteker medfører en mærkbar begrænsning af konkurrencen, navnlig under hensyntagen til Vichy's markedsandele og den kumulative virkning af de selektive distributionssystemer, som er karakteristiske for det omhandlede marked. Domstolen har i så henseende udtalt, at der ved bedømmelsen af, om en selektiv distributionsaftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til formål eller til følge, navnlig skal tages hensyn til arten af de produkter, der omfattes af aftalen, og om deres mængde er begrænset eller ej, til parternes stilling og betydning på markedet for de pågældende produkter, og til, om aftalen står alene eller er et led i en række aftaler (L'Oréal-dommen, jf. ovenfor). Domstolen udtalte desuden, at det kun kan fastslås, at en aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, såfremt det godtgøres, at det med tilstrækkelig stor grad af sandsynlighed kan antages, at den direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater (ibidem, præmis 18). Kommissionen har endvidere anført, at den — i modsætning til den metode, der blev anvendt i Delimitis-sagen, jf. ovenfor, som sagsøgeren med urette har påberåbt sig, og hvori Domstolen sondrede mellem salg af øl i hoteller, caféer og restauranter på den ene side og salg af øl i detailfødevarerforretninger på den anden side — har valgt en vid definition af markedet, som tager hensyn til de forskellige distributionsnet.

- 56 Kommissionen har endelig bemærket, at den på grundlag af det talmateriale, den har haft til rådighed, i den 19. betragtning til den anfægtede beslutning har påvist, at en åbning af Vichy's distributionsnet for andre salgssteder end blot apoteker vil medføre en stigning i antallet af salgssteder og resultere i, at andre forhandlere end apotekerne vil udnytte prisforskelle mellem medlemsstaterne til at foretage »parallelimport«. Kommissionen har ligeledes anført, at den mærkbare påvirkning af konkurrencen kan henføres til den kumulative virkning, som skyldes, at der findes parallelle eksklusive distributionssystemer gennem apoteker.

— *Retten's bemærkninger*

- 57 I dommen af 15. marts 1967, jf. ovenfor, udtalte Domstolen: »For at udelukke en aftale fra undtagelsesbestemmelsen i artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17 skal Kommissionen efter artikel 15, stk. 6, for det første være af den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, er til stede«.
- 58 Domstolen har ligeledes udtalt, at »markedsstrukturen ikke [er] til hinder for indbyrdes forskellige afsætningskanaler, som er tilpasset de forskellige producenters særlige behov og de forskellige forbrugergrupperes ønsker« (Metro I-dommen, jf. ovenfor), og at det »for... at kunne bedømme, om en [distributions]aftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til formål eller til følge, må ... undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen ikke fandtes. Der skal herved navnlig tages hensyn til arten af de produkter, der omfattes af aftalen, om deres mængde er begrænset eller ej, til parternes stilling og betydning på markedet for de pågældende produkter, og til, om aftalen står alene eller er et led i række aftaler« (L'Oréal-dommen, jf. ovenfor, præmis 19).
- 59 Domstolen har desuden fastslået, at »når adgangen til et selektivt salgssystem er undergivet betingelser, der går videre end en simpel objektiv udvælgelse på kvalitativt grundlag, særligt når adgangen beror på kvantitative kriterier, er salgssystemet

i princippet omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, for så vidt aftalen... opfylder forskellige betingelser, der i mindre omfang vedrører dens retlige karakter end dens forhold til 'handelen mellem medlemsstater' og til 'konkurrencen'« (L'Oréal-dommen, jf. ovenfor, præmis 17). Der skal herved henvises til, at selv om påvirkningen af konkurrencen inden for fællesmarkedet som følge af et sådant distributionssystem skal være tilstrækkelig mærkbar (Domstolens dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. s. 69, org. ref.: Rec. s. 295), behøver den på ingen måde at være aktuel. Påvirkningen af konkurrencen inden for fællesmarkedet behøver blot at være potentiel (Domstolens dom af 13.7.1966, jf. ovenfor, af 11.7.1985, sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. s. 2545, og af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT mod Kommissionen, Sml. s. 4487).

- 60 Det er disse principper, der skal danne grundlag for undersøgelsen af det første anbringende om, at Kommissionen ikke i retlig henseende har godtgjort, at den anmeldte aftale falder ind under anvendelsesområdet for forbuddet i Traktatens artikel 85, stk. 1. Retten skal herved først undersøge definitionen af det relevante marked, dernæst lovligheden af kriteriet for godkendelse af forhandlere og endelig den anmeldte standardkontrakts virkning for konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Definitionen af det relevante marked

- 61 Som det fremgår af betragtningerne til den anfægtede beslutning og Kommissionens svarskrift, finder Kommissionen, at det marked, der skal lægges til grund ved vurderingen af den eventuelle påvirkning af konkurrencen inden for fællesmarkedet som følge af den af sagsøgeren anmeldte standardkontrakt, er markedet for kosmetiske produkter. Ifølge sagsøgte omfatter det relevante marked — for så vidt angår de produkter, der sælges — skønhedspræparater og toiletartikler, hårplejemidler og parfumer. De produkter, Vichy sælger, udgør en komplet serie af ansigts- og kropsplejemedler, idet serien ikke omfatter parfumer. Hvad angår distributionsnettene er der ifølge Kommissionen tale om et marked, hvor man benytter sig af alle eksisterende distributionsnet for den pågældende type produkter. I henhold til den anfægtede beslutning findes der fire sådanne net, nemlig for det første store detailhandelsvirksomheder, såsom supermarkeder, materialhandlere og varehuse, for det andet selektiv distribution i parfumerier og stormagasiner baseret på salg af luksusvarer, for det tredje apoteker — hvorfra sagsøgerens produkter udelukkende sælges — og endelig direkte salg, navnlig postordresalg. Endelig ligger

det fast, at det relevante marked geografisk dækker hele fællesmarkedet, hvorved det dog bemærkes, at Vichy's produkter ikke sælges i Danmark. Retten konstaterer, at denne definition af markedet er helt identisk med definitionen i Vichy's anmeldelse.

62 Kosmetiske produkter sælges under mangfoldige mærker. Generelt er hvert mærke forbeholdt et bestemt distributionsnet. De mærker, der — som sagsøgerens — sælges på apoteker, forhandles ikke i luksusvarebutikker eller i store detailhandelsvirksomheder. Visse producenter tilbyder en lang række forskellige produkter. Dette gælder L'Oréal-koncernen, der udvælger distributionsnettene efter mærkenes prestige. Vichy har indrømmet, at nye og innovative produkter generelt først sælges på apoteker for derefter, når forbrugeren har vænnet sig til at bruge dem, at blive udbudt i større målestok — under andre mærker — i store detailhandelsvirksomheder og luksusparfumerier. I henhold til den undersøgelse, der er foretaget for Kommissionen af André-Paul Weber, jf. ovenfor, skyldes opdelingen i distributionsnet et ønske om at lade priserne på substituerbare produkter variere afhængigt af de net, de sælges gennem.

63 I henhold til de oplysninger, sagsøgeren selv har meddelt Kommissionen, udgjorde den samlede omsætning på det omhandlede marked i 1987 7,3 mia. DM i Tyskland, 30,3 mia. FF i Frankrig, 4 mia. LIT i Italien og 1,1 mia. UKL i Det Forenede Kongerige. I disse fire medlemsstater udgjorde salget af kosmetiske produkter gennem apoteker — ifølge samme oplysninger — henholdsvis 4,8%, 9%, 16,5% og 44% af den samlede omsætning. Vichy's omsætning i de fire medlemsstater udgjorde henholdsvis 1,5%, 2,2%, 3,5% og 1% af markedet for kosmetiske produkter og 32%, 25%, 21,4% og 2,2% af de kosmetiske produkter, der sælges gennem apoteker. Stadig ifølge Vichy var L'Oréal-koncernens andel af hele det vesteuropæiske marked 14% i 1986, varierende fra 25% for så vidt angår hårplejemidler til 7% for så vidt angår toiletartikler. L'Oréal-koncernens mest direkte konkurrent samme år var Lever-koncernen, som havde en markedsandel på 6%. L'Oréal-koncernen, som Vichy er et helejet datterselskab af, er markedsførende i Frankrig og Italien. Den er nummer fire i Tyskland og Det Forenede Kongerige. Den havde 1987 en omsætning på 3,4 mia. ECU, hvoraf sagsøgeren tegnede sig for de 116,5 mio. Ifølge sagsøgeren er markedet præget af en udvikling hen imod salg i store detailhandelsvirksomheder på bekostning af salget fra apoteker. Selv om markeds-

andelen for salget fra apoteker er stabil på mange områder, er den faldende på mange andre. Der er herved navnlig tale om produkter til børn, afsminkningsprodukter og shampoo. Det fremgår dog af den anfægtede beslutning, at markedsandelen for produkter, der sælges gennem apoteker, i Tyskland stiger kraftigere end det samlede marked.

