

Rechtspraak

Merkenrecht

Nr. 14

Hof van Justitie 6 december 2017

IEF 17329; ECLI:EU:C:2017:941 (C-230/16)

(Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH)

R. Silva de Lapuerta, C.G. Fernlund, A. Arabadjiev, S. Rodin en E. Regan

Coty Germany GmbH
tegen
Parfümerie Akzente GmbH

Samenvatting

Art. 101, lid 1, VWEU

Een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, is verenigbaar met artikel 101, lid 1, VWEU, mits de wederverkopers worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is. Dit artikel moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een contractueel beding als in het hoofdgeding, dat de erkende wederverkopers van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, verbiedt om naar buiten toe kenbaar van platforms van derden voor de verkoop op internet van de contractproducten gebruik te maken, wanneer dat beding – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit te verifiëren – ertoe strekt het luxe-imago van bedoelde producten in stand te houden, uniform wordt vastgesteld en zonder discriminatie wordt toegepast alsook evenredig is gelet op het nagestreefde doel.

Art. 4 Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten

Art. 4 van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (groepsvrijstelling), moet aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als in het hoofdgeding het aan de leden van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten, die als wederverkoper op die markt actief zijn, opgelegde verbod om voor de verkopen op internet naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, geen beperking van de klantenkring in de zin van artikel 4, onder b), of een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van genoemde verordening vormt.

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU en van artikel 4, onder b) en c), van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 2010, L 102, blz. 1).

2. Dat verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Coty Germany GmbH, een leverancier van luxecosmetica, gevestigd in Duitsland, en Parfümerie Akzente GmbH, een erkende wederverkoper van die producten, betreffende het aan deze laatste in het kader van een selectie-distributieovereenkomst tussen Coty Germany en haar erkende wederverkopers opgelegde verbod om bij de verkoop via internet van de contractproducten naar buiten toe kenbaar niet-erkende derde ondernemingen in te schakelen.

Toepasselijke bepalingen

3. Volgens overweging 10 van verordening nr. 330/2010 „[dient] [d]eze verordening [...] geen vrijstelling te verlenen voor verticale overeenkomsten welke beperkingen bevatten die waarschijnlijk de mededinging beperken en de consumenten schade of die niet onmisbaar zijn om de voornoemde efficiëntie verhogende uitwerking te bereiken. In het bijzonder verticale overeenkomsten welke bepaalde soorten ernstige beperkingen van de mededinging bevatten, zoals de oplegging van minimumwederverkooprijzen of vaste wederverkooprijzen, alsmede bepaalde vormen van gebiedsbescherming, dienen, ongeacht het marktaandeel van de betrokken ondernemingen, van het voordeel van de in deze verordening vervatte groepsvrijstelling te worden uitgesloten.”

4. Artikel 1, lid 1, onder e), van die verordening definieert „selectief distributiestelsel” als „een distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt, de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan de distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden, deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het grondgebied waarop de leverancier heeft besloten dat systeem toe te passen”.

5. Artikel 2, lid 1, van die verordening bepaalt het volgende:

„Overeenkomstig artikel 101, lid 3, [VWEU] en onverminderd de bepalingen van deze verordening, wordt artikel 101, lid 1, [VWEU] buiten toepassing verklaard voor verticale overeenkomsten. Deze vrijstelling is van toepassing, voor zover deze overeenkomsten verticale beperkingen bevatten.”

6. Artikel 3, lid 1, van dezelfde verordening bepaalt:

„De in artikel 2 bepaalde vrijstelling is van toepassing, op voorwaarde dat het marktaandeel van de leverancier niet meer bedraagt dan 30 % van de relevante markt waarop hij de contractgoederen of -diensten verkoopt en het marktaandeel van de afnemer niet meer bedraagt dan 30 % van de relevante markt waarop hij de contractgoederen of -diensten koopt.”

7. Onder het opschrift „Beperkingen die het voordeel van de groepsvrijstelling tenietdoen – hardcorebeperkingen” bevat artikel 4 van verordening nr. 330/2010 de volgende bepalingen:

„De in artikel 2 bepaalde vrijstelling is niet van toepassing op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben:

[...]

b) de beperking van het gebied waarin of de klanten aan wie een afnemer die partij is bij de overeenkomst, onverminderd een beperking ten aanzien van zijn vestigingsplaats, contractgoederen of -diensten mag verkopen, met uitzondering van:

[...]

c) de beperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op het detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel [...];

[...]

Hoofding en prejudiciële vragen

8. Coty Germany verkoopt luxecosmetica in Duitsland. Zij verkoopt bepaalde merken in dit segment op basis van een selectief distributienetwerk waaraan een selectiegedistributieovereenkomst ten grondslag ligt die ook door de met haar verbonden vennootschappen wordt toegepast. Die overeenkomst wordt aangevuld met verschillende specifieke overeenkomsten die tot doel hebben dat netwerk te organiseren.

9. Parfümerie Akzente distribueert al vele jaren de producten van Coty Germany als erkende detailhandelaar, zowel in fysieke verkooppunten als op internet. De internetverkoop vindt ten dele plaats via haar eigen webshop en ten dele via het platform „amazon.de”.

10. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Coty Germany haar selectief distributiestelsel in de aanhef van de selectiegedistributieovereenkomst als volgt rechtvaardigt: „Het karakter van de Coty Prestige-merken vereist een selectiegedistributiestrategie ter ondersteuning van het luxe-imago van de betrokken merken”.

11. Wat de fysieke handel betreft, bepaalt de selectiegedistributieovereenkomst in dit verband dat elk verkooppunt van de distributeur door Coty Germany moet zijn erkend en dat voor die erkenning aan bepaalde, in artikel 2 van de overeenkomst nader omschreven eisen inzake omgeving, voorzieningen en inrichting van die verkooppunten moet worden voldaan.

12. Meer in het bijzonder dienen volgens artikel 2, lid 1, punt 3, van de distributieovereenkomst „[d]e voorzieningen en de inrichting van het verkooppunt, het productaanbod, de reclame en de verkooppresentatie [...] het luxekarakter van de Coty Prestige-merken te onderstrepen en te

ondersteunen. Bij de beoordeling van dit criterium wordt met name aandacht besteed aan de gevel en de inrichting van het verkooppunt, de vloeren, wanden en plafonds, het meubilair, het verkoopoppervlak en de verlichting en voorts aan een algemene indruk van netheid en orde.”

13. Volgens artikel 2, lid 1, punt 6, van de distributieovereenkomst „[mag de] aanduiding van het verkooppunt, hetzij met de naam van de onderneming, hetzij door aanvullende aanduidingen of ondernemingslogos, [...] niet de indruk doen ontstaan van een beperkt productaanbod, voorzieningen van matige kwaliteit of gebrekkige advisering en moet [zij] voor het overige aldus worden aangebracht dat de decoraties en de uitstallingen van de depositair niet worden afgedekt”.

