

In de zaak 5-69, waarin door het Oberlandesgericht München aan het Hof van Justitie is verzocht om krachtens artikel 117 van het E.E.G.-Verdrag in het voor het Oberlandesgericht aanhangig geding :

F. VOLK, koopman te Kempten (Duitsland),

tegen

Firma Ets. J. VERVAECKE s.p.r.l. te Brussel

bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen inzake de uitlegging van artikel 85, alinea 1, van het E.E.G.-Verdrag, wijst

HET HOF VAN JUSTITIE

samengesteld als volgt : R. Lecourt, President, A. Trabucchi en J. Mertens de Wilmars, Kamerpresidenten, A.M. Donner, W. Strauß (Rechter-Rapporteur), R. Monaco en P. Pescatore, Rechters, J. Gand, Advocaat-Generaal, A. Van Houtte, Griffiers, het volgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

I — De voorgeschiedenis

Volgens de prejudiciële beslissing en het in eerste instantie door het Landgericht Kempten op 29 juni 1967 gewezen vonnis liggen aan het bodemgeschil de navolgende feiten ten grondslag:

A — De heer Völk staat aan het hoofd van de firma Josef Erd & Co., waarin wasmachines van het merk „Konstant” worden vervaardigd. De firma Vervaecke handelt in elektrische en huishoudelijke apparaten.
Door beide firma's werd op 15 september 1963 een schriftelijke overeen-

komst aangegaan, waarin onder meer het navolgende is bepaald :

- „1. De firma Josef Erd & Co. verleent ... aan de firma J. Vervaecke de alleenverkoop harer produkten voor de Europese gebieden van België en Luxemburg.
.....
4. a) De firma J. Vervaecke ... verplicht zich maandelijks \pm 80 apparaten van de firma Josef Erd & Co. te betrekken.
.....
- c) Als aanlooptijd ter bereiking van dit aantal wordt een termijn van zes maanden, gerekend vanaf de ondertekening, overeengekomen.
.....
8. a) De firma Josef Erd & Co. verplicht zich de firma J. Vervaecke ... in het haar toegezegde alleenverkoopgebied te beschermen.
- b) Voor zoveel tot het assortiment van de firma Josef Erd & Co. behorende apparaten niet door de firma J. Vervaecke ... worden verhandeld, staat het de firma Josef Erd & Co. vrij deze apparaten aan een andere importeur te leveren.
- c) Ieder door de firma Josef Erd & Co. voor het eerst op de markt gebracht apparaat moet aan de firma J. Vervaecke ... worden aangeboden en mag slechts nadat deze zal hebben te kennen gegeven het niet te willen verhandelen, aan een andere importeur worden aangeboden.
9. De firma J. Vervaecke ... verplicht zich geen apparaten van concurrerende firma's te verkopen welke de constructie-eigenschappen van de apparaten der firma Josef Erd & Co. vertonen."

Deze overeenkomst werd in de loop van het jaar 1964 meermalen schriftelijk aangevuld; met name

— werd de in artikel 4 bedoelde aanlooptijd tot 31 oktober 1964 ver-

lengd en de mogelijkheid van verdere verlenging tot 31 december 1964 voorzien;

— werd overeengekomen „dat op grond van de ontwikkeling van de verkoop in het jaar 1964 in januari 1965 op grond van de voorhanden gegevens betreffende de verkoop (verkoopstatistieken) een definitieve minimum-afname per maand nader zou worden vastgesteld”.

Volgens de heer Völk is op 19 november 1964 tussen partijen een nadere (mondelijke) afspraak gemaakt van de navolgende inhoud :

- a) De firma Vervaecke betreft van de firma Erd vanaf 1 februari 1965 iedere twee maanden 50 stuks wascombinaties ... totdat een totaal van 600 apparaten zal zijn bereikt.
- b) Voor iedere eenheid wordt een prijs van DM 578.— vastgesteld. De firma Vervaecke verplicht zich telkens na aflevering van een zending van 50 apparaten aan de firma Erd terstond voor de koopprijs kosteloos een accept met een looptijd van vier maanden te verstrekken.
- c) Nadat de firma Vervaecke haar verplichting tot afname van totaal 600 stuks wascombinaties ... zal zijn nagekomen, zal zij door de leveringsovereenkomst van 15 september 1963 niet langer gebonden zijn.