- 64 Det er altså det således definerede marked, hvis struktur er beskrevet i enighed mellem parterne, der skal danne grundlag for vurderingen af, om Kommissionen retligt set har godtgjort, at der er tale om en mærkbar påvirkning af konkurrencen, der falder ind under anvendelsesområdet for forbuddet i Traktatens artikel 85, stk. 1. På dette foreløbige stadium i undersøgelsen af den af sagsøgeren anmeldte standardkontrakt drejer sagen sig, jf. den anfægtede beslutning, kun om den betingelse for at opnå godkendelse som forhandler, producenten har opstillet i alle de EF-medlemsstater, hvor selskabets produkter sælges, med undtagelse af Frankrig. Ifølge den anfægtede beslutning skal det pågældende krav, nemlig kravet om udøvelse af apotekervirksomhed, betragtes som et kvantitativt kriterium, der er i strid med Domstolens praksis (L'Oréal-dommen, jf. ovenfor), og det er under alle omstændigheder ikke nødvendigt med henblik på en hensigtsmæssig distribution af produkterne. Retten skal således først undersøge lovligheden af det af Vichy opstillede godkendelseskriterium og derefter dets eventuelle virkninger for konkurrencen og handelen mellem medlemsstaterne.

Lovligheden af godkendelseskriteriet

- 65 Som fastslået af Domstolen i dom af 25. oktober 1983 i sagen AEG mod Kommissionen (sag 107/82, Sml. s. 3151, præmis 33), påvirker de aftaler, som et selektivt eller eksklusivt distributionssystem er baseret på, som udgangspunkt konkurrencen. Visse produkter har dog sådanne særegenheder, at de kun hensigtsmæssigt kan sælges gennem specialforhandlere. Et selektivt eller eksklusivt distributionssystem kan således udgøre et led i konkurrencen, der er i overensstemmelse med Traktatens artikel 85, stk. 1, hvis det er godtgjort, at de pågældende produkters særegenheder gør det nødvendigt at indføre et sådant system af hensyn til bevarelsen af deres kvalitet og af hensyn til deres rette brug (L'Oréal-dommen, jf. ovenfor, præ-

mis 16), og såfremt udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed, og disse betingelser fastsættes ens for alle potentielle videreforhandlere og anvendes uden diskriminering (Metro I-dommen, jf. ovenfor, præmis 20). Endelig fastslog Domstolen i Binon-dommen af 3. juli 1985, jf. ovenfor, at »et selektivt distributionssystem for aviser og tidsskrifter, som påvirker handelen mellem medlemsstaterne, er forbudt efter Traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt udvælgelsen af videreforhandlerne sker i henhold til kvantitative kriterier«.

66 I de andre medlemsstater end Frankrig og Danmark kan kun apotekere godkendes som forhandlere af Vichy's produkter, og det fremgår af sagens akter, at der i seks af disse andre medlemsstater gælder en talmæssig begrænsning for adgangen til at udøve apotekervirksomhed.

67 Efter Rettens opfattelse er det som anført af Kommissionen uden betydning, om begrænsningen af antallet af salgssteder direkte skyldes strukturen i det distributionsnet, producenten har etableret. Alle eksklusive eller selektive distributionssystemer påvirker ganske vist efter deres beskaffenhed som udgangspunkt konkurrencen (Domstolens dom i sagen AEG mod Kommissionen, jf. ovenfor), men et kriterium for godkendelse til et eksklusivt eller selektivt distributionsnet må betragtes som kvantitativt som omhandlet i Binon-dommen, jf. ovenfor, når det har til formål eller til følge at skabe en kvantitativ begrænsning af antallet af salgssteder uafhængigt af forholdet mellem udbud og efterspørgsel. Når begrænsningen af antallet af salgssteder ikke skyldes de normale markedsforhold, skal det af producenten opstillede kriterium for godkendelse som forhandler betragtes som kvantitativt. Det er altså herved uden betydning, om begrænsningen af antallet af salgssteder følger af allerede gældende regler eller udelukkende skyldes producentens ønsker, når disse i hvert fald ikke er uden indflydelse på den konstaterede begrænsning af antallet af salgssteder.

68 Det skal i relation til nærværende sag blot bemærkes, at kriteriet for godkendelse af forhandlerne nødvendigvis bliver kvantitativt som følge af nationale bestemmel-

ser, som producenten ikke har kunnet undgå at kende, og som han tværtimod har villet udnytte fuldt ud. For apotekernes vedkommende er antallet af mulige salgssteder ganske vist forholdsvist stort, men dette ændrer ikke noget ved, at det af Vichy opstillede godkendelseskriterium er kvantitativt. Som det med rette er fremhævet af Kommissionen i duplikken, kan en producent, der vælger kun at sælge sine produkter i lufthavne, ikke gøre gældende, at begrænsningen af antallet af salgssteder ikke skyldes hans egne forhold.

- 69 Også selv om det måtte lægges til grund, at det af Vichy opstillede godkendelseskriterium kan betragtes som et kvalitativt kriterium — hvilket efter Rettens opfattelse som netop anført ikke er tilfældet — ville kravet om, at kun apotekere kan godkendes som forhandlere af Vichy's produkter, under alle omstændigheder ikke være nødvendigt for et hensigtsmæssigt salg af disse produkter. Da Vichy har erkendt, at produkterne ikke kan sidestilles med lægemidler, og at de kan substitueres med tilsvarende produkter, som sælges gennem et eller flere af de tre andre distributionsnet, der findes på markedet for kosmetiske produkter, jf. ovenfor, er et sådant kriterium på ingen måde nødvendigt for et hensigtsmæssigt salg af de omhandlede produkter, hvorfor kriteriet er uforholdsmæssigt. Ganske vist er et krav om, at der på salgsstedet skal være en specialiseret professionel rådgiver, legitimt, for så vidt som forhandleren skal have visse særlige kundskaber for at kunne hjælpe forbrugeren med at finde det mest velegnede produkt ud fra hans ønsker og behov og for bedst muligt at kunne oplyse ham om, hvorledes produktet skal anvendes og opbevares, men denne rådgivningsfunktion kan som anført af Kommissionen fuldt ud sikres forbrugeren ved, at der findes en farmaceut på salgsstedet. Det er hermed godtgjort, at de omhandlede produkters kendetegn som anført af Kommissionen på ingen måde ud fra forbrugerbeskyttelseshensyn nødvendiggør et så uforholdsmæssigt godkendelseskriterium som kravet om udøvelse af apoteker-virksomhed.

- 70 Der er som påpeget af Kommissionen en væsentlig forskel mellem kosmetiske produkter og lægemidler. I modsætning til, hvad der gælder med hensyn til salg af lægemidler, kræver salg af kosmetiske produkter nemlig ikke andre forholdsregler end dem, der følger af nationale og fællesskabsretlige regler om kontrol med kosmetiske produkters uskadelighed, navnlig reglerne i Rådets direktiv 76/768/EØF af 27. juli 1976 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kos-

metiske midler (EFT L 262, s. 169), med senere ændringer. Disse regler sikrer, at de kosmetiske midler, der sælges, ikke er til fare for forbrugernes helbred, og at salg af produkterne ikke kræver yderligere beskyttelsesforanstaltninger som dem, der gælder for lægemidler.

- 71 Som det med rette er fremhævet af Kommissionen i den 18. betragtning til den anfægtede beslutning, bevidner eksamensbeviset som farmaceut, at den pågældende anses for at være i besiddelse af alle de faglige kundskaber i farmakologi, biologi, toksikologi og dermatologi, som er nødvendige for at drive et apotek. Ved ikke at anse sådanne faglige kvalifikationer for tilstrækkelige til at kunne rådgive kunderne i fornødent omfang har sagsøgeren således ved siden af det kvalitative kriterium om, at forhandlerne skal være farmaceuter, opstillet et yderligere krav, der uden objektiv begrundelse kan begrænse antallet af salgssteder og ændre disses karakter. Vichy's ønske om at tilbyde sine kunder samme rådgivning som den, der kræves i forbindelse med anvendelse af lægemidler, kan således ikke betragtes som en nødvendig følge af de omhandlede produkters særlige kendetegn, men derimod som en salgsstrategi, der har til formål at skabe og opretholde et varemærkeimage ved at udnytte apotekernes anseelse. Sagsøgeren har i øvrigt ikke bestridt det af Kommissionen anførte om, at L'Oréal-koncernens luksusmærker, som omfatter endnu mere omfattende og differentierede serier end Vichy-serien, sælges i luksusparfumerier, ikke af indehavere af eksamensbeviser på videnskabelige områder, men af sælgere, der har en faglig uddannelse i skønhedspleje.
- 72 Det må herefter anses for berettiget, at Kommissionen i forbindelse med sin foreløbige undersøgelse har fundet, at det af Vichy anvendte godkendelseskriterium er kvantitativt og uforholdsmæssigt.
- 73 Som fastslået af Domstolen i L'Oréal-dommen, jf. ovenfor, falder et sådant godkendelseskriterium herefter i princippet ind under Traktatens artikel 85, stk. 1, for så vidt som standardkontrakten »opfylder forskellige betingelser, der i mindre omfang vedrører dens retlige karakter end dens forhold til handelen mellem medlemsstater og til konkurrencen«.