14. Tot de tussen de partijen gesloten overeenkomsten behoort voorts een aanvullende overeenkomst inzake internetverkoop, die in artikel 1, lid 3, bepaalt dat „[h]et [...] de depositair niet [is] toegestaan een andere naam te gebruiken of een derde, niet-erkende, onderneming in te schakelen”.

15. Nadat verordening nr. 330/2010 in werking was getreden heeft Coty Germany de overeenkomsten inzake het selectieve distributienetwerk en bovengenoemde aanvullende overeenkomst gewijzigd en in beding I.1, eerste alinea, van deze laatste overeenkomst vastgelegd dat „de depositair het recht [heeft] de producten via internet aan te bieden en te verkopen. Voorwaarde is echter dat de internetactiviteiten van de depositair als ‚elektronische etalage’ van de erkende winkel plaatsvinden en dat het luxekarakter van de producten onaangetast blijft.” Voorts zijn volgens beding I.1, punt 3, van voornoemde aanvullende overeenkomst het gebruik van een andere handelsnaam en de naar buiten toe kenbare inschakeling van een derde onderneming die geen erkende depositair van Coty Prestige is, uitdrukkelijk verboden.

16. Daar Parfümerie Akzente weigerde om met deze wijzigingen van de selectiegedistributieovereenkomst in te stemmen, heeft Coty Germany bij de nationale rechterlijke instantie van eerste aanleg beroep ingesteld er toe strekkende dat het Parfümerie Akzente op grond van beding I.1, punt 3, van de aanvullende overeenkomst zou worden verboden, de artikelen van het litigieuze merk via het platform „amazon.de” aan te bieden.

17. Die rechterlijke instantie heeft bij vonnis van 31 juli 2014 dat beroep verworpen op grond dat het betrokken contractueel beding in strijd was met § 1 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen beperkingen van de mededinging) of met artikel 101, lid 1, VWEU. Zij heeft verklaard dat het doel, een prestigieus merkimago in stand te houden, volgens het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), de invoering van een – in beginsel mededingingsbeperkend – selectief distributiestelsel niet kan rechtvaardigen. Het litigieuze contractuele beding moest volgens die rechterlijke instantie tevens als een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010 worden aangemerkt.

18. Voorts heeft de nationale rechterlijke instantie in eerste aanleg overwogen dat bedoeld beding niet voldeed aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling, daar niet was aangetoond dat de algemene uitsluiting van internetverkoop via platforms van derden efficiencyvoordelen opleverde die zwaarder wogen dan de uit het litigieuze beding voortvloeiende nadelen voor de mededinging. Een dergelijk algemeen verbod is volgens die rechterlijke instantie hoe dan ook niet noodzakelijk, aangezien even geschikte maatregelen met voor de mededinging minder beperkende gevolgen mogelijk waren, zoals het toepassen van specifieke kwaliteitsnormen voor platforms van derden.

19. Coty Germany heeft tegen de uitspraak van de nationale rechterlijke instantie in eerste aanleg hoger beroep ingesteld bij het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hogere regionale rechter Frankfurt am Main, Duitsland). In het kader van dat hoger beroep vraagt die rechterlijke instantie zich af of de contractuele bedingen die partijen zijn overeengekomen verenigbaar zijn met het recht van de Unie op mededingingsgebied.

20. In die omstandigheden heeft het Oberlandesgericht Frankfurt am Main de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een beslissing over de volgende prejudiciële vragen:

„1) Kunnen selectieve distributiestelsels voor de verkoop van luxe- en prestigieuze artikelen die primair tot doel hebben het ‚luxe-imago‘ van de artikelen in stand te houden, worden beschouwd als een mededingingsfactor die verenigbaar is met artikel 101, lid 1, VWEU?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: Kan een algemeen verbod voor leden van een selectief distributiestelsel die actief zijn op detailhandelniveau om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, ongeacht of in het concrete geval de legitieme kwaliteitseisen van de producent worden geschonden, een mededingingsfactor vormen die verenigbaar is met artikel 101, lid 1, VWEU?

3) Dient artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 aldus te worden uitgelegd dat een verbod voor leden van een selectief distributiestelsel die actief zijn op detailhandelniveau om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, moet worden beschouwd als een beperking naar strekking van de klantenkring van de detailhandelaar?

4) Dient artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010 aldus te worden uitgelegd dat een verbod voor leden van een selectief distributiestelsel die actief zijn op detailhandelniveau om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, moet worden beschouwd als een beperking naar strekking van de passieve verkopen aan de eindgebruiker?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

21. Met haar eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een stelsel van selectieve distributie van luxecosmetica dat primair tot doel heeft, het ‚luxe-imago‘ van die producten in stand te houden, verenigbaar kan zijn met die bepaling.

22. Volgens artikel 101, lid 1, VWEU zijn onverenigbaar met de interne markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

23. Aangaande overeenkomsten die een selectief distributiestelsel vormen heeft het Hof verklaard dat dergelijke overeenkomsten noodzakelijkerwijs de mededinging binnen de interne markt beïnvloeden.

24. Het Hof heeft echter geoordeeld dat de organisatie van een netwerk voor selectieve distributie niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU valt wanneer de wederverkopers worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, de eigenschappen van het betrokken product een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk maken teneinde de kwaliteit ervan te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren en, tot slot, de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is (arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, EU:C:2011:649, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. Wat inzonderheid de vraag betreft of selectieve distributie noodzakelijk kan zijn met betrekking tot luxeproducten, heeft het Hof reeds geconstateerd dat de kwaliteit van dergelijke producten niet alleen voortvloeit uit de materiële kenmerken ervan, maar ook uit de allure en het prestigieuze imago, die er een luxueuze uitstraling aan geven, dat die uitstraling een essentiële eigenschap van die producten is opdat de consument ze kan onderscheiden van andere soortgelijke producten, en dat bijgevolg aantasting van die luxueuze uitstraling afbreuk kan doen aan de kwaliteit zelf van deze producten (zie in die zin arrest van 23 april 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, punten 24-26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26. Dienaangaande heeft het Hof overwogen dat de kenmerken en de modaliteiten van een selectief distributiestelsel op zichzelf het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van dergelijke producten kunnen waarborgen (arrest van 23 april 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27. In die context heeft het Hof inzonderheid geoordeeld dat de organisatie van een selectief distributiestelsel waarmee wordt beoogd, een valoriserende aanbieding van de producten in het verkooppunt te waarborgen, bijdraagt tot de reputatie van de betrokken producten en dus tot het behoud van de luxueuze uitstraling ervan (zie in die zin arrest van 23 april 2009, Copad, C-59/08, EU:C:2009:260, punt 29).