De firma Vervaecke betwist het tot stand komen van zodanige overeenkomst. Nopens de betekenis welke door partijen aan de overeengekomen territoriale bescherming wordt gehecht, is met name verklaard :

- a) door de getuige Greta Vervaecke : dat de heer Völk aan de firma Vervaecke de alleenvertegenwoordiging in België en Luxemburg heeft toegezegd en heeft beloofd ervoor te zorgen dat niemand anders de door de firma Erd vervaardigde wasmachines in bedoeld gebied kan verkopen; dat de firma Vervaecke hieraan veel gewicht heeft gehecht; dat zij anders geen minimum-afnameverplichting op zich zou hebben genomen; dat de heer Völk heeft

verklaard te kunnen beletten, dat derden zijn apparaten vanuit Duitsland of van elders in België zouden invoeren; dat de heer Völk voorts heeft verlangd, dat de firma Vervaecke zich tot verkoop in België en Luxemburg beperkte.

- b) door de getuige O. Völk :
dat het echtpaar Vervaecke het sluiten van de overeenkomst afhankelijk heeft gesteld van de voorwaarde, dat hun firma het alleenverkooprecht voor genoemde gebieden kreeg; dat hij, getuige, de echtelieden Vervaecke heeft toegezegd, dat alle leveranties aan andere Belgische klanten zouden worden gestaakt en dat aan leveranties van andere Duitse firma's een einde zou worden gemaakt wanneer de firma Erd van dezelfde kennis mocht krijgen; dat hij evenwel niet heeft verlangd, dat door de firma Vervaecke alleen naar België of Luxemburg zou worden geleverd, doch haar heeft toegestaan ook te leveren in landen waar de firma Erd toen geen tegenwoordiger had.

B — Volgens de heer Völk is de firma Vervaecke haar contractsverplichting niet nagekomen. Hij stelde een vordering in bij het Landgericht Kempten en werd bij vonnis van 29 juni 1967 in hoofdzaak in het gelijk gesteld. De firma Vervaecke kwam toen in beroep bij het Oberlandesgericht München.

In beide instanties is door de firma Vervaecke betoogd, dat de litigieuze overeenkomsten volgens artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag als nietig zijn te beschouwen, omdat haar daarin een absolute territoriale bescherming werd verzekerd. De heer Völk acht de overeenkomsten evenwel rechtsgeldig, aangezien het door hem in België en Luxemburg bereikte — en ook het door hem aldaar in feite beoogde — markt-aandeel uiterst gering is. In dit verband heeft hij verder betoogd dat zijn produktie aan wasmachines en centrifuges heeft bedragen :
in 1963 — 2 361 eenheden
in 1964 — 2 066 eenheden

in 1965 — 1 652 eenheden
in 1966 — 821 eenheden.

II — Inhoud en motivering der prejudiciële beschikking

Het Oberlandesgericht München nam op 5 december 1968 een beschikking, waarin aan het Hof van Justitie wordt verzocht om overeenkomstig artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag uitspraak te doen inzake de navolgende vraag :

„Dient ter beantwoording van de vraag, of de litigieuze overeenkomst van 15 september 1963 met bijlagen gedagtekend 1 januari 1964 en 11 maart 1964 op grond van artikel 85, alinea 1, van het E.E.G.-Verdrag verboden is, te worden gelet op het in feite bereikte of nagestreefde aandeel van verzoeker in de markt van de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap, met name in het verkoopprayeron van verweerster — België en Luxemburg — dat absolute bescherming geniet ?”

Ter motivering heeft het Oberlandesgericht erop gewezen dat zijn beslissing afhangt van de vraag, of de tussen partijen in het bodemgeschil gesloten overeenkomst nietig is.

III — De procesvoering

De prejudiciële beschikking is op 28 januari 1969 ingekomen ter Griffie van het Hof van Justitie.

De firma Vervaecke en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben overeenkomstig artikel 20 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de E.E.G. schriftelijke opmerkingen ingediend; de Commissie heeft haar standpunt ter terechtzitting van 7 mei 1969 mondeling toegelicht.

De Advocaat-Generaal heeft ter terechtzitting van 3 juni 1969 mondeling zijn met redenen omklede conclusie genomen.

De firma Vervaecke werd ten deze vertegenwoordigd door mr. Ledoux, advocaat te Brussel, de Commissie door haar juridisch adviseur dr. Zimmermann.

IV — Samenvatting van de argumenten van partijen

De firma Vervaecke betoogt, dat met betrekking tot het litigieuze contract sprake is van een zogenaamde alleenverkoopovereenkomst. Zij verwijst met name naar de punten 1, 4 a) en 8 a) van het contract.

