



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. WAHL
van 26 juli 2017¹

Zaak C-230/16

**Coty Germany GmbH
tegen
Parfümerie Akzente GmbH**

[verzoek van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hogere regionale rechter te Frankfurt am Main, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Mededinging – Mededingingsregelingen – Artikel 101, lid 1, VWEU – Selectieve distributie – Contractbepaling op grond waarvan het detailhandelen verboden is bij onlineverkoop een niet-erkende derde in te schakelen – Voordeel van de in verordening (EU) nr. 330/2010 neergelegde groepsvrijstelling – Artikel 4, onder b) en c)”

1. Doordat sommige distributeurs in toenemende mate gebruik zijn gaan maken van marktplaatsen (*marketplaces*) of elektronische platforms die niet aan producenten gebonden zijn², is bij een aantal nationale autoriteiten en rechterlijke instanties³ als vanzelf de vraag gerezen of een leverancier erkende wederverkopers binnen een selectief distributienetwerk kan verbieden niet-erkende derde ondernemingen in te schakelen.
2. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, dat vraagt om een herbezinning op de vraag in hoeverre selectieve distributiestelsels, waarvan de mogelijke economische gevolgen niet moeten worden onderschat⁴, vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt rechtmatig zijn te noemen in het licht van de recente ontwikkelingen op het gebied van de elektronische handel, biedt een perfecte illustratie van deze problematiek.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² Met als bekendste namen onder andere Amazon, eBay en PriceMinister. In haar eindverslag over het sectoronderzoek naar e-commerce van 10 mei 2017 [COM(2017) 229 final] merkt de Europese Commissie niettemin op dat marktplaatsen/platforms van derden in bepaalde landen zoals Duitsland (waar 62 % van de bevroegde detailhandelaars gebruikmaakt van marktplaatsen), het Verenigd Koninkrijk (43 %) en Polen (36 %) een belangrijkere rol spelen dan in een aantal andere landen zoals Italië en Oostenrijk (13 %) en België (4 %). Uit dit verslag komt tevens naar voren dat platforms van derden voor kleinere en middelgrote detailhandelaars een belangrijker verkoopkanaal zijn dan voor grotere distributeurs.

³ Te noemen zijn, naast de beslissingen die tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing hebben geleid, de eerdere beslissingen van de rechterlijke instanties en de mededingingsautoriteiten in Duitsland [zie met name arresten van het Kammergericht Berlin (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Berlijn, Duitsland) van 19 september 2013 in de zaak Scout (U 8/09 Kart.), en het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hogere regionale rechter Frankfurt am Main) van 22 december 2015 in de zaak Deuter (U 84/14), alsook de beslissingen van het Bundeskartellamt (federale mededingingsautoriteit, Duitsland) van 27 juni 2014 in de zaak Adidas (B3-137/12) en 26 augustus 2015 in de zaak ASICS (B2-98/11)] en in Frankrijk [zie met name beslissing van de Autorité de la concurrence nr. 14-D-07 van 23 juli 2014 inzake verkooppraktijken in de bruigoodsector, inzonderheid wat betreft televisietoestellen, en arrest van de Cour d'appel de Paris van 2 februari 2016, Caudalie (nr. 15/01542)].

⁴ Volgens bovengenoemd verslag van de Commissie komen selectieve distributiestelsels zeer veel voor in de Europese Unie en worden zij door talloze fabrikanten gebruikt. Zij zijn niet beperkt tot een bepaalde productcategorie, maar vinden in het bijzonder toepassing bij de verkoop van luxe merkproducten, zoals kleding, schoenen en cosmetica. In dit verband meldt een groot aantal handelaars overeenkomsten met leveranciers te hebben gesloten die de toegang tot onlinemarkten of platforms van derden beperken.

3. Met dit verzoek vraagt het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hogere regionale rechter te Frankfurt am Main, Duitsland) het Hof om uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 4, onder b) en c), van verordening (EU) nr. 330/2010.⁵

4. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Coty Germany GmbH, een grote aanbieder van luxe cosmetica in Duitsland, en Parfümerie Akzente GmbH, een erkende distributeur van deze producten, over het aan laatstgenoemde opgelegde verbod om bij de verkoop via internet van de contractproducten naar buiten toe kenbaar niet-erkende derde ondernemingen in te schakelen.