28. Uit deze rechtspraak volgt dat luxeproducten, gelet op de kenmerken en de aard ervan, de toepassing van een selectief distributiestelsel noodzakelijk kunnen maken om het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van die producten te verzekeren.

29. Een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, is dan ook in overeenstemming met artikel 101, lid 1, VWEU mits de in punt 24 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden worden geëerbiedigd.

30. Anders dan Parfümerie Akzente en de Duitse en de Luxemburgse regering betogen, wordt aan die conclusie niet afgedaan door de vaststelling in punt 46 van het arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

31. Die vaststelling moet namelijk worden gelezen en uitgelegd in de context van dat arrest.

32. In dat verband moet worden opgemerkt dat in de zaak waarin genoemd arrest is gewezen de verwijzende rechterlijke instantie de verenigbaarheid met artikel 101, lid 1, VWEU niet aan de orde had gesteld met betrekking tot een selectief distributiestelsel als geheel,

maar met betrekking tot een in het kader van een dergelijk stelsel aan erkende distributeurs opgelegd contractueel beding houdende een absoluut verbod om contractproducten op internet te verkopen. Ook moet worden gepreciseerd dat de producten waarop het in die zaak aan de orde zijnde selectief distributiestelsel betrekking had geen luxe-producten waren, maar cosmetica en lichaamsverzorgingsproducten.

33. De vaststelling in punt 46 van het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), moet worden gezien in de context van de overwegingen waarmee het Hof de verwijzende rechterlijke instantie in die zaak de noodzakelijke uitleggingsgegevens heeft willen verschaffen opdat deze zich kon uitspreken over de vraag of de uit dat contractuele beding voortvloeiende mededingingsbeperking haar rechtvaardiging vond in een legitieme doelstelling en die doelstelling op evenredige wijze nastreefde.

34. In die context heeft het Hof verklaard dat de noodzaak, het prestige-imago van de betrokken cosmetica en lichaamsverzorgingsproducten in stand te houden, geen legitiem vereiste vormde dat een absoluut verbod om die producten op internet te verkopen rechtvaardigde. De beoordeling in punt 46 van dat arrest had dan ook enkel betrekking op de producten die aan de orde waren in de zaak waarin dat arrest is gewezen en op de contractuele bepaling die in die zaak in geding was.

35. Uit het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), kan daarentegen niet worden afgeleid dat in punt 46 een beginselverklaring vervat zou zijn dat bescherming van het luxe-imago thans geen rechtvaardiging meer kan vormen voor een mededingingsbeperking, zoals die voortvloeiend uit het bestaan van een netwerk voor selectieve distributie, voor alle producten, waaronder in het bijzonder luxeproducten, en dat daarmee de vaste rechtspraak van het Hof zoals in herinnering gebracht in de punten 25 tot en met 27 van het onderhavige arrest zou zijn gewijzigd.

36. Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een stelsel van selectieve distributie van luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, verenigbaar is met die bepaling, mits de wederverkopers worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.

Tweede vraag

37. Met haar tweede vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een contractueel beding zoals in het hoofdgeding, op grond waarvan het erkende wederverkopers van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft het luxe-imago van die producten in stand te houden, verboden is om voor de verkoop op internet van de contractproducten naar buiten toe kenbaar van platforms van derden gebruik te maken.

38. Deze vraag betreft de rechtmatigheid, gelet op artikel 101, lid 1, VWEU, van een bijzonder beding van een selectief distributiestelsel voor luxe- en prestigeproducten.

39. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat, zoals blijkt uit de beoordelingen in het kader van de eerste vraag, gelet op de aard en de kenmer-

kende eigenschappen van die producten de doelstelling, het luxe-imago ervan in stand te houden, de organisatie van een selectief distributiestelsel voor die producten rechtvaardigt.

40. In de context van een dergelijk stelsel is een bijzonder contractueel beding waarmee het luxe-imago van de betrokken producten in stand moet worden gehouden, verenigbaar met artikel 101, lid 1, VWEU, mits het voldoet aan de in punt 36 van het onderhavige arrest opgesomde voorwaarden.

41. Ofschoon het aan de verwijzende rechterlijke instantie is om na te gaan of een contractueel beding als dat in het hoofdgeding, dat verbiedt om voor de onlineverkoop van de contractproducten van platforms van derden gebruik te maken, aan die voorwaarden voldoet, staat het echter aan het Hof, haar daartoe de gegevens betreffende de uitlegging van het Unierecht te verschaffen die haar in staat zullen stellen uitspraak te doen (zie in die zin arrest van 11 december 1980, *L'Oréal*, 31/80, EU:C:1980:289, punt 14).

42. In dat verband staat vast dat het contractuele beding in het hoofdgeding tot doel heeft, het luxe- en prestige-imago van de betrokken producten in stand te houden. Voor het overige volgt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de verwijzende rechterlijke instantie van oordeel is dat dat beding objectief en uniform is en zonder discriminatie voor alle erkende wederverkopers geldt.

43. Geverifieerd moet dus worden of in omstandigheden als in het hoofdgeding het door een leverancier aan zijn erkende wederverkopers opgelegde verbod, voor de internetverkoop van de betrokken luxe-producten naar buiten toe kenbaar gebruik te maken van platforms van derden, evenredig is gelet op het nagestreefde doel, dat wil zeggen of dat verbod geschikt is om het luxe-imago van die producten in stand te houden en niet verder gaat dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is.

44. Aangaande in de eerste plaats de vraag of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verbod geschikt is ter bereiking van het nagestreefde doel, moet om te beginnen worden opgemerkt dat het aan de wederverkopers opgelegde gebod, de contractproducten op internet alleen via hun eigen webshops te verkopen, en het verbod voor die wederverkopers om een andere handelsnaam te gebruiken en naar buiten toe kenbaar van platforms van derden gebruik te maken, de leverancier vanaf het begin waarborgen dat die producten in het kader van de elektronische handel uitsluitend aan de erkende wederverkopers gebonden zijn.

45. Daar een dergelijke binding juist een van de doeleinden is die met de toepassing van een dergelijk systeem worden nagestreefd, vormt het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verbod een gelet op de kenmerkende eigenschappen van het selectieve distributiestelsel coherente beperking.

46. Daar volgens de rechtspraak van het Hof die kenmerkende eigenschappen het selectieve distributiestelsel tot een geschikt middel maken om het luxe-imago van de luxeproducten in stand te houden, en dus bijdragen tot het behoud van de kwaliteit van die producten (zie in die zin arrest van 23 april 2009, *Copad*, C-59/08, EU:C:2009:260, punten 28 en 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak), moet bijgevolg ook een beperking zoals die voortvloeit uit het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verbod, waarvan het resultaat inherent is aan die eigen-

schappen, worden geacht de kwaliteit en het luxe-imago van die producten in stand te houden.