Påvirkningen af konkurrencen og handelen mellem medlemsstaterne

- 74 Ved bedømmelsen af den eventuelle konkurrencebegrænsende virkning af det af producenten opstillede godkendelseskriterium i relation til forbuddet i Traktatens artikel 85, stk. 1, skal det undersøges, om kriteriet medfører en tilstrækkelig mærkbar forbrejning af konkurrencen inden for Fællesskabet, dvs. at det navnlig skal undersøges, om det på grundlag af samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, faktisk eller potentielt kan øve en sådan indflydelse på varehandelen mellem medlemsstaterne, at det kan befrygtes, at den kan hindre virkeliggørelsen af et enhedsmarked mellem disse stater (Domstolens dom 30.6.1966, jf. ovenfor).
- 75 Det fremgår af den til Kommissionen anmeldte standardkontrakt, at organisationen af Vichy's distributionsnet i alle landene undtagen Grækenland er baseret på ni generalagenter, der har eneret til at sælge Vichy's produkter i den medlemsstat, hvor de har hjemsted. Syv af dem er helejede datterselskaber i L'Oréal-koncernen. I Spanien og Irland er generalagenterne datterselskaber, som koncernen ejer henholdsvis 70% og 50%. Generalagenterne indgår kontrakter med såvel grossister som detailhandlere, hvorved kun apoteker kan godkendes. Apotekerne videre-sælger selv de af kontrakten omfattede produkter til forbrugerne. Vichy's samlede distributionsnet i hver af de pågældende medlemsstater består dels af grossister, som er bundet af aftaler på grundlag af brevveksling eller af de generelle salgsbetingelser, dels af apoteker, der er bundet til en grossist eller en generalagent i henhold til individuelle kontrakter eller de generelle salgsbetingelser.
- 76 I medfør af den såkaldte »EF-klausul«, der alt efter tilfældet indsættes i de individuelle distributionsaftaler, i de på grundlag af brevveksling indgåede aftaler eller i de generelle salgsbetingelser, er salg inden for distributionsnettet tilladt, hvad enten køberen har hjemsted i samme medlemsstat som sælgeren eller i en anden medlemsstat. Salg i mellemløddene, dvs. salg, der ikke sker til den endelige forbruger, er imidlertid forbudt, når køberen står uden for distributionsnettet. Dette forbud indebærer navnlig, at en apoteker med hjemsted i en af de berørte medlemsstater kun kan overdrage de af kontrakten omfattede produkter til en anden apoteker eller til en forbruger — når der bortses fra situationen i Frankrig. Såfremt der foretages salg i strid med dette forbud, tilbagekaldes godkendelsen. Vichy sikrer

sig, at denne klausul overholdes, ved at pålægge forhandlerne at opbevare fakturaerne vedrørende salg i mellemeleddene i mindst et år.

- 77 Selv om producenten i princippet lovligt kan sikre sig, at der ikke sker salg i mellemeleddene til forhandlere, der står uden for distributionsnettet, kan det af producenten opstillede godkendelseskriterium efter Rettens opfattelse på trods af den ovenfor omtalte »EF-klausul« påvirke handelen mellem medlemsstaterne. Kravet om, at forhandlerne skal være apotekere, har nemlig til formål og til følge at forbyde en apoteker med hjemsted i en hvilken som helst af de berørte medlemsstater at overdrage de af kontrakten omfattede produkter til en forhandler, der ikke er apoteker, eller til en forbruger. Dette forbud kan følgelig indskrænke handelen mellem de pågældende medlemsstater ved at fjerne den »parallelimport«, som andre erhvervsdrivende kunne tænkes at foretage med henblik på at udnytte de konstaterede prisforskelle. Mens en forhandler med hjemsted i Frankrig for at opnå godkendelse kun skal kunne godtgøre, at han har kundskaber inden for »kosmetologi, biologi, dermatologi og farmaci, som er bekræftet ved et eksamensbevis på universitetsniveau«, fører det godkendelseskriterium, der anvendes i de andre medlemsstater, til, at den import, der hidrører fra apotekerne i disse lande, danner grænsen for den import, detailhandlerne i Frankrig — i samme distributionsled — kan foretage. Tilsvarende har godkendte forhandlere i de andre berørte medlemsstater kun ved import fra Frankrig mulighed for at erhverve de i kontrakterne omhandlede produkter fra andre end grossister eller apotekere. Vichy's godkendelseskriterium i de andre medlemsstater end Frankrig påvirker således handelen mellem medlemsstaterne.

- 78 Det omtvistede godkendelseskriterium påvirker ikke blot handelen mellem medlemsstaterne, men begrænser også i sig selv konkurrencen. På baggrund af de fagets regler, apotekerne er bundet af, er konkurrencen — og navnlig konkurrencen på priser — for et givet produkts vedkommende nemlig stærkt begrænset inden for distributionsnettet af apoteker. Følgelig finder konkurrencen på priser for et givet produkts vedkommende først og fremmest sted gennem konkurrencen mellem apotekerne og de andre distributionsnet. Konkurrencen kan principielt

skabes ved hjælp af de forskelle i de gennemsnitlige priser for samme produkt, som konstateres i detailleddet i de forskellige medlemsstater. Da godkendelseskriteriet imidlertid medfører et forbud mod konkurrence med de andre distributionsnet og indebærer, at det inden for nettet af apoteker kun er produkter fra Frankrig, som vil kunne konkurrere med de aftaleprodukter, der sælges gennem apotekerne, begrænser det af Vichy anvendte kriterium om apotekervirksomhed konkurrencen i Fællesskabet.

79 Hertil kommer, som anført af Kommissionen, at den forbrejning af konkurrencen i Fællesskabet, der følger af det af producenten anvendte godkendelseskriterium, er så meget mere mærkbar, som konkurrencen mellem apotekerne notorisk er ringe som følge af såvel adgangs begrænsningen som de fagetiske regler, apotekere i de fleste af de berørte medlemsstater er bundet af. Ifølge den anfægtede beslutning, som ikke er blevet bestridt på dette punkt, kan forskellene i de gennemsnitlige salgspriser, som generalagenterne eller grossisterne indrømmer detailhandlerne, variere op til 30% fra en medlemsstat til en anden. Som det med rette er anført i den 19. betragtning til den anfægtede beslutning, følger det heraf, at den reelle konkurrence mellem apotekerne og de andre distributionskanaler — der i det foreliggende tilfælde navnlig kan favorisere handelen mellem medlemsstaterne ved at skabe konkurrence, og specielt priskonkurrence mellem distributionsnettene for et produkts vedkommende — bliver begrænset tilstrækkelig mærkbart, jf. Traktatens artikel 85, stk. 1.

80 Desuden skal virkningen af den omtvistede kontrakt bedømmes ud fra dens »økonomiske og retlige sammenhæng« (Domstolens dom af 28.2.1991, jf. ovenfor). Herved er »forekomsten af andre lignende kontrakter... en omstændighed, der sammen med andre kan danne den økonomiske og juridiske sammenhæng, hvori kontrakten bør bedømmes« (Domstolens dom af 12.12.1967, jf. ovenfor). Selv om »det forhold, at den pågældende aftale på dette marked indgår i en række lignende aftaler, som tilsammen påvirker konkurrencen, [blot er] en af de omstændigheder, som skal tages i betragtning ved vurderingen af« markedets funktion (Domstolens dom af 28.2.1991, jf. ovenfor), har Kommissionen med rette i den 19. betragtning til anfægtede beslutning anført, at det i det foreliggende tilfælde »for at vurdere, om konkurrencebegrænsningen og påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater er mærkbar, er... nødvendigt at tage hensyn til den kumulative virkning, som

skyldes, at der for samtlige kosmetikmærker, som sælges gennem apoteker, findes parallelle eksklusive distributionssystemer. Dermofarmaciens markedsandel andrager mellem 5% og 40% af det samlede marked for kosmetiske produkter. Det kan derfor fastslås, at der er tale om mærkbar konkurrencebegrænsning og mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater, uanset afgrænsningen af det relevante marked«.