5. Meer in het bijzonder wordt het Hof gevraagd of en in hoeverre 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, als een met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbare mededingingsfactor kunnen worden beschouwd. In dat verband wordt het Hof verzocht te onderzoeken of een algemeen verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, ongeacht of in het concrete geval de legitieme kwaliteitseisen van de producent al dan niet worden nageleefd, als verenigbaar met voornoemde bepaling kan worden beschouwd. Daarnaast dient het Hof zich te buigen over de vraag of artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010 aldus moet worden uitgelegd dat een dergelijk verbod „ertoe strekt” de klantenkring van de detailhandelaar en/of de passieve verkoop aan de eindgebruiker te beperken.

6. Aldus biedt deze zaak het Hof de gelegenheid te verduidelijken of het arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*⁶, dat, zoals de verwijzende rechter vermeldt, door de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties op uiteenlopende wijze is uitgelegd, al dan niet een kentering markeert in de wijze waarop vanuit de mededingingsregels van de Unie wordt aangekeken tegen de specifieke, op kwalitatieve criteria gebaseerde beperkingen van selectieve distributiestelsels.

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 330/2010

7. In de overwegingen 3 tot en met 5 van verordening nr. 330/2010 wordt het volgende verklaard:

- „(3) De groep overeenkomsten waarvan kan worden aangenomen dat deze gewoonlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, [VWEU] voldoen, omvat verticale overeenkomsten inzake de koop of verkoop van goederen en diensten wanneer deze overeenkomsten zijn gesloten tussen niet-concurrerende ondernemingen, tussen bepaalde concurrenten of door bepaalde verenigingen van detailhandelaren van goederen. Zij omvat eveneens verticale overeenkomsten welke nevenbepalingen betreffende de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten bevatten. De term ‚verticale overeenkomsten’ dient de dienovereenkomstige onderling afgestemde feitelijke gedragingen te omvatten.
- (4) Voor de toepassing van artikel 101, lid 3, [VWEU] bij verordening is het niet noodzakelijk, de verticale overeenkomsten die onder artikel 101, lid 1, [VWEU] kunnen vallen, te omschrijven. Bij de individuele beoordeling van overeenkomsten in de zin van artikel 101, lid 1, [VWEU] dient rekening te worden gehouden met verscheidene factoren, in het bijzonder de marktstructuur aan de vraag- en aanbodzijde.

5 Verordening 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).

6 Arrest van 13 oktober 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649).

- (5) Het voordeel van de bij deze verordening vastgestelde groepsvrijstelling dient te worden beperkt tot verticale overeenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen, dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, [VWEU] voldoen.”

8. Artikel 1, lid 1, van verordening nr. 330/2010 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze verordening gelden de volgende definities:

- a) ‚verticale overeenkomst’ betekent een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking [heeft] op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen;
- b) ‚verticale beperking’ betekent een beperking van de mededinging in een verticale overeenkomst die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, [VWEU] valt;

[...]

- e) ‚selectief distributiestelsel’ betekent 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;

[...]”

9. In artikel 2, lid 1, van voornoemde verordening is het volgende bepaald:

„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.”

10. Artikel 3, lid 1, van dezelfde verordening luidt:

„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.”

11. Artikel 4 van verordening nr. 330/2010 bepaalt onder het opschrift „Beperkingen die het voordeel van de groepsvrijstelling tenietdoen – hardcorebeperkingen”:

„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:

[...]

- iii) de beperking van de verkoop door de leden van een selectief distributiestelsel aan niet-erkende distributeurs binnen het grondgebied dat door de leverancier is gereserveerd om dat systeem toe te passen, en

[...]

- c) de beperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op het detailhandelsniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel, zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende vestigingsplaats werkzaam te zijn;

[...]”

Richtsnoeren inzake verticale beperkingen

12. Volgens punt 51 van de bij de vaststelling van verordening nr. 330/2010 door de Commissie gepubliceerde richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁷, moet onder „passieve verkoop” worden verstaan het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten.

13. In punt 52 van de richtsnoeren wordt verklaard dat internet een machtig instrument is om een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten te bereiken dan met de meer traditionele verkoopmethoden mogelijk is, en dat daarom bepaalde beperkingen op het gebruik van internet worden behandeld als (weder)verkoopbeperkingen. In de derde zin van ditzelfde punt 52 staat te lezen dat het gebruik door een distributeur van een website met als doel producten te verkopen, over het algemeen wordt beschouwd als een vorm van passieve verkoop, omdat het een redelijke manier is om klanten in staat te stellen de distributeur te bereiken.