47. In de tweede plaats stelt het verbod in het hoofdgeding de leverancier van luxeproducten in staat, erop toe te zien dat zijn producten online zullen worden verkocht in een omgeving die beantwoordt aan de met zijn erkende wederverkopers overeengekomen kwaliteitseisen.

48. Wanneer een wederverkoper de door de leverancier vastgestelde kwaliteitseisen niet in acht neemt, kan deze laatste immers die wederverkoper aanspreken op basis van de contractuele band tussen die twee partijen. Daar een contractuele band tussen de leverancier en de platforms van derden ontbreekt, kan de leverancier daarentegen niet op een dergelijke grondslag van die platforms verlangen dat zij zich houden aan de kwaliteitseisen die hij aan zijn erkende wederverkopers heeft opgelegd.

49. Onlineverkoop van luxeproducten door platforms die geen deel uitmaken van het stelsel van selectieve distributie voor die producten, waarbij de leverancier niet de mogelijkheid heeft, toe te zien op de voorwaarden waaronder zijn producten worden verkocht, brengt het gevaar mee van verslechtering van de presentatie van bedoelde producten op internet, wat kan afdoen aan het luxe-imago en daarmee aan de aard zelf ervan.

50. Gelet op het feit in de derde plaats dat die platforms een verkoopkanaal voor allerlei soorten producten vormen, draagt het feit dat luxeproducten niet via dergelijke platforms worden verkocht en dat onlineverkoop van die producten alleen plaatsvindt in de webshops van de erkende wederverkopers, bij tot dat luxe-imago bij de consument en daarmee tot het in stand houden van een van de door de consument gewaardeerde voornaamste eigenschappen van die producten.

51. Het door een leverancier van luxeproducten aan zijn erkende wederverkopers opgelegde verbod, voor de verkoop op internet van die producten naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen, is dan ook een geschikte manier om het luxe-imago van bedoelde producten te behouden.

52. Aangaande in de tweede plaats de vraag of het verbod in het hoofdgeding verder gaat dan voor de bereiking van het gestelde doel noodzakelijk is, is het om te beginnen zo dat, anders dan het beding dat aan de orde was in de zaak waarin het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), is geweest, het beding in het hoofdgeding de erkende wederverkopers niet absoluut verbiedt om de contractproducten op internet te verkopen. Krachtens dat beding is het immers alleen verboden, contractproducten online te verkopen met tussenkomst van platforms die daarbij voor de consument kenbaar zijn.

53. Bijgevolg mogen de erkende wederverkopers online contractproducten verkopen zowel via hun eigen websites – wanneer zij over een elektronische etalage van de erkende winkel beschikken en de luxe-aard van de producten behouden blijft – als via niet-erkende platforms van derden, wanneer de tussenkomst van deze laatste voor de consument niet kenbaar is.

54. Vervolgens is het zo dat, zoals blijkt uit de voorlopige resultaten van 15 september 2016 van het door de Commissie krachtens artikel 17 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betref-

fende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 en 102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), gedane sectorale onderzoek naar de elektronische handel, de eigen webshops van de wederverkopers, die door meer dan 90 % van de ondervraagde wederverkopers worden gebruikt, ondanks de toenemende betekenis van platforms van derden bij het op de markt brengen van producten door wederverkopers, het voornaamste distributiekanaal in het kader van de distributie op internet vormen. Dit wordt bevestigd in het eindverslag van 10 mei 2017 betreffende dat onderzoek.

55. Het voorgaande wettigt de conclusie dat een verbod, zoals door verzoekster in het hoofdgeding opgelegd aan haar erkende wederverkopers, om voor de verkoop op internet van luxeproducten naar buiten toe kenbaar van platforms van derden gebruik te maken, niet verder gaat dan voor het in stand houden van het luxe-imago van die producten noodzakelijk is.

56. Inzonderheid kan een beding waarbij de wederverkopers wordt toegestaan, dergelijke platforms in te schakelen onder de voorwaarde dat deze aan vooraf vastgestelde kwaliteitseisen voldoen, niet even doeltreffend als het verbod in het hoofdgeding worden geacht, zulks bij gebreke van een contractuele verhouding tussen de leverancier en de platforms van derden die hem in staat zou stellen, van de platforms te verlangen dat zij de kwaliteitseisen eerbiedigen die hij aan zijn erkende wederverkopers heeft opgelegd.

57. Hieruit volgt dat, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechterlijke instantie te verrichten verificaties, een dergelijk verbod verenigbaar is met artikel 101, lid 1, VWEU.

58. Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een contractueel beding als in het hoofdgeding, dat de erkende wederverkopers van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, verbiedt om naar buiten toe kenbaar van platforms van derden voor de verkoop op internet van de contractproducten gebruik te maken, wanneer dat beding – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit te verifiëren – ertoe strekt het luxe-imago van bedoelde producten in stand te houden, uniform wordt vastgesteld en zonder discriminatie wordt toegepast als ook evenredig is gelet op het nagestreefde doel.

Derde en vierde vraag

Opmerkingen vooraf

59. Slechts in het geval waarin de verwijzende rechterlijke instantie tot de conclusie mocht komen dat een beding als aan de orde in het hoofdgeding de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, zou de vraag zich kunnen opdringen of dat beding overeenkomstig artikel 101, lid 3, VWEU in aanmerking komt voor een vrijstelling krachtens verordening nr. 330/2010. Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat de in artikel 3 van die verordening vastgelegde marktaandeeldrempels niet zijn overschreden. Bedoeld beding zou dan ook in aanmerking kunnen komen voor de vrijstelling van artikel 2 van diezelfde verordening.

60. Verordening nr. 330/2010 sluit echter bepaalde soorten beperkingen die, ongeacht het marktaandeel van de betrokken ondernemingen, tot ernstige verstoringen van de mededinging kunnen leiden, van de

groepsvrijstelling uit. Het gaat daarbij om de hardcorebeperkingen bedoeld in artikel 4 van die verordening.

61. De in artikel 2 van verordening nr. 330/2010 neergelegde groepsvrijstelling kan dus geen toepassing vinden op een verbod als in het hoofdgeding indien dit een van bedoelde hardcorebeperkingen vormt.

Uitlegging van artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010

62. Met haar derde en haar vierde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechterlijke instantie in hoofdzaak te vernemen of artikel 4 van verordening nr. 330/2010 aldus moet worden uitgelegd dat in omstandigheden als in het hoofdgeding het aan de leden van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten, die als wederverkoper op die markt actief zijn, opgelegde verbod om voor de verkopen op internet naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, een beperking van de klantenkring in de zin van artikel 4, onder b), of een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van genoemde verordening vormt.