Laatstgenoemde bepaling is niet te verenigen met artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag en de desbetreffende uitvoeringsverordeningen der Commissie. Zij voorziet een zogenaamde „geheel gesloten exclusiviteit”, immers de firma Erd wordt er niet alleen toe verplicht niet aan andere afnemers in België en Luxemburg te leveren, doch bovendien om maatregelen te treffen ter verhindering van parallele leveringen in deze gebieden.

Anderzijds is de firma Vervaecke volgens het contract gehouden per maand ten minste 80 apparaten af te nemen; zij zou daartoe nimmer in staat zijn geweest wanneer een andere firma binnen het beschermde rayon dezelfde apparaten zou hebben verhandeld. Zij zou deze afnameplicht dan ook niet op zich hebben genomen, wanneer haar voormelde gebiedsbescherming niet was toegezegd. Daarom is het contract niet alleen wat punt 8 betreft, doch in zijn geheel nietig.

De Commissie der Europese Gemeenschappen heeft in hoofdzaak betoogd :

a) Feitelijk kan worden vastgesteld :

- dat het litigieuze contract onder andere niet bij de Commissie is aangemeld;
- dat de totale produktie aan wasmachines op het gebied van de gemeenschappelijke markt in 1963 2 997 000 en in 1966 4 179 000 eenheden heeft bedragen en de totale produktie in de

Bondsrepubliek in 1963 1 036 000 en in 1966 1 482 000 eenheden, terwijl de produktie van de firma Erd (2 361 eenheden) 0,08 % van de totale produktie op het gebied van de gemeenschappelijke markt en 0,2 % van de produktie in de Bondsrepubliek beliep;

- dat in België in 1963 121 000 en in 1966 63 000 stuks wasmachines zijn vervaardigd en dat in datzelfde jaar in België en Luxemburg totaal 163 000 apparaten zijn verhandeld, zodat het aantal volgens de litigieuze overeenkomst door de firma Vervaecke jaarlijks om te zetten eenheden (960) 0,6 % van bedoelde totale omzet bedroeg.

- b) Volgens de bewoordingen van de vraag van het Oberlandesgericht wordt toepassing van het Verdrag op een afzonderlijk geval verlangd, waartoe het Hof van Justitie in het kader van artikel 177 niet bevoegd is. Toch kan men er de eigenlijke uitleggingsvraag zonder meer uit afleiden, namelijk of voor de toepassing van artikel 85, alinea 1, dient te worden gelet op het marktaandeel van de fabrikant die met een handelaar een alleenverkoopovereenkomst met absolute territoriale bescherming sloot.
- c) Uit de beschikking van de Commissie van 23 september 1964 (Publikatieblad van 20 oktober 1964, blz. 2545-64 e.v.) en uit het arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1966 (zaken 56 en 58-64, Grundig-Consten/Commissie, Jurisprudentie, deel XII, 1966, blz. 450 e.v.) kan niet worden afgeleid, dat iedere dergelijke overeenkomst onder het verbod van artikel 85 valt.
- d) De Commissie verwijst naar bepaalde verordeningen waarin een aanmeldingsplicht is voorzien of een groepsgewijze vrijstelling van overeenkomsten wordt mogelijk gemaakt c.q. verleend :
 - Verordening no. 17/62 van de Raad (Publikatieblad van 21 februari 1962, blz. 204/62 e.v.);
 - Verordening no. 153/62 van de Commissie (Publikatieblad van 24 december 1962, blz. 2918/62 e.v.);
 - Verordening no. 19/65/EEG van de Raad (Publikatieblad van 6 maart 1965, blz. 533/65 e.v.);
 - Verordening no. 67/67/EEG van de

Commissie (Publikatieblad van 25 maart 1967, blz. 849/67 e.v.).

In deze verordeningen wordt geen bindende uitspraak gedaan over de vraag, of een concrete overeenkomst onder het verbod valt (men vergelijk ook 's Hofs arrest van 13 juli 1966, 32-65, Italië/Commissie, Jurisprudentie, deel XII, 1966, blz. 580, onder 2). Ook het achterwege laten van de aanmelding brengt derhalve niet ipso jure mede, dat een overeenkomst als verboden moet worden beschouwd (arrest van het Hof van 30 juni 1966, 56-65, Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Jurisprudentie, deel XII, 1966, blz. 392, onder 4).