- 81 Vichy kan herefter ikke støtte ret på dommen af 28. februar 1991, jf. ovenfor, hvori Domstolen i relation til en såkaldt »åbningsklausul«, der var indeholdt i en aftale om eksklusiv levering af øl, bl.a. udtalte, at »en aftale om levering af øl, som giver en videreforhandler adgang til at købe øl fra andre medlemsstater, ... ikke [kan] påvirke handelen mellem medlemsstaterne, når denne adgang også giver en inden- eller udenlandsk leverandør en reel mulighed for at levere videreforhandleren øl med oprindelse i andre medlemsstater«. I det foreliggende tilfælde følger begrænsningen af handelen mellem medlemsstaterne nemlig af selve godkendelseskriteriet, der begrænser handelen ved — som fastslået ovenfor — uden lovlig grund at udelukke visse former for handel.
- 82 Under disse omstændigheder og i betragtning af den meget omfattende serie af produkter, der sælges, og sagsøgerens tidligere beskrevne stilling på markedet samt under hensyntagen til, at den anmeldte standardkontrakt vedrører ti af de tolv medlemsstater, kan der hverken gives sagsøgeren medhold i, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der foreligger en tilstrækkelig mærkbar påvirkning af konkurrencen inden for fællesmarkedet, eller i, at de begrænsninger af konkurrencen, sagsøgerens distributionsnet medfører, opvejes af konkurrencen fra de mærker, der sælges gennem andre distributionsnet, idet denne konkurrence rent faktisk er meget begrænset.
- 83 Det må herefter anses for berettiget, at Kommissionen i forbindelse med sin foreløbige undersøgelse har fundet, at det af Vichy i den anmeldte standardkontrakt anvendte godkendelseskriterium efter dets karakter er ulovligt og kan påvirke konkurrencen og handelen i Fællesskabet tilstrækkelig mærkbart, og at det således er i strid med artikel 85, stk. 1. Det tredje anbringende kan herefter ikke tiltrædes.

*Anbringendet om anvendelse af artikel 85, stk. 3**— Parternes argumenter*

84 Vichy har gjort gældende, at det under alle omstændigheder er med urette, at Kommissionen har nægtet at indrømme selskabet en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Kriteriet om apotekervirksomhed opfylder nemlig fuldt ud kravene i denne bestemmelse, mens Kommissionens holdning er ubegrundet, og den begrænsning af konkurrencen, der naturligt følger af det valgte kriterium, er nødvendig. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, bidrager det af Vichy etablerede distributionssystem nemlig til at forbedre produktionen og fordelingen af varerne og til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling, samtidig med, at det sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved. Mens undersøgelsen af, om Vichy's distributionssystem er i overensstemmelse med bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 1, har kunnet foretages af de franske domstole, er Kommissionen derimod enekompetent til at afgøre, om artikel 85, stk. 3, kan anvendes. Ifølge Vichy må den anfægtede beslutning herefter annulleres, da Kommissionen ikke har undersøgt distributionssystemet på grundlag af artikel 85, stk. 3, selv om den både havde modtaget en begæring om en negativattest og en begæring om en erklæring om uanvendelighed. Endelig forrykker Kommissionens argument om, at apotekerne ikke kan tilbyde særlige fordele i forhold til farmaceuter, der ikke arbejder på apoteker, diskussionen, idet denne reduceres til kun at dreje sig om, hvad der kendetegner et salgssted, nemlig et apotek.

85 Efter Vichy's opfattelse bidrager den eksklusive distribution fra apoteker til den økonomiske udvikling, idet systemet har tre fordele:

— Garanti for et komplet vareudvalg

Ifølge Vichy — der har påpeget, at Kommissionens argumentation er selvmodsigende, idet Kommissionen lægger producenten ulemperne ved salget fra apoteker til last uden at ville anerkende fordelene herved — er det afgørende spørgsmål ikke, om fordelene ved valget af distributionsnet skyldes producentens forhold. Det er ifølge selskabet tilstrækkeligt at konstatere, at salget fra apoteker for forbrugerne indebærer visse fordele, som vil forsvinde, hvis andre

distributionsnet gives adgang til selskabets produkter. Sagsøgeren har i øvrigt i det væsentlige gjort gældende, at det distributionssystem, selskabet har valgt for sine produkter, giver forbrugerne fordelene af en garanti for hurtige nye forsyninger, som er karakteristisk for apotekernes distributionssystem ud fra hensynet til beskyttelse af sundheden.

— Afkast af investeringerne

Ifølge Vichy skal Kommissionen i overensstemmelse med de principper, Domstolen har opstillet i sin dom af 13. juli 1966, jf. ovenfor, vurdere systemets »indvirkning på en objektivt konstaterbar forbedring af produktionen og varefordelingen«. Denne betingelse er opfyldt i det foreliggende tilfælde, idet producenten har samme interesse som forbrugerne i, at risiciene minimeres.

— Apotekerens rådgivning

Kommissionens opfattelse af, at produkterne først sælges på apotekerne og derefter under andre mærker uden for disse, er forkert, idet det er det forhold, at et produkt ikke længere har karakter af en nyskabelse, der gør det muligt senere at sælge det uden for apotekerne. Denne »banalisering« påvirker imidlertid på ingen måde selve mærket.

- ⁸⁶ Ifølge sagsøgeren kan et produkt ikke på samme tid sælges både på apotekerne og uden for disse. Vichy har herved bemærket, at det af Kommissionen anførte om, at konkurrencen mellem apotekerne nødvendigvis er begrænset på grund af de fagetske regler, apotekere er bundet af, er udtryk for en forenklet og forældet tankegang. Selskabet har endelig understreget, at forbrugerne drager fordel af den service, apotekere yder, idet disse har til opgave at rådgive og forklare. Denne service rækker ud over den rene priskonkurrence, som konkurrencebegrebet ikke kan reduceres til, og den bliver ikke forringet ud fra prishensyn.

- 87 Kommissionen har anført, at det ikke i forbindelse med den anfægtede beslutning er nødvendigt at undersøge, om de fordele, der følger af apotekeres faglige kvalifikationer, kan danne grundlag for en fritagelse, da beslutningen udelukkende drejer sig om det forhold, at salgssteder, hvor der findes farmaceuter, udelukkes fra distributionsnettet. Eftersom de salgssteder, hvor der findes farmaceuter, har samme fordele i relation til forhandlerens faglige kvalifikationer, er det logisk at antage, at apotekere ikke kan tilbyde særlige ekstra fordele. Det af Vichy anførte om, at apotekere — på grund af deres erfaring, deres fagets forpligtelser og deres evne at skabe et personligt forhold til kunderne og sikre tilbagemeldinger til producenten — har kvalifikationer, som farmaceuter, der ikke arbejder på et apotek, ikke er i besiddelse af, er rent teoretiske og udokumenterede betragninger.
- 88 Hvad angår de andre fordele ved at sælge fra apoteker, som Vichy har påberåbt sig, har Kommissionen anført, at selskabet på dette stadium i sagen ikke er fremkommet med noget nyt i forhold til de argumenter, der blev fremført under den administrative procedure. Garantien for et komplet vareudvalg skyldes ikke distributionssystemet. Selskabet kan ikke under henvisning til den økonomiske udvikling påberåbe sig virksomhedens individuelle interesse i at få et afkast af sine investeringer. En åbning af Vichy's distributionsnet for andre salgssteder end apoteker forhindrer ikke producenten i at benytte sig af apotekeres rådgivning ved lancering af nye produkter. Argumentet om, at nye produkter først sælges på apotekerne, strider mod det forhold, at salget senere sker uden for apotekerne under andre mærker. Vichy's argumentation er selvmodsigende, da selskabet både gør gældende, at dets produkter er nye kosmetiske produkter, der nødvendigvis må sælges i forbindelse med særlig rådgivning med henblik på oplysning af forbrugerne, og at disse har et frit valg, idet de, hvis de ønsker det, kan købe et tilsvarende produkt i varehuse.
- 89 Kommissionen har endelig anført, at forbrugerne ville have en større valgfrihed, hvis de kunne købe det samme produkt gennem andre distributionsnet. Forbrugerne kan ikke træffe deres valg med fuldt kendskab til markedet, når ét og samme produkt sælges under forskellige mærker, alt efter hvilket distributionsnet der benyttes. Endelig har Kommissionen under henvisning til den af Cour d'appel,

Paris, den 28. januar 1988 afsagte dom, jf. ovenfor, gjort gældende, at priskonkurrencen nødvendigvis begrænses af de fagetiske regler, apotekerne er bundet af. Det kan på baggrund af det således anførte efter Kommissionens opfattelse ikke antages, at forbrugerne i rimelig grad får fordel af en teknisk eller økonomisk udvikling. Vichy's væsentligste formål med det omhandlede distributionssystem er nemlig at give sine produkter et bestemt image og ikke at tjene forbrugernes interesser.