63. Overeenkomstig artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010 is de vrijstelling van artikel 2 van die verordening niet van toepassing op verticale overeenkomsten die tot doel hebben hetzij de beperking van het gebied waarin of de klanten aan wie een afnemer die partij is bij de overeenkomst contractgoederen of -diensten mag verkopen, hetzij de beperking van de actieve of passieve verkoop aan de eindgebruiker door de op het detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel.

64. Geverifieerd moet dus worden of een contractueel beding als in het hoofdgeding een beperking vormt van de klanten aan wie de erkende wederverkopers de betrokken luxeproducten mogen verkopen of dat het de passieve verkoop door de erkende wederverkopers aan de eindgebruiker beperkt.

65. In dit verband moet er allereerst aan worden herinnerd dat, anders dan het beding in de zaak waarin het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), is geweest, het beding dat in het onderhavige geval aan de orde is het gebruik van internet als vorm om de contractproducten op de markt te brengen niet verbiedt, zoals in de punten 52 en 53 van het onderhavige arrest uiteen is gezet.

66. Vervolgens blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat het kennelijk niet mogelijk is om binnen de groep van onlinekopers de klanten van platforms van derden te bepalen.

67. Tot slot volgt uit het dossier waarover het Hof beschikt ook dat de selectiegedistributieovereenkomst in het hoofdgeding de erkende wederverkopers onder bepaalde voorwaarden toestaat, via internet op platforms van derden en door het gebruik van onlinezoekmachines reclame te maken, zodat de klant, zoals de advocaat-generaal in punt 147 van zijn conclusie opmerkt, met behulp van dergelijke machines normalerwijs toegang tot het internetaanbod van de erkende wederverkopers kan hebben.

68. Ook indien een verbod als in het hoofdgeding een bijzondere vorm van internetverkoop verbiedt, vormt het in die omstandigheden geen beperking van de klantenkring van de wederverkopers in de zin van artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010, noch een beperking

van de passieve verkoop van de erkende wederverkopers aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van die verordening.

69. Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de derde en de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 4 van verordening nr. 330/2010 aldus moet worden uitgelegd dat in omstandigheden als in het hoofdgeding het aan de leden van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten, die als wederverkoper op die markt actief zijn, opgelegde verbod om voor de verkopen op internet naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, geen beperking van de klantenkring in de zin van artikel 4, onder b), of een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van genoemde verordening vormt.

Kosten

70. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, verenigbaar is met die bepaling, mits de wederverkopers worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.**
- 2) Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een contractueel beding als in het hoofdgeding, dat de erkende wederverkopers van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, verbiedt om naar buiten toe kenbaar van platforms van derden voor de verkoop op internet van de contractproducten gebruik te maken, wanneer dat beding – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit te verifiëren – ertoe strekt het luxe-imago van bedoelde producten in stand te houden, uniform wordt vastgesteld en zonder discriminatie wordt toegepast alsook evenredig is gelet op het nagestreefde doel.**
- 3) Artikel 4 van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, moet aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als in het hoofdgeding het aan de leden van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten, die als wederverkoper op die markt actief zijn, opgelegde verbod om voor de verkopen op internet naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, geen beperking van de klantenkring in de zin van artikel 4, onder b), of een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van genoemde verordening vormt.**

Noot

Uitsluiting verkoop via marktplaats: ook buiten selectieve distributie van luxeproducten?

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) bevestigt in het arrest *Coty* dat een leverancier van luxeproducten aan selectieve distributeurs mag verbieden producten via een internetplatform van derden zoals Amazon of Ebay te verkopen (kortweg: een marktplaatsverbod). De verwijzing naar luxeproducten volgt uit de arresten *Dior/Evora*¹ en *Copad*² over de mogelijkheid voor de merkhouder zich tegen wederverkoop van merkproducten te verzetten, dit tegen het licht van de vraag of de merkhouder *gegronde redenen* had zich na uitputting tegen wederverkoop te verzetten, respectievelijk of in de licentieovereenkomst om prestigereproducten een verbod is opgenomen de luxegoederen aan discounters te verkopen. Nu de gestelde prejudiciële vragen in de zaak *Coty* specifiek zijn gericht op luxeproducten, geldt dat ook voor het door het Hof gegeven antwoord. De vraag rijst of het in de praktijk wel nodig is dat bij de toetsing van een marktplaatsverbod onderscheid wordt gemaakt tussen luxeproducten en andere producten. Op basis van het arrest *Coty* is verdedigbaar dat een marktplaatsverbod óók is toegestaan bij andere (niet-luxe) producten en bij open distributie. De Commissie heeft deze lezing inmiddels onderschreven.³ Nog niet iedere nationale mededingingsautoriteit is bereid deze laatste stap te zetten. Dit zal zich de aankomende jaren in de Europese Unie verder moeten uitkristalliseren.

Artikel 101 VWEU en selectieve distributie

Het verbod op concurrentiebeperkende afspraken (ook wel het kartelverbod genoemd) zoals bepaald in artikel 101 VWEU (en artikel 6 Mededingingswet) verbiedt in beginsel overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel of gevolg hebben de concurrentie te beperken. Overeenkomsten in strijd met het verbod zijn van rechtswege nietig. Partijen die schade hebben geleden als gevolg van de concurrentiebeperkende afspraak kunnen deze schade via de civiele rechter verhalen. Bedrijven moeten zelf bepalen of hun afspraken en gedragingen niet in strijd met het verbod zijn. Mededingingsautoriteiten, zoals de Europese Commissie (Commissie) en de Autoriteit Consument & Markt (ACM) kunnen bij overtreding een boete opleggen.

Het mededingingsrecht beoogt verstoring van de concurrentie te voorkomen en is gericht op het bevorderen van economische efficiency en vergroting van de consumentenwelvaart. Dit ziet niet alleen op het bevorderen van lage prijzen maar ook op stimulering van productdifferentiatie, innovatie en kwaliteit van producten en diensten. Het Hof besliste lang geleden in het arrest *Metro* dat prijsconcurrentie

niet de enige vorm van mededinging is waaraan altijd absolute voorrang moet worden verleend.⁴ De instandhouding van een gespecialiseerde handel met het oog op kwalitatief en technisch hoog ontwikkelde producten kan een beperking van de prijsconcurrentie ten gunste van andere factoren rechtvaardigen.⁵ Het Hof heeft zich daarom altijd terughoudend opgesteld ten aanzien van selectieve distributiestelsels die op kwalitatieve criteria zijn gebaseerd.