De bepalingen van de litigieuze overeenkomst voldoen grotendeels aan de in Verordening no. 67/67 voor groepsgewijze vrijstellingen genoemde voorwaarden; afgezien van het achterwege blijven der aanmelding staat ook het feit, dat de firma Erd zich verplichtte de firma Vervaecke in het haar toegezegde rayon te beschermen, aan toepassing van genoemde Verordening volgens artikel 3, onder b, in de weg. Volgens hetgeen hiervoor is betoogd is zulks echter voor de beantwoording van de aan het Hof van Justitie gestelde vraag niet doorslaggevend en moet de litigieuze overeenkomst veeleer onafhankelijk van voormelde voorschriften worden onderzocht.

- e) De overeenkomst is een „overeenkomst tussen ondernemingen” in de zin van artikel 85, alinea 1.

Zulke overeenkomsten beogen, naar door de Commissie nader is betoogd, verandering, beperking of vervalsing der mededinging. Volgens 's Hofs Jurisprudentie en het door de Commissie bij haar beschikkingen gevolgde beleid is het verbod van artikel 85 niet reeds van kracht, wanneer alleen van het beogen of teweegbrengen van een zuiver theoretische beperking der mededinging sprake is. Veeleer moet wat het *doel* betreft, een „voldoende mate van benadeling” zijn beoogd; wat betreft de *gevolgen* wordt door het Hof van Justitie een „merkbare” beperking verlangd (arrest 56-65, t.a.p. blz. 414/415). Weliswaar werd door het Hof van Justitie in zijn arrest 56 en 58-64 (t.a.p. blz. 516)

betoogd, dat „op de concrete gevolgen ener overeenkomst geen acht meer behoeft te worden geslagen, wanneer eenmaal is gebleken dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen”. Deze uitspraak heeft echter alleen betrekking op de aan bedoeld arrest ten grondslag liggende bijzondere feiten en wil niet in het algemeen zeggen, dat de mate waarin de gevolgen zich doen gevoelen, niet meer van belang is wanneer vaststaat, dat de overeenkomst beoogt de mededinging te verstoren. Het ware ook met de strekking van artikel 85 niet wel te verenigen, wanneer men verschillende maatstaven zou gaan aanleggen al naar gelang het om het doel of om de gevolgen van de desbetreffende overeenkomst gaat.

- f) Voor de vraag of van een overeenkomst een merkbare invloed op de marktsituatie uitgaat, moet bij alleenverkoopovereenkomsten de marktpositie waarin derde ondernemingen en verbruikers als gevolg van de overeenkomst komen te verkeren, worden vergeleken met die welke zich zonder de overeenkomst zou voordoen (arrest 56-65, t.a.p. blz. 415). Hierbij komt het in feite aan op het marktaandeel dat de fabrikant op de gemeenschappelijke markt of binnen een beschermd rayon bezit of verkrijgt. Dienovereenkomstig moet volgens het arrest 56-65 (t.a.p. blz. 417) onder meer „worden gelet op ... aard en hoeveelheid der produkten waarop de overeenkomst betrekking heeft” en „de plaats door elk van beide partijen bij de overeenkomst op de betrokken markt ingenomen”. Toetst men het onderhavige geval aan deze criteria, dan moet worden vastgesteld :

— dat het merk van de door de firma Erd vervaardigde wasmachines nagenoeg onbekend is gebleven en in concurrentie staat met gelijksoortige produkten van een aantal andere fabrikanten die zich een aanmerkelijk betere marktpositie verwierven;

— dat produktie en marktaandeel van de firma Erd van weinig betekenis zijn, of men nu het gehele gemeenschappelijke marktgebied, de Bondsrepubliek of het verkoopgebied België/Luxemburg in aanmerking neemt;

- dat de producent in zodanig geval de mededinging niet merkbaar vermag te beperken, ook niet door middel van een overeenkomst waarin strenge gebiedsbescherming wordt toegezegd.
- g) Om dezelfde redenen kan ook niet worden aangenomen, dat de litigieuze overeenkomst „de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden” (artikel 85, alinea 1): Ook hier is een zekere mate van benadeling noodzakelijk.