— *Rettens bemærkninger*

Bidraget til den økonomiske udvikling

- 90 Indledningsvis bemærkes, at Domstolen i sin dom af 15. marts 1967, jf. ovenfor, udtalte, at »efter... artikel 15, stk. 6, skal Kommissionen ... meddele aftaleparterne, at der efter dens opfattelse ikke findes grundlag for anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 3; ... når der i denne forbindelse er levnet Kommissionen et vist skøn, er den så meget desto mere forpligtet til, inden for de særlige rammer for (forordning nr. 17's) artikel 15, stk. 6, at træffe afgørelse for at fastslå, 'at der ikke findes grundlag' for en anvendelse af artikel 85, stk. 3«.
- 91 Retten skal gennemgå de tre argumenter, Vichy har fremført til støtte for, at det eksklusive salg fra apoteker bidrager til den økonomiske udvikling, ét efter ét. Sagsøgeren har gjort gældende, at det valgte distributionssystem giver garanti for et komplet vareudvalg, sikrer et afkast af investeringerne og giver mulighed for at etablere et samarbejde med apotekerne.
- 92 Det er korrekt, at det første argument om garanti for et komplet vareudvalg er et element, der alt efter omstændighederne ved det solgte produkt kan tages i betragtning ved bedømmelsen af et distributionssystem. I den sag, der førte til Metro I-dommen, jf. ovenfor, indeholdt samarbejdsaftalen mellem producenten og grossisterne således en forpligtelse for sidstnævnte til at indgå leveringskontrakter for et halvt år forud under hensyntagen til den sandsynlige vækst på markedet. Dom-

stolen udtalte i den pågældende dom, at »såvel leveringsaftalerne for seks måneder som hensynet til markedets sandsynlige vækst gør det muligt at sikre dels en vis stabilitet i leveringen af de pågældende artikler, hvilket medfører en bedre dækning af de kunders behov, som grossisten leverer til, ...; ... herved sikres en mere regelmæssig afsætning til gavn for producenten ... såvel som for grossisten ... og i sidste instans også for virksomhederne ...« (præmis 43).

- 93 Også selv om det lægges til grund, at de garantier for nye forsyninger, der gør sig gældende for salget af farmaceutiske produkter, i hver af de berørte medlemsstater kan overføres til apotekernes salg af andre produkter, har sagsøgeren imidlertid i det foreliggende tilfælde på ingen måde godtgjort, at der ikke ved hjælp af en hensigtsmæssig forvaltning af lagrene i et hvilket som helst andet distributionsnet end nettet af apoteker vil kunne gives forbrugerne en garanti for et komplet vareudvalg svarende til den, de har hos apotekerne. Det bemærkes herved — som det med rette er anført i den 25. betragtning til den anfægtede beslutning — at forpligtelsen til at føre et fuldstændigt udvalg ikke er en betingelse for godkendelse af forhandleren og ikke engang er anført i de generelle salgsbetingelser. Sagsøgeren kan på den baggrund ikke gøre gældende, at der er en årsagsforbindelse mellem det anvendte godkendelseskriterium og det påståede bidrag til den økonomiske udvikling. Det er herved ligeledes med rette anført i den anfægtede beslutning, at der i andre distributionsnet end nettet af apoteker kan opnås lignende fordele ved hjælp af aftalemæssige forpligtelser.

- 94 Med hensyn til sagsøgerens andet argument bemærkes, at rentabiliteten af producentens investeringer i forbindelse med lanceringen af et produkt eller en serie af nye produkter alt efter omstændighederne i det konkrete tilfælde også kan være en fordel, der kan tages hensyn til som et bidrag til den økonomiske udvikling. Selv om Kommissionen har anført, at dette ikke kan være tilfældet, er dette resultat i øvrigt i overensstemmelse med Kommissionens praksis (jf. f.eks. Kommissionens beslutning af 12.1.1990, IV-32.006 — Alcatel Espace / Nachrichtentechnik, EFT L 32, s. 19, hvori Kommissionen udtrykkeligt tager hensyn til en optimering af investeringsudgifterne som begrundelse for at fritage en aftale om forskning og udvikling inden for rumfartskommunikationsudstyr). Sagsøgeren har imidlertid i det foreliggende tilfælde ikke godtgjort, at rentabiliteten af den nødvendige investering ved lanceringen af et produkt eller en serie af produkter skulle være højere

ved salg gennem apoteker end hvad der ville kunne opnås ved hjælp af et andet distributionsnet. I øvrigt understreges det med rette i den 26. betragtning til den anfægtede beslutning, at Vichy ved at udvide sit distributionsnet til også at omfatte farmaceuter på ingen måde afskærer sig fra at søge bistand hos apotekerne ved lanceringen af nye produkter.

- 95 Endelig er sagsøgerens tredje og sidste argument om, at selskabet nyder godt af et samarbejde med apotekerne — som det i høj grad lægger vægt på for at forbedre sine produkter — uden betydning, da det ikke er godtgjort, at denne bistand er væsentlig anderledes end den, som en farmaceut, der ikke arbejder på et apotek, kan yde. Desuden er dette argument, som det med rette er anført i den 27. betragtning til den anfægtede beslutning, i strid med det faktum, at produkterne i en senere fase sælges under andre mærker uden for apotekernes distributionsnet. Som allerede nævnt skyldes denne situation snarere producentens ønske om at skabe et holdbart image for sine produkter gennem apotekerne end et ønske om at forbedre et senere salg af produkterne uden for apotekerne. Det bemærkes i øvrigt, at der i Frankrig efter afskaffelsen af det omtvistede godkendelseskriterium er blevet indsat en særlig klausul i distributionskontrakterne, hvorefter forhandlerne er forpligtet til at placere Vichy's produkter sammen med mindst fem mærker med et tilsvarende image, idet de ellers mister deres godkendelse.
- 96 Mere generelt bemærkes, at gennemgangen af sagsøgerens to sidste argumenter — som det i øvrigt også er understreget af Kommissionen — giver anledning til at påpege, at Vichy's opfattelse skal relativiseres. Kommissionen har nemlig ikke bestridt, at sagsøgeren har ret til at sælge sine produkter gennem salgssteder, hvor der er farmaceuter. Diskussionen skal således begrænses til en undersøgelse af fordelene ved salget gennem apoteker i forhold til et salg gennem et forhandlernet, hvor kunderne kan modtage rådgivning fra en farmaceut. Det synes på den baggrund kun at være det første af sagsøgerens tre argumenter, der særligt vedrører distributionen gennem apotekerne.

Kravet om, at en rimelig del af fordelene skal tilfalde forbrugerne

- 97 Ifølge sagsøgeren er det, der kendetegner en farmaceut, der arbejder på et apotek, frem for en farmaceut, der arbejder et andet sted, den faglige erfaring, de fagetiske forpligtelser og det personlige forhold til kunderne, hvilket er med til at give forbrugerne en bedre service.
- 98 Som tidligere nævnt skal diskussionen begrænses til en vurdering af, hvilken andel af fordelene der tilfalder forbrugerne direkte og udelukkende som følge af salget gennem apotekerne. Sagsøgeren har imidlertid på ingen måde godtgjort, at den rådgivende og vejledende funktion er et særligt kendetegn ved apotekerne, og at en farmaceut, der ikke tilhører dette distributionsnet, ikke vil kunne sikre kunderne en tilsvarende service. Sagsøgeren har således ikke dokumenteret, at det, såfremt selskabets distributionsnet åbnes for forhandlere, der er uddannede farmaceuter, men ikke apotekere, ikke vil være muligt at introducere nye produkter på markedet eller at udvikle deres image. Vichy har heller ikke godtgjort, at uddannede farmaceuter, der ikke udøver deres virksomhed på et apotek, ikke vil kunne have en tilsvarende faglig erfaring eller opnå et personligt forhold til kunderne. Desuden kan argumentet om de fagetiske forpligtelser, der påhviler apotekere, kun afvises, da det ud fra de omhandlede produkters karakter på ingen måde er nødvendigt, at disse sælges under overholdelse af en særlig etik, selv hvis det i øvrigt måtte antages, at de fagetiske forpligtelser, der påhviler apotekere, er strengere end dem, andre farmaceuter er bundet af. Som det med rette er nævnt i den anfægtede beslutning, kan sagsøgeren heller ikke hævde, at forbrugerne opnår en rimelig andel af fordelene ved et distributionssystem, der gør det muligt uden for apotekerne at sælge produkter, der kan sidestilles med og substitueres med dem, der sælges på apotekerne under andre mærker, og som således gør det umuligt for forbrugerne at foretage deres valg med fuldt kendskab til markedet. Som det med rette er anført i den 29. betragtning til den anfægtede beslutning, vil sagsøgeren således ikke miste nogen af de anførte fordele ved at åbne sit distributionsnet for farmaceuter uden for apotekerne.