Onder een selectief distributiestelsel wordt een distributiestelsel verstaan waarbij een producent of leveranciers zijn distributeurs op grond van vastgestelde criteria selecteert. Op deze manier wordt ervoor gezorgd dat de distributeurs aan een bepaalde kwaliteitsstandaard voldoen. Een ander belangrijk kenmerk van een selectief distributiestelsel is dat de verkoop aan niet-erkende distributeurs is verboden. Hierdoor ontstaat een gesloten stelsel van distributeurs binnen het door de leverancier gekozen grondgebied waarmee wordt voorkomen dat de producten worden verkocht door partijen die niet aan de criteria voldoen.

Selectieve distributiestelsels zijn met name geschikt voor producten met bijzondere kenmerken, zoals merkproducten (en vooral luxe merkproducten) omdat consumenten deze producten associëren met hoge kwaliteit en exclusiviteit. Aan dit beeld kan afbreuk worden gedaan indien de producten niet door (in kwaliteit) vergelijkbare distributeurs worden aangeboden. Een selectief distributiestelsel kan producenten helpen om de distributie efficiënter te organiseren en beter in te spelen op de behoeften van de consument. Dit kan een positief effect hebben op de concurrentie tussen aanbieders van verschillende merken (*inter-brand competition*) en daarmee een beperking van de concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk (*intra-brand competition*) rechtvaardigen.

Het is vaste Europese rechtspraak dat een selectief distributiestelsel met *zuiver kwalitatieve criteria* (bijvoorbeeld ten aanzien van de locatie van de winkel, assortiment van de producten en opleiding personeel) buiten de toepassing van het kartelverbod valt mits de selectiecriteria niet verder gaan dan noodzakelijk om de kwaliteit van het product te waarborgen en objectief en non-discriminatoire worden toegepast. Een selectief distributiestelsel dat *niet* aan deze voorwaarden voldoet, bijvoorbeeld omdat ook *kwantitatieve criteria* (zoals ten aanzien van het aantal distributeurs) worden gesteld, valt in beginsel binnen de reikwijdte van het kartelverbod.

Op het kartelverbod bestaat een belangrijke uitzondering indien de voordelen van de beperkende afspraken opwegen tegen de mogelijke nadelen voor de concurrentie (artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 6

- 1 HvJ 4 november 1997, C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517 (*Dior/Evora*).
- 2 HvJ 23 april 2009, C-59/08, ECLI:EU:C:2009:260 (*Copad*).
- 3 Competition policy brief 2018-01 (april 2018), ISBN 978-92-79-81339-9, ISSN: 2315-3113, p. 2.
- 4 HvJ 25 oktober 1977 (*Metro/Commissie*), 26-76, ECLI:EU:C:1977:167.
- 5 HvJ 25 oktober 1983, 107/82, ECLI:EU:C:1983:293 (*AEG/Commissie*).

- 6 Verordening (EU) 330/2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de toepassing van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestelde feitelijke gedragingen.
- 7 Richtsnoeren 2010/C 130/01 inzake verticale beperkingen.
- 8 HvJ 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre*).
- 9 Oberlandesgericht Karlsruhe 25 november 2009, 6 U 47/08 Kart 154/13; Oberlandesgericht München 2 juli 2009, U (K) 4842/08; Oberlandesgericht Schleswig-Holstein 5 juni 2014, 16 U Kart 154/13; Landesgericht Frankfurt Am Main 18 juni 2014, 2-03 O 158/13 en Oberlandesgericht Frankfurt am Main 22 december 2015, ECLI:DE:OL:GHE:2015:1222.
- 10 Europese Commissie, Eindrapport onderzoek e-commerce sector, COM (2017) 229.
- 11 Speech Chris Fonteyn 13 oktober 2016, Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2016 en Speech Chris Fonteyn 5 oktober 2017, Congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2017.
- 12 Conclusie A-G N. Wahl van 26 juli 2017, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:603 (*Coty*).

lid 3 Mw). Deze uitzondering heeft de Commissie uitgewerkt in een aantal groepsvrijstellingen die rechtstreeks doorwerken in het Nederlandse mededingingsrecht (artikel 12 Mw). Indien een overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt, is deze automatisch vrijgesteld van het verbod. Een van de groepsvrijstellingen is de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten (waaronder distributieovereenkomsten).⁶ De Groepsvrijstelling geldt ook voor kwalitatieve en kwantitatieve selectieve distributiestelsels ongeacht de aard van het product. De Groepsvrijstelling is van toepassing indien het marktaandeel van de betrokken partijen niet meer dan 30 procent bedraagt en de overeenkomst geen afspraken bevat die als *hardcore* beperking worden aangemerkt.

Een van de *hard core* beperkingen in de Groepsvrijstelling is dat een distributeur niet mag worden beperkt in zijn klantenkring, behoudens de beperking van de verkoop door leden aan een niet-erkende distributeur (artikel 4 onder b) en dat een selectieve distributeur niet mag worden beperkt in de actieve of passieve verkoop aan consumenten (artikel 4 onder c). Internetverkoop wordt beschouwd als een vorm van passieve verkoop en mag bij (zowel open als selectieve) distributie in beginsel niet worden beperkt. Wel mag de leverancier bepaalde kwaliteitssnormen opleggen voor het gebruik van een website zoals hij dit ook kan voor een winkel, reclame of promotie in het algemeen.

De Commissie heeft in de bijbehorende Richtsnoeren verticale beperkingen opgemerkt dat een leverancier van zijn distributeurs kan verlangen dat zij platforms van derden uitsluitend gebruiken overeenkomstig de normen en voorwaarden die tussen de leverancier en zijn distributeurs zijn overeengekomen voor het gebruik van internet.⁷ De Commissie geeft als voorbeeld dat indien een website van de distributeur wordt gehost door een platform van een derde, de leverancier kan verlangen dat de klanten de website van de distributeur niet bezoeken via een site die de naam of het logo van het platform van de derde draagt. Ook openlijk heeft de Commissie verkondigd in beginsel geen bezwaar tegen een marktplaatsverbod te hebben.

Achtergrond prejudiciële vragen

Enkele jaren geleden heeft het Hof in het arrest *Pierre Fabre* aangegeven dat een bepaling in een selectieve distributieovereenkomst die distributeurs verbiedt om producten via het internet te verkopen de strekking heeft de mededinging te beperken en dus niet is toegestaan, tenzij deze bepaling objectief is gerechtvaardigd.⁸ Het betrof in die zaak een verbod van een fabrikant van cosmetische en lichaamsverzorgingsproducten die eiste dat in de winkel ten minste één gediplomeerde apotheker aanwezig was teneinde het imago van de producten te beschermen. Deze eis

sloot de facto iedere vorm van online verkoop uit. Het Hof oordeelde dat een bescherming van het imago geen rechtvaardiging voor een absoluut verbod op internetverkoop vormt en dat de selectieve distributieovereenkomst ook niet in aanmerking kwam voor de Groepsvrijstelling.