14. Punt 54 van de richtsnoeren luidt:

„Niettemin kan de leverancier in het kader van [verordening nr. 330/2010] kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een internetsite voor het doorverkopen van zijn goederen, zoals hij dit ook kan voor een winkel, catalogusverkoop of reclame of promotie in het algemeen. Dit kan in het bijzonder van belang zijn voor selectieve distributie. Zo kan de leverancier in het kader van de groepsvrijstelling bijvoorbeeld van zijn distributeurs verlangen dat zij één of meer fysieke winkels of showrooms hebben als voorwaarde om lid van zijn distributiesysteem te worden. [...] Zo kan een leverancier ook van zijn distributeurs verlangen dat zij platforms van derden gebruiken om de contractproducten uitsluitend te verdelen overeenkomstig de normen en voorwaarden die tussen de leverancier en zijn distributeurs waren overeengekomen voor het gebruik van internet door de distributeurs. Wanneer bijvoorbeeld de website van de distributeur wordt gehost door een platform van een derde, zou de leverancier kunnen verlangen dat de klanten die website van de distributeur niet bezoeken via een site die de naam of het logo van het platform van de derde draagt.”

⁷ PB 2010, C 130, blz. 1; hierna: „richtsnoeren”.

15. Volgens de uitleg in punt 56 van de richtsnoeren sluit de in artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010 beschreven hardcorebeperking beperkingen van de actieve of passieve verkoop aan al dan niet professionele eindgebruikers door leden van een selectief distributiestelsel uit, zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn. In de derde zin van ditzelfde punt 56 wordt gepreciseerd dat wederverkopers binnen een selectief distributiestelsel ongehinderd actief of passief producten moeten kunnen verkopen aan alle eindgebruikers, ook via internet. Daarom beschouwt de Commissie alle verplichtingen die het gebruik van internet door erkende wederverkopers voor het bereiken van een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten ontmoedigen door het opleggen van criteria voor onlineverkoop die niet equivalent zijn aan de criteria voor verkoop in de fysieke winkel, als hardcorebeperkingen.

16. Ten slotte wordt in punt 176 van de richtsnoeren vermeld dat zowel op kwalitatieve als op kwantitatieve selectieve distributie gerichte overeenkomsten krachtens verordening nr. 330/2010 zijn vrijgesteld en dat die vrijstelling geldt „onacht de aard van het betrokken product of de aard van de selectiecriteria”. Wanneer evenwel de kenmerken van het product selectieve distributie of toepassing van de criteria niet noodzakelijk maken, bijvoorbeeld indien van distributeurs wordt verlangd dat zij over een of meer fysieke winkels beschikken of specifieke diensten verrichten, brengt een dergelijk distributiesysteem over het algemeen onvoldoende efficiëntieverbeteringen mee om een belangrijke vermindering van de concurrentie binnen een merk te compenseren. Indien zich merkbare concurrentiebeperkende effecten voordoen, zal de groepsvrijstelling waarschijnlijk worden ingetrokken.

Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

17. Coty Germany is een van de grootste aanbieders van luxe cosmetica in Duitsland. Zij verkoopt bepaalde merken in dit segment op basis van een selectief distributienetwerk waaraan een distributieovereenkomst ten grondslag ligt die door Coty Germany respectievelijk de met haar verbonden vennootschappen in Europa op uniforme wijze wordt toegepast. Die overeenkomst wordt aangevuld met verschillende specifieke overeenkomsten die tot doel hebben dat netwerk te organiseren.

18. Parfumerie Akzente distribueert al vele jaren de producten van Coty Germany als erkend detailhandelaar, zowel in fysieke verkooppunten als via internet. De onlineverkoop vindt ten dele plaats via haar eigen webshop en ten dele via het platform „amazon.de”.

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

20. Wat de fysieke handel betreft, bepaalt de selectiedistributieovereenkomst 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 moet worden voldaan.

21. Zo is in artikel 2, lid 1, punt 3, van de distributieovereenkomst het volgende bepaald: „De voorzieningen en de inrichting van het verkooppunt, het productaanbod, de reclame en de verkooppresentatie dienen het luxe-karakter van de Coty Prestige-merken te ondersteunen. Bij de beoordeling van dit criterium wordt met name aandacht besteed aan de gevel en de inrichting van het verkooppunt, de vloerbedekking, de wanden en plafonds, het meubilair, het verkoopoppervlak en de verlichting en voorts aan een algemene indruk van netheid en orde.”