- 99 Når Kommissionen i forbindelse med sin foreløbige undersøgelse har fundet, at der ikke er grundlag for at anvende artikel 85, stk. 3, i det foreliggende tilfælde, har dette således hverken været baseret på et urigtigt faktisk grundlag, en urigtig retsopfattelse eller et åbenbart urigtigt skøn. Det fjerde anbringende i stævningen kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om, at artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 ikke finder anvendelse

— *Parternes argumenter*

- 100 Vichy har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, da de særlige betingelser, anvendelsen af de pågældende bestemmelser ifølge Domstolens praksis er undergivet, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Ifølge selskabet er der tre sådanne betingelser, nemlig at der skal være tale om en åbenbar og grov overtrædelse, ond tro hos den berørte virksomhed og uopsættelighed.
- 101 Vichy har i replikken erkendt, at de to sidste betingelser reelt ikke er knyttet til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. Sagsøgeren har kun påberåbt sig betingelserne om uopsættelighed og ond tro for at henlede opmærksomheden på nogle faktiske omstændigheder, som der skal tages hensyn til, nemlig Kommissionens holdning, som har givet sig udslag i dels en formening om, at selskabet ikke er i god tro, dels at Kommissionen har truffet en foreløbig beslutning, selv om den siden august 1989 har rådet over alle de oplysninger, der er nødvendige for at foretage en fuldstændig og tilbundsgående undersøgelse af det af Vichy anmeldte distributionssystem.
- 102 Hvad angår kravet om, at der skal være tale om en åbenbar og grov overtrædelse, har Vichy anført, at Domstolen i sin dom af 15. marts 1967, jf. ovenfor, udtalte, at beslutninger i medfør af artikel 15, stk. 6, ville være i strid med Traktaten, »i tilfælde, hvor betingelserne for denne bestemmelses anvendelse ikke klart er op-

fyldt«. Den anfægtede beslutning opfylder imidlertid på ingen måde de i retspraksis opstillede krav. De bemærkninger, Kommissionen er fremkommet med til støtte for anvendelsen af artikel 15, stk. 6, er sagen uvedkommende, da der ikke er konstateret en fordrejning af konkurrencen på et på forhånd defineret relevant marked. Ved at begrænse sin undersøgelse til det krav om apotekervirksomhed, som skal opfyldes, for at der kan opnås godkendelse som forhandler, og ved ikke at behandle de andre betingelser i Vichy's distributionskontrakt har Kommissionen tilsidesat retssikkerhedsprincippet og proportionalitetsprincippet uden at begrunde sin beslutning.

103 Ifølge Vichy er ingen af de af Kommissionen fremførte begrundelser for beslutningen berettigede. Hverken Kommissionens henvisninger til henholdsvis national retspraksis, den af Cosimex indgivne klage og Kommissionens beslutning af 14. december 1989 (Association pharmaceutique belge, »APB-beslutningen«, IV-32.202, EFT 1990 L 18, s. 35), eller det forhold, at der findes to forskellige distributionssystemer inden for fællesmarkedet, kan begrunde den anfægtede beslutning. Ifølge Vichy medførte den nævnte dom fra Cour d'appel, Paris, ikke, at selskabet havde pligt til at ændre sit distributionssystem i de andre medlemsstater end Frankrig, hvorfor denne dom ikke er relevant. Den omstændighed, at Cosimex har indgivet en klage, er ikke tilstrækkelig til, at det kan lægges til grund, at der foreligger en åbenbar og grov overtrædelse. Klagen stammer navnlig ikke fra en erhvervsdrivende, der har været udelukket fra distributionsnettet. Endelig kan Kommissionen ikke med rette påberåbe sig APB-beslutningen af 14. december 1989, jf. ovenfor, da den ikke har den rækkevidde, Kommissionen tillægger den. Ved denne beslutning, som vedrørte kontrakter om salg af farmaceutiske produkter gennem apoteker i Belgien, anerkendte Kommissionen, at producenterne frit kunne tilrettelægge salget af deres produkter. Beslutningen foregriber ikke spørgsmålet om producentens frihed til at sælge sine produkter selektivt gennem apoteker. Den indeholder ingen bedømmelse af et af producenten indført distributionssystem. I øvrigt er den begrænset til en undersøgelse af konkurrencen mellem mærkerne inden for et bestemt distributionssystem, mens der i relation til kosmetiske produkter skal tages hensyn til den stærke konkurrence, der findes mellem de forskellige former for distribution.

104 Vichy har understreget, at det forhold, at der findes to distributionssystemer inden for fællesmarkedet, ikke kan tilregnes selskabet, men skyldes de resultater, man er nået frem til i fransk ret, nemlig påbuddene fra det franske Konkurrenceråd om at ændre distributionssystemet på det franske marked. Vichy har for sit vedkom-

mende truffet alle nødvendige forholdsregler for at sikre produkternes frie bevægelighed inden for fællesmarkedet. Sagsøgeren har understreget, at Kommissionen ikke har henvist til faktiske forhold, der kan danne grundlag for påstanden om, at forhandlerne uden for apotekerne i højere grad end disse vil kunne konkurrere på priser. Selskabet har i øvrigt anført, at dette klagepunkt ikke blev fremsat som et sådant i meddelelsen af klagepunkterne, og at den anfægtede beslutning allerede derfor bør annulleres.

- 105 Ifølge Kommissionen har Vichy ikke ret i, at der gælder fire betingelser for at anvende artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, nemlig betingelserne om en klar overtrædelse, en grov overtrædelse, ond tro hos virksomheden og den påtænkte foranstaltningens uopsættelighed. Kommissionen har således anført, at de to sidstnævnte betingelser aldrig har skullet være opfyldt forud for anvendelsen af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. De to eneste betingelser herfor er kravene om en åbenbar og grov overtrædelse, således som de er opstillet i Domstolens dom af 15. marts 1967, jf. ovenfor.
- 106 Kommissionen har begrundet den anfægtede beslutning med de tidligere afgørelser, den har henvist til, og med det forhold, at sagsøgeren ikke er fremkommet med nogen begrundelse for, at der findes to forskellige distributionssystemer inden for fællesmarkedet. Kommissionen finder, at dens beslutning er tilstrækkeligt begrundet i relation til begge de to betingelser, idet den er af den opfattelse, at opretholdelsen af et system med eksklusiv distribution fra apoteker i ti medlemsstater i betragtning af de påpegede forhold udgør en åbenbar og grov overtrædelse. Den har ikke betragtet disse forhold særskilt, men derimod som en helhed, der viser, at der er tale om en åbenbar og grov overtrædelse.
- 107 Den omstændighed, at det franske Konkurrenceråd, Cour d'appel, Paris, og den franske Cour de cassation alle har fastslået, at systemet med eksklusiv distribution af de kosmetiske produkter fra apoteker ikke blot er i strid med konkurrencereg-

lerne i national ret, men også med Traktatens artikel 85, betyder ifølge Kommissionen, at det kan lægges til grund, at opretholdelsen af et sådant system i resten af Fællesskabet er en åbenbar overtrædelse.

108 Kommissionen finder desuden, at den med rette har taget hensyn til den af Cosimex indgivne klage, da klagen viser, at overtrædelsen ikke er rent teoretisk. Det fremgår af klagen, sammenholdt med de andre forhold, der er lagt vægt på, at der er tale om en åbenbar og grov overtrædelse.

109 Kommissionen har endvidere anført, at den i sin beslutning i APB-sagen, jf. ovenfor, klart gav udtryk for, at den forpligtelse, der blev pålagt producenten til ikke at sælge det omhandlede produkt gennem andre distributionsnet end apotekerne, begrænsede konkurrencen og indebar, at forbrugerne mistede muligheden for at vælge mellem de forskellige distributionsnet, uden at de dermed kunne drage fordel af forbedringen af distributionen. Det forhold, at det i APB-beslutningen var den anmeldte kontrakt, der pålagde producenten ikke at sælge produkterne uden for apotekerne, mens det i Vichy-sagen er producenten selv, der har valgt ikke at sælge sine produkter uden for disse, ændrer ikke væsentligt ved bedømmelsen i relation til Traktatens artikel 85, stk. 1, da påvirkningen af konkurrencen er den samme i de to tilfælde.