Het *Pierre Fabre*-arrest is door nationale mededingingsautoriteiten en rechters op uiteenlopende wijze uitgelegd. Onder meer rees de vraag in hoeverre andere beperkingen van internetverkoop in het kader van selectieve distributie gerechtvaardigd kunnen zijn, zoals een verbod op verkoop via marktplaatsen. Vooral het Duitse Bundeskartellamt (BKA) heeft zich de afgelopen jaren sterk gemaakt voor verruiming van de mogelijkheden om via marktplaatsen te verkopen (omdat relatief veel kleine en middelgrote Duitse distributeurs via marktplaatsen hun producten verkopen). Het BKA trok ook openlijk de juistheid van bovengenoemde passage in de Richtsnoeren in twijfel. Dit heeft er zelfs toe geleid dat het BKA van verschillende merkproducenten, zoals Sennheiser en Adidas, heeft afgedwongen het marktplaatsverbod te laten vallen. De Duitse rechters toonden zich verdeeld over de vraag of een verbod om via marktplaatsen te verkopen geoorloofd is.⁹ Dit heeft geleid tot deze prejudiciële procedure.

De Commissie heeft steeds voet bij stuk gehouden. In een sectoronderzoek naar e-commerce heeft de Commissie onder meer onderzoek verricht naar het belang van marktplaatsen als verkoopkanaal.¹⁰ Hieruit bleek dat dit belang aanzienlijk varieert naar gelang van de grootte van de detailhandelaren, de betrokken lidstaten en de betrokken producten en dat een verbod op verkoop via marktplaatsen doorgaans niet neerkomt op een feitelijk verbod op onlineverkoop. Meer dan 90 procent van de bevraagde detailhandelaren gebruikt zijn eigen onlinewinkel en slechts 4 procent verkoopt uitsluitend via marktplaatsen. De Commissie benadrukte in het eindrapport dan ook dat een marktplaatsverbod niet dient te worden beschouwd als een *hardcore* beperking in de zin van de Groepsvrijstelling.

De Nederlandse overheid zit op dezelfde lijn. De Ministeries van Economische Zaken en Buitenlandse zaken hebben in de zaak *Coty* schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof. Zij gaven aan dat selectieve distributie om een luxe imago te beschermen buiten de werking van het kartelverbod valt indien is voldaan aan de in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarden. Ook vindt de Nederlandse overheid dat een verbod op verkoop via internetplatforms geen *hardcore* kwalificatie verdient. De ACM heeft dit publiekelijk herhaald.¹¹ Advocaat-Generaal Wahl kwam in heldere bewoordingen tot dezelfde conclusie in de zaak *Coty*.¹² Dit was voor de rechtbank Amsterdam in identiek geschil tussen sportfabrikant Nike en een van zijn wederverkopers, vooruitlopend op het ant-

woord van het Hof, voldoende reden te oordelen dat het in het kader van selectieve distributie is toegestaan om distributeurs te verbieden via niet-geautoriseerde webshops te verkopen.¹³

Antwoord Hof

Het Hof stelt voorop dat een stelsel van selectieve distributie niet in strijd is met het kartelverbod indien de distributeurs op basis van objectieve, kwalitatieve, proportionele en niet-discriminerende criteria zijn gekozen. Selectieve distributie kan noodzakelijk zijn bij luxeproducten voor de bescherming van het prestigieuze imago en daarmee de kwaliteit van het product. Het Hof verwijst daarbij naar het *Copad*-arrest waarin is benadrukt dat luxe en prestigieuze producten uit de hoogste prijsklasse zich niet alleen onderscheiden door hun materiële kenmerken maar ook door het beeld dat de consument ervan heeft en met name de “uitstraling van luxe”. Een aantasting van die uitstraling kan afbreuk doen aan de kwaliteit. Een selectief distributiestelsel kan bijdragen aan deze reputatie en aan behoud van de luxe uitstraling.

Volgens het Hof doet het arrest *Pierre Fabre* hieraan geen afbreuk. Het Hof wijst erop dat het arrest *Pierre Fabre* in zijn feitelijke context moet worden gezien en dat in die zaak de vraag speelde in hoeverre een absoluut verbod op internetverkoop was geoorloofd. Het Hof preciseert dat het in die zaak ook geen luxeproducten maar cosmetica en lichaamsverzorgingsproducten betroffen. Ook benadrukt het Hof dat uit het arrest *Pierre Fabre* niet kan worden afgeleid dat bescherming van het luxe-imago geen rechtvaardiging meer kan vormen voor een beperking van de concurrentie zoals dat voortvloeit uit een selectie-distributiestelsel voor alle producten, waaronder in het bijzonder luxeproducten. Van een wijziging van vaste rechtspraak is geen sprake, aldus het Hof.

Vervolgens beoordeelt het Hof in hoeverre een verbod op verkoop via marktplaatsen bij selectieve distributie van luxeproducten verenigbaar is met het kartelverbod. Hiertoe onderzoekt het Hof of het verbod geschikt is om het luxe-imago van de producten in stand te houden en of het verbod evenredig is. Het Hof concludeert dat dit inderdaad het geval is. Het verbod waarborgt dat producten alleen via erkende wederverkopers worden verkocht en in een omgeving die voldoet aan de met de wederverkopers overeengekomen kwaliteitseisen. Doordat er geen contract bestaat tussen de leverancier en de platforms van derden kan een leverancier niet afdwingen dat deze platforms zich houden aan deze kwaliteitseisen. Hierdoor kan een verslechtering van de prestaties van de producten en daarmee afbreuk aan het luxe-imago ontstaan.

Bovendien is van een absoluut verbod op internetverkoop geen sprake. Erkende wederverkopers mogen producten zowel via eigen websites als via

niet-erkende platforms van derden verkopen, dit laatste als de consument niet ziet dat de verkoop via een derde verloopt. Het Hof wijst hierbij op de uitkomsten van het e-commerce onderzoek van de Commissie waaruit blijkt dat 90 procent van de ondervraagde wederverkopers een eigen website heeft. Dit wettigt de conclusie dat een verbod op verkoop van luxeproducten via internetplatforms niet verder gaat dan noodzakelijk. Het Hof acht een marktplaatsverbod daarom verenigbaar met het kartelverbod.

Ten slotte gaat het Hof in op de vraag of een marktplaatsverbod onder de Groepsvrijstelling valt aangezien de marktaandeeldrempels van 30 procent niet zijn overschreden. Het Hof toetst hiertoe of het verbod een beperking vormt van de klanten aan wie de erkende wederverkopers de luxeproducten mogen verkopen en of het de passieve verkoop door erkende wederverkopers aan de consument beperkt. Dit is volgens het Hof niet het geval. Een marktplaatsverbod laat de mogelijkheid om producten via internet te verkopen onverlet en vormt dan ook geen *hard core* beperking van de klantenkring en de passieve verkoop in de zin van de Groepsvrijstelling.