Ten aanzien van het recht

- 1 Overwegende dat het Oberlandesgericht te München bij beschikking van 5 december 1968, ingekomen ter griffie van het Hof op 28 januari 1969, krachtens artikel 177 van het Verdrag tot oprichting van de E.E.G. de vraag heeft gesteld of ter bepaling of de litigieuze overeenkomst onder het in artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag omschreven verbod valt, dient te worden gelet op het door verzoeker in feite bereikte of nagestreefde aandeel in de markt in de Lid-Staten der E.E.G., met name in België en Luxemburg, verkoopgebied waarvoor verweerster absolute bescherming geniet;
- 2 Overwegende dat het Hof, ofschoon in het kader van artikel 177, letter a, niet tot toepassing van het Verdrag op het onderhavige geval bevoegd, nochtans uit de bewoordingen van de verwijzingsbeschikking de vragen welke alleen de uitlegging van het Verdrag betreffen, kan afleiden;
- 3 dat de gestelde vraag overeenkomsten betreft welke worden gekenmerkt doordien een producent, die aan een wederverkoper het uitsluitend recht tot verkoop van zijn produkten in bepaalde landen van de gemeenschappelijke markt heeft toegekend, zich heeft verplicht de wederverkoper te beschermen tegen leveringen waartoe derden in die landen mochten overgaan, terwijl de wederverkoper zich tegenover hem heeft verbonden geen concurrerende produkten te verkopen;
- 4 dat de vraag er derhalve op neerkomt of ter bepaling of zodanige overeenkomsten onder het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag omschreven verbod vallen, moet worden gelet op het marktaandeel dat de concedent in het concessiegebied heeft of tracht te verwerven;
- 5 Overwegende dat de overeenkomst, om de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden, op grond van het geheel van objectieve omstandigheden —

feitelijk of rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten kan beïnvloeden in een voor de verwezenlijking van de doelstellingen van één enkele markt tussen Staten schadelijke zin;

- 6 dat voorts het verbod van artikel 85, lid 1, slechts kan worden toegepast op voorwaarde dat de betrokken overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst;
- 7 dat deze voorwaarden moeten worden bezien in het licht van de feitelijke omstandigheden van de overeenkomst;

dat een overeenkomst dan ook aan het verbod van artikel 85 ontkomt wanneer zij, wegens de zwakke positie welke belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten innemen, de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt;

dat het derhalve mogelijk is dat een overeenkomst houdende toekenning van alleenverkooprecht, zelfs indien daaraan absolute gebiedsbescherming verbonden is, wegens de zwakke positie van belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten, aan het verbod van artikel 85, lid 1, ontkomt;

- 8 Overwegende dat de kosten van de Commissie van de Europese Gemeenschappen die haar opmerkingen bij het Hof heeft ingediend, niet terugvorderbaar zijn;
- 9 dat de procedure, voor zoveel de betrokken partijen betreft, als een in de loop van het geding voor het Oberlandesgericht te München gerezen incident moet worden beschouwd, zodat deze instantie over de kosten heeft te beslissen;

Gezien de stukken;

Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;

Gehoord de mondelinge opmerkingen van de Commissie van de Europese Gemeenschappen;

Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, met name op de artikelen 85, lid 1, en 177;

Gelet op het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Economische Gemeenschap, met name artikel 20;

Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende inzake de vraag door het Oberlandesgericht te München in zijn beschikking van 5 december 1968 gesteld, verklaart voor recht :

Een overeenkomst houdende toekenning van alleenverkooprecht kan, zelfs indien daaraan absolute gebiedsbescherming verbonden is, wegens de zwakke positie van belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten in het gebied waarvoor bedoelde bescherming geldt, aan het verbod van artikel 85, lid 1, ontkomen.

Aldus gewezen te Luxemburg op negen juli negentienhonderdnegenenzestig.

Lecourt	Trabucchi	Mertens de Wilmars	
Donner	Strauß	Monaco	Pescatore

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op negen juli negentienhonderdnegenenzestig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL J. GAND
VAN 3 JUNI 1969 ¹

*Mijnheer de President,
Mijne Heren Rechters,*

De verwijzingsbeschikking van het Oberlandesgericht te München, waarin van uw Hof uitlegging van artikel 85 van het Verdrag van Rome wordt gevraagd, biedt u de gelegenheid

de jurisprudentie vervat in uw arresten Sté Technique Minière (L.T.M.) van 30 juni 1966 (56-65, Jurisprudentie, deel XII, blz. 392) en Grundig van 13 juli 1966 (56 en 58-64, Jurisprudentie, deel XII, blz. 450), te verduidelijken, met name voor zoveel betreft alleenverkoopovereenkomsten gepaard gaande met absolute territoriale bescherming.

1 — Vertaald uit het Frans.