110 Endelig finder Kommissionen, at den med rette har påberåbt sig den omstændighed, at der i Fællesskabet findes to forskellige distributionssystemer, idet dette i strid med Traktatens formål fører til en afskærmning og en opdeling af markedet. Argumentet om, at et sådant klagepunkt ikke blev meddelt selskabet, er ikke holdbart, således som det fremgår af punkt 85 i meddelelsen om klagepunkterne. Tilsvarende kan Kommissionen ikke siges at være fremkommet med et nyt argument i svarskriftet vedrørende afskærmningen og opdelingen af markedet, idet det fremgår af den 32. betragtning til den anfægtede beslutning, at »Vichy... ikke [har] anført nogen argumentation, som, set i lyset af artikel 85, kan retfærdiggøre anvendelsen af to forskellige distributionssystemer i det fælles marked«.

— *Rettens bemærkninger*

- 111 Indledningsvis bemærkes, at Domstolen i sin dom af 15. marts 1967, jf. ovenfor, udtalte, at proceduren i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 »i praksis indebærer stillingtagen til spørgsmålet, om der faktisk foreligger en så alvorlig overtrædelse af forbuddet i artikel 85, stk. 1, at en undtagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, forekommer udelukket ...«. Det skal således undersøges, om den overtrædelse af artikel 85, stk. 1, som Kommissionen i forbindelse med sin foreløbige undersøgelse konstaterede ved at træffe den anfægtede beslutning i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, i det foreliggende tilfælde har den i den nævnte dom omtalte klart alvorlige karakter.
- 112 Til støtte for, at der foreligger en sådan overtrædelse, har Kommissionen navnlig påberåbt sig dels tre tidligere afgørelser, dels den opdeling af fællesmarkedet, der følger af, at der er etableret to forskellige distributionssystemer.

De tidligere afgørelser

- 113 Kommissionen har i den anfægtede beslutning fremført tre argumenter: den af Cosimex indgivne klage, Kommissionens egen beslutning vedrørende Association pharmaceutique belge (APB), jf. ovenfor, og de resultater, man er nået frem til i fransk ret. Under den skriftlige forhandling har Kommissionen tilkendegivet, at den ikke har villet påberåbe sig disse tre forhold særskilt, men som et samlet hele.
- 114 Hvad angår Cosimex' klage til Kommissionen i 1988 over at være blevet nægtet adgang til Vichy's distributionsnet — en klage, som Vichy fik kendskab til i slutningen af 1988 — bemærkes, at sagsøgeren ganske vist med rette har anført, at denne klage ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan danne grundlag for at antage, at distributionssystemet var i strid med Traktaten. Efter Rettens opfattelse beviser klagen imidlertid, at i hvert fald én erhvervsdrivende er blevet udelukket fra Vichy's distributionsnet, fordi den pågældende ikke opfyldte godkendelseskriteriet om apotekervirksomhed. Selv om Kommissionen forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning besluttede at henlægge klagen, viser denne ikke desto mindre, at påvirkningen af konkurrencen som følge af Vichy's distributionssystem ikke blot

er teoretisk, og at Kommissionen var berettiget til at tage hensyn til den under den foreløbige undersøgelse, den foretog i forbindelse med den anfægtede beslutning.

- 115 Hvad angår APB-beslutningen af 14. december 1989, jf. ovenfor, finder Retten, at Kommissionen var berettiget til at tage hensyn til beslutningen, der blev truffet i henhold til artikel 85, stk. 3, ved bedømmelsen af, om der forelå en åbenbar og grov overtrædelse, også selv om de faktiske omstændigheder ikke er helt de samme som i den foreliggende sag, idet APB-beslutningen vedrører salg af parafarmaceutiske produkter fra apoteker. I den 28. og den 29. betragtning til beslutningen fastslog Kommissionen, at det eksklusive salg af parafarmaceutiske produkter fra apoteker i Belgien begrænsede konkurrencen mellem apotekerne og de andre distributionsnet og betød, at aftalen i den anmeldte udgave ikke kunne opnå en fritagelse fra reglerne i artikel 85, stk. 1, i medfør af artikel 85, stk. 3. Kommissionen anførte i beslutningen, at det anmeldte distributionssystem medførte, at forbrugerne ikke kunne vælge mellem de forskellige forhandlernet. Retten finder i øvrigt, at Kommissionen, der skal tage hensyn til alle de forhold, den er bekendt med på det tidspunkt, hvor den træffer en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, med fuld ret kunne henvise til APB-beslutningen, selv om denne blev vedtaget efter Vichy's anmeldelse af standardkontrakten. Kommissionen kunne således med rette støtte sig til APB-beslutningen, da den i forbindelse med sin foreløbige undersøgelse skulle afgøre, om den konstaterede overtrædelse var åbenbar og grov.

- 116 Hvad angår de resultater, man var nået frem til i henhold til fransk ret, konstaterer Retten, at Vichy's anmeldelse — hvori der sondres mellem et distributionssystem, der anvendes i Frankrig, og et distributionssystem, der anvendes i alle de øvrige medlemsstater — rent faktisk er foretaget efter afsigelsen af den franske Cour de cassation's dom af 25. april 1989, hvorved den nævnte dom af 28. januar 1988 fra Cour d'appel, Paris, blev stadfæstet. Ved Cour d'appel's dom var Konkurrencerådet blevet frifundet i sagen til prøvelse af dets beslutning af 9. juni 1987, jf. ovenfor. Der blev i disse tre afgørelser i tidsrummet fra juni 1987 til april 1989 konsta-

teret en overtrædelse af artikel 7 i den franske anordning af 1. december 1986 om frie priser og fri konkurrence og af Traktatens artikel 85 som følge af det eksklusive salg af visse kosmetiske produkter gennem apoteker, herunder sagsøgerens produkter. Hvad angår sagsøgerens distributionsaftaler pålagde Konkurrencerådet ved sin nævnte beslutning af 9. juni 1987 sagsøgeren at fjerne den klausul, der forbød forhandlerne at sælge produkterne til andre forhandlere, fra kontrakten, og at undlade at anvende godkendelseskriteriet om apotekervirksomhed.

- 117 Vichy har ret i, at beslutningen fra Konkurrencerådet og dommene fra Cour d'appel, Paris, og Cour de cassation ikke pålagde selskabet andre forpligtelser end forpligtelsen til at ændre sine distributionsaftaler i Frankrig, hvilket selskabet har gjort. Sagsøgeren må imidlertid, da selskabet anmeldte sin standardkontrakt for de andre medlemsstater end Frankrig, have været klar over, at det på baggrund af ligheden mellem de regler om lovligheden af eksklusive og selektive distributions-systemer, der anvendes af henholdsvis fællesskabsinstitutionerne og de kompetente franske myndigheder, med rimelighed måtte forventes, at det anmeldte system ville kunne blive erklæret i strid med artikel 85 for så vidt angår de andre medlemsstater end Frankrig.
- 118 Det fremgår desuden af sagens akter, at sagsøgeren så meget mere måtte være klar over, at det var højst sandsynligt, at de standardkontrakter, der blev anmeldt til Kommissionen for så vidt angår de andre medlemsstater end Frankrig, ville kunne blive erklæret i strid med Traktatens artikel 85, som påbuddet fra Konkurrencerådet om at fjerne forbuddet mod videresalg — i modsætning til påbuddet vedrørende kriteriet for godkendelse af forhandlerne — blev efterkommet for alle de anmeldte kontrakter, altså både kontrakterne for Frankrig og kontrakterne for de andre medlemsstater. Dette viser efter Rettens opfattelse, at sagsøgeren bevidst og med fuldt kendskab til forholdene kun for så vidt angår distributionsaftalerne for Frankrig efterkom det andet af de to påbud fra Konkurrencerådet. Der var derfor hverken udtryk for en urigtig retsopfattelse eller et urigtigt skøn, at Kommissionen tog hensyn til de resultater, man var nået frem til i henhold til fransk ret, da den i forbindelse med sin foreløbige undersøgelse skulle afgøre, om den konstaterede overtrædelse var åbenbar og grov.