Gevolgen voor de praktijk: ook bij niet-luxe producten en bij open distributie?

Het arrest is kraakhelder: leveranciers van luxeproducten mogen selectieve distributeurs verbieden producten via marktplaatsen te verkopen. Een interessante vraag is wat dan precies onder een luxeproduct moet worden verstaan. Het Hof zoekt hiervoor aansluiting bij het merkenrecht en verwijst naar het *Copad*-arrest, waarin werd overwogen dat dit producten uit de hoogste prijsklasse zijn met een luxueuze uitstraling. De prijsstelling komt in de zaak *Coty* niet meer naar voren. Of sprake is van een luxeproduct zal vooral afhangen van het imago dat een leverancier probeert te creëren (de positionering). Dit criterium kan voor verschillende interpretaties vatbaar zijn. Zo oordeelde bijvoorbeeld het Duitse Bundesgerichtshof in de zaak *Asics* dat sport- en hardloopschoenen geen luxegoederen zijn,¹⁴ terwijl de rechtbank Amsterdam dit in de hiervoor genoemde zaak *Nike* nu juist wél aannam, hoewel een wezenlijk verschillende positionering niet aan de orde lijkt.

Het arrest *Coty* lijkt door de specifiek geformuleerde prejudiciële vragen – strikt genomen – alleen op selectieve distributie van luxeproducten te zijn toegesneden. Bij nadere lezing blijkt echter ruimte om de regels ook toe te passen bij andere (niet-luxe) producten en bij open distributie. Ook bij selectieve distributie van niet-luxeproducten mogen kwaliteitseisen worden gesteld aan de omgeving waarin de producten worden verkocht. Deze kwaliteitseisen kunnen evengoed niet worden afgedwongen van een platform van derden omdat er geen contractuele

¹³ Rb. Amsterdam 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7282 (*Nike/Action Sport*).
¹⁴ Bundesgerichtshof 12 december 2017, KVZ 41/17.

relatie tussen de leverancier en het platform bestaat. Dus ook in het geval van selectieve distributie van niet-luxeproducten zou een marktplaatsverbod om dezelfde reden gerechtvaardigd moeten zijn.

Bovendien heeft het Hof aangegeven dat een verbod om via internetplatforms van derden te verkopen geen beperking van de klantenkring, geen beperking van de passieve verkoop aan de consument en dus geen *hard core* beperking van de concurrentie vormt die niet voor de Groepsvrijstelling in aanmerking komt. Gelet op de algemene bewoordingen van de Groepsvrijstelling is goed verdedigbaar dat dit antwoord van het Hof op dit punt niet beperkt is tot selectieve distributie, laat staan tot alleen luxeproducten.

In deze zienswijze mag een leverancier een distributeur verbieden om de producten via internetplatforms van derden te verkopen indien de leverancier en distributeur een marktaandeel van niet meer dan 30 procent hebben, ongeacht of het luxeproducten en/of selectieve distributie betreft. Boven dit marktaandeel zal per geval moeten worden beoordeeld of sprake is van een luxeproduct en/of selectieve distributie dan wel of er een individuele vrijstelling mogelijk is.

Ook de Commissie zit op deze lijn. De Commissie heeft het arrest van het Hof verwelkomd en aangegeven dat hiermee duidelijkheid en rechtszekerheid wordt geboden voor marktpartijen die zich geconfronteerd zagen met afwijkende juridische visies (lees: van het BKa) over de rechtsgeldigheid van hun distributiestelsels. Het arrest zorgt volgens de Europese Commissie voor een uniforme toepassing van het mededingingsrecht in de EU (lees: ook in Duitsland).

De Commissie heeft ook laten weten dat het Hof het standpunt van de Commissie over de legitimiteit van een marktplaatsverbod heeft bevestigd. De vraag wat onder een luxeproduct moet worden verstaan is volgens de Commissie niet zo relevant omdat het effect van een marktplaatsverbod voor ieder product hetzelfde is. Het is belangrijker volgens de Commissie dat het Hof heeft aangegeven dat een marktplaatsverbod geen *hard core* beperking vormt en dus onder de Groepsvrijstelling valt, ongeacht of het een luxeproduct betreft.

Het is wonderlijk dat het BKa tegelijkertijd heeft laten weten dat het arrest nauwelijks invloed op haar beschikkingspraktijk zal hebben, met

de motivering dat het arrest uitsluitend op luxeproducten zou zien. Het BKa ziet het arrest dan ook eerder als een bevestiging van haar standpunt over de illegaliteit van een marktplaatsverbod, behoudens bij selectieve distributie van luxeproducten. Het begrip luxeproduct moet volgens het BKa eng worden geïnterpreteerd. Van een "carte blanche" voor producenten om distributeurs te verbieden via een marktplaats te verkopen is dan ook geen sprake, aldus het BKa.

Wie had gedacht dat hiermee in de gehele EU duidelijkheid is verkregen over de vraag of een leverancier aan distributeurs mag verbieden producten via marktplaatsen te verkopen, komt bedrogen uit. Gelet op de interne markt-gedachte en het grensoverschrijdende effect van internetverkoop is deze stammenstrijd tussen de Commissie en deze toonaangevende mededingingsautoriteit van de grootste economie in de EU voor het bedrijfsleven geen wenselijke situatie. De Commissie heeft al aangegeven de dialoog met andere mededingingsautoriteiten (lees: het BKa) aan te gaan om tot een gezamenlijke lijn te komen. Tot die tijd zullen producenten vooraf goed moeten bepalen of een marktplaatsverbod op nationaal niveau is toegestaan.

De voortekenen zijn in Duitsland niet gunstig voor producenten die marktplaatsverkoop aan banden willen leggen. Zo oordeelde het Duitse Bundesgerichtshof enkele dagen na het *Coty*-arrest in de hiervoor genoemde *Asics*-zaak dat een verbod voor distributeurs van niet-luxeproducten om gebruik te maken van prijsvergelijkingssites geacht wordt de concurrentie te beperken en dus verboden is. De Commissie heeft hierover in het e-commerce rapport een genuanceerder maar geen definitief standpunt ingenomen en betoogd dat er in ieder geval wel objectieve en kwalitatieve criteria kunnen worden gesteld aan het gebruik van dit soort websites. Het BKa heeft laten optekenen dat de uitkomst in de *Asics*-zaak geheel in lijn is met het *Coty*-arrest. De discussie wordt dus ongetwijfeld vervolgd.

*J.M.M. van de Hel en M.F.J. Haak**

* *Mr. J.M.M. van de Hel en mr. M.F.J. Haak zijn beiden advocaat te Amsterdam. Mr. M.F.J. Haak is tevens redacteur van dit blad.*