Opdelingen af markedet

- 119 Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at Vichy ved at anmelde to forskellige distributionssystemer inden for fællesmarkedet har bidraget til en opdeling heraf. Det er i den 32. betragtning til den anfægtede beslutning anført, at Vichy — efter at have efterkommet fællesskabsbestemmelserne i Frankrig — for de øvrige medlemsstater vedkommende anmeldte et system med eksklusiv distribution gennem apoteker uden på baggrund af artikel 85 at retfærdiggøre anvendelsen af to forskellige distributionssystemer. Det konkluderes på dette grundlag i den anfægtede beslutning, at »en opretholdelse af aftalen om eksklusiv distribution fra apoteker, som gælder for ti medlemsstater, er en alvorlig og åbenbar overtrædelse af artikel 85«. Sagsøgeren har anfægtet dette klagepunkt for så vidt angår såvel formaliteten som realiteten.
- 120 Selskabet har med hensyn til formaliteten gjort gældende, at beslutningen bør annulleres, da det pågældende klagepunkt, som er indeholdt i betragtningerne til beslutningen, ikke var blevet meddelt selskabet, hvilket Kommissionen har bestridt under henvisning til punkt 85 i meddelelsen om klagepunkterne, der lyder således: »Overtrædelsen af artikel 85, stk. 1, begyndte for ca. 30 år siden, da man i Frankrig indførte systemet med eksklusiv distribution fra apoteker. I løbet af 1970'erne blev systemet udvidet til at omfatte de øvrige medlemsstater (med undtagelse af Danmark). Systemet blev anmeldt i 1985 (for så vidt angår Frankrig) og i 1989, idet den ændring, der blev foretaget i Frankrig i 1988, ikke blev udvidet til at omfatte de øvrige medlemsstater. Der er i denne situation behov for en meddelelse fra Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 6.«
- 121 Det følger af Domstolens praksis (jf. dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck mod Kommissionen, Sml. s. 3125, og af 7.6.1983, jf. ovenfor), at kravene til meddelelsen om klagepunkterne mod virksomheden er opfyldt, hvis den selv summarisk, men klart angiver de væsentligste faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på, dog forudsat at Kommissionen under den administrative procedure fremfører de oplysninger, der er nødvendige af hensyn til kontradiktionsprincippet. Der kan således ikke lovligt pålægges en virksomhed en sanktion, hvis den hviler på et klagepunkt, der ikke er blevet meddelt virksomheden, og denne ikke er sat i stand til at tage stilling til betydningen af de faktiske omstændigheder eller de dokumenter, Kommissionen har påberåbt sig, eller til de konklusioner, den drager heraf (jf. Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461). Retten finder, at

meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 i betragtning af de virkninger, de har, kun kan være lovlige, i det omfang den berørte virksomhed i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 og den praksis, Kommissionen har fulgt i nærværende sag, sættes i stand til at fremkomme med sine bemærkninger til de klagepunkter, Kommissionen har fremsat imod den. Selv om virksomheden er bekendt med de faktiske forhold og de dokumenter, som Kommissionen støtter sig til, da den selv forinden har tilstillet Kommissionen disse, må det på baggrund af kontradiktionsprincippet kræves, at Kommissionen, inden den giver en meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, oplyser virksomheden om de konklusioner, den agter at drage af virksomhedens anmeldelse, og om den argumentation, der ligger til grund herfor.

122 Ved bedømmelsen af sagsøgerens argument om, at artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 er uanvendelig på grund af en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, skal det afgøres, om Kommissionen, særligt i relation til klagepunktet om en opdeling af markedet, nøje har overholdt de netop fremstillede principper. Retten finder ikke, at den 32. betragtning til den anfægtede beslutning er væsentligt anderledes formuleret end punkt 85 i meddelelsen om klagepunkterne. Der kan derfor ikke gives sagsøgeren medhold i, at selskabet ikke blev sat i stand til at fremkomme med sine bemærkninger til den argumentation, der danner grundlag for Kommissionens beslutning. Denne del af sagsøgerens anbringende kan derfor ikke tiltrædes.

123 Hvad angår spørgsmålet, om Kommissionens begrundelse er materielt berettiget, bemærkes, at Cour de cassation ved at stadfæste dommen af 28. januar 1988 fra Cour d'appel, Paris, jf. ovenfor, for Frankrigs vedkommende klart havde fastslået — i øvrigt på linje med Konkurrencerådets oprindelige afgørelse — at Vichy's kontrakt om eksklusiv distribution fra apoteker bl.a. var i strid med Traktatens artikel 85. Ikke desto mindre anmeldte sagsøgeren for ti medlemsstaters vedkommende til Kommissionen en standardkontrakt, hvis regler om kriteriet for godkendelse af forhandlere var de samme som dem, som der var taget stilling til ved de franske myndigheders afgørelser og domme. Følgelig måtte sagsøgeren rimeligvis påregne, at Kommissionen for så vidt angår den anmeldte standardkontrakt ville indtage samme standpunkt som de franske myndigheder og retsinstanser. Sagsøge-

ren må have været klar over, at det resultat, de franske myndigheder og retsinstanser var nået frem til, var i overensstemmelse med Domstolens praksis om eksklusiv eller selektiv distribution, idet det i de pågældende afgørelser under udtrykkelig henvisning til de fællesskabsretlige konkurrenceregler blev lagt til grund, at det rejste spørgsmål var tilstrækkelig klart til, at det ikke var nødvendigt at anmode om en præjudiciel afgørelse i medfør af Traktatens artikel 177, hvorefter i hvert fald Cour de cassation har pligt til at indhente en sådan præjudiciel afgørelse på de betingelser, der er fastlagt i Domstolens dom af 6. oktober 1982 i sagen CILFIT og Lanificio di Gavardo (sag 283/81, Sml. s. 3415). Domstolens nævnte praksis, som der er henvist til i den 18. betragtning til den anfægtede beslutning, og som der er nærmere redegjort for i nærværende dom, er særlig omfattende for så vidt angår salg af kosmetiske produkter. Den er en integrerende del af fællesskabsretten og må derfor formodes at være kendt, navnlig af en erhvervsdrivende, som sælger kosmetiske produkter på markederne i elleve af de tolv medlemsstater og tilhører en koncern, der indtager en stærk stilling på det omhandlede marked. Vichy var således klar over, at det til Kommissionen anmeldte distributionssystem, som indeholdt et kvantitativt og uforholdsmæssigt godkendelseskriterium, klart var i strid med artikel 85.

124 Under alle omstændigheder kan Vichy ikke i denne sag, der drejer sig om den foreløbige bedømmelse af den standardkontrakt for de andre medlemsstater end Frankrig, der blev anmeldt til Kommissionen den 29. august 1989, ikke påberåbe sig en tilsidesættelse af en berettiget forventning, som skulle være baseret på en manglende reaktion fra Kommissionens side efter den i 1985 foretagne anmeldelse af den standardkontrakt for distribution, der udelukkende vedrørte Frankrig, navnlig fordi Kommissionen ikke imødekom denne oprindelige begæring om en negativttest eller en erklæring om uanvendelighed, og da der i tiden fra 1985 til 1989 blev truffet de tre ovennævnte afgørelser fra Konkurrencerådet, Cour d'appel, Paris, og den franske Cour de cassation, hvorved der igen blev rejst tvivl om lovligheden af det distributionssystem for Frankrig, som Vichy oprindeligt anmeldte til Kommissionen.

125 Det er derfor i tilstrækkelig grad godtgjort, at sagsøgeren anmeldte den standardkontrakt, der ligger til grund for den anfægtede beslutning, med fuldt kendskab til

omstændighederne. Selv om de enkelte betragtninger til den anfægtede beslutning hver for sig ikke er tilstrækkelige til at godtgøre, at der var tale om en åbenbar og grov overtrædelse af artikel 85, og at det dermed var berettiget at anvende artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, følger dette tilstrækkelig klart af sammenhængen i betragtningerne.

126 Kommissionen har herefter i forbindelse med den foreløbige undersøgelse, den har foretaget på grundlag af de fremførte argumenter og de oplysninger, den var i besiddelse af — under hensyn til alle de betragtninger til den anfægtede beslutning, hvori der konstateres en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og hvori det afvises at indrømme en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, og under hensyn til de betragtninger til samme beslutning, der særlig vedrører anvendelsen af proceduren i artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 — hverken taget udgangspunkt i et urigtigt faktisk grundlag, eller baseret sig på en urigtig retsopfattelse eller på et urigtigt skøn ved i det foreliggende tilfælde at lægge til grund, at den konstaterede overtrædelse af artikel 85, stk. 1, var tilstrækkelig åbenbar og grov til, at det måtte være udelukket at indrømme en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, og at det derfor var berettiget at træffe en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17.

127 Det femte anbringende om, at overtrædelsen af artikel 85 ikke var åbenbar og grov, kan herefter ikke tiltrædes.

128 Sagsøgte bør herefter frifindes.

Sagens omkostninger

- 129 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling)

- 1) Sagsøgte frifindes.
- 2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Cruz Vilaça

Barrington

Saggio

Briët

Biancarelli

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. februar 1992.

H. Jung
Justitssekretær

J. L. Cruz Vilaça
Præsident