22. 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”.

23. Tot de tussen de partijen gesloten overeenkomsten behoort voorts een aanvullende overeenkomst inzake onlineverkoop. Artikel 1, lid 3, daarvan luidt: „Het is de depositair niet toegestaan een andere naam te gebruiken of een derde, niet-erkende, onderneming in te schakelen”.

24. In de maand maart 2012 heeft Coty Germany de overeenkomsten inzake het selectieve distributienetwerk en bovengenoemde aanvullende overeenkomst gewijzigd en in bepaling 1.1, eerste alinea, van diezelfde aanvullende 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 fungeren als ‚elektronische etalage’ van de erkende winkel en dat het luxekarakter van de producten onaangetast blijft”. Voorts zijn volgens bepaling 1.1, 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. Een voetnoot bij deze bepaling verduidelijkt dat „[het] de depositair dus niet [is] toegestaan een samenwerking met derden aan te gaan indien die samenwerking is gericht op de exploitatie van de website en naar buiten toe kenbaar is”.

25. Daar Parfümerie Akzente weigerde om met deze wijzigingen van de distributieovereenkomst in te stemmen, heeft Coty Germany bij een nationale rechter van eerste aanleg een vordering ingediend ertoe strekkende dat het Parfümerie Akzente op grond van bepaling 1.1, punt 3, van de aanvullende overeenkomst zou worden verboden, de artikelen van het litigieuze merk via het platform „amazon.de” aan te bieden.

26. Bij vonnis van 31 juli 2014 heeft de bevoegde nationale rechter in eerste aanleg, het Landgericht Frankfurt am Main (regionale rechter te Frankfurt am Main, Duitsland), de vordering afgewezen op grond dat de betrokken contractbepaling in strijd is met artikel 101, lid 1, VWEU en met § 1 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen beperkingen van de mededinging).

27. Meer bepaald heeft deze rechter op basis van het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), geoordeeld dat het doel van instandhouding van een prestigieus merkimago de invoering van een – in beginsel mededingingsbeperkend – selectief distributiestelsel niet kan rechtvaardigen. De litigieuze contractbepaling moet volgens de rechter in eerste aanleg tevens als een hardcorebeperking in de zin van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010 worden aangemerkt en komt dus niet voor de in deze verordening neergelegde groepsvrijstelling in aanmerking.

28. Bovendien is volgens diezelfde nationale rechter in eerste aanleg ook niet voldaan aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling, aangezien niet is aangetoond dat de algemene uitsluiting van de onlineverkoop via platforms van derden efficiencyvoordelen oplevert die zwaarder wegen dan de uit het litigieuze beding voortvloeiende nadelen voor de mededinging. Het in die bepaling opgenomen algemene verbod is volgens deze rechter niet noodzakelijk, aangezien even geschikte maatregelen met minder mededingingsbeperkende gevolgen mogelijk zijn, zoals het toepassen van specifieke kwaliteitsnormen voor platforms van derden.

29. Tegen die achtergrond, en in het kader van het door Coty Germany tegen de beslissing van de nationale rechter in eerste aanleg ingestelde hoger beroep, heeft het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hogere regionale rechter 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, een mededingingsfactor vormen 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?”

30. Coty Germany, Parfümerie Akzente, de Duitse, de Franse, de Italiaanse, de Luxemburgse, de Nederlandse en de Oostenrijkse regering en de Commissie hebben opmerkingen ingediend bij het Hof.

31. Op 30 maart 2017 heeft een terechtzitting plaatsgevonden, waaraan Coty Germany, Parfümerie Akzente, de Duitse, de Franse, de Italiaanse, de Luxemburgse, de Nederlandse en de Zweedse regering en de Commissie hebben deelgenomen.

Analyse

Inleiding en algemene opmerkingen over de leidende beginselen voor de toepassing van artikel 101 VWEU op selectieve distributiestelsels

32. In algemene zin hebben de mededingingsregels – inzonderheid artikel 101 VWEU – tot doel verstoringen van de „mededinging” te voorkomen. Die mededinging, die is gericht op het bevorderen van de economische efficiency en uiteindelijk het welzijn van de consument, dient niet alleen vaststelling van de laagst mogelijke prijzen mogelijk te maken, maar moet ook fungeren als instrument voor differentiatie van het productaanbod, optimalisering van de kwaliteit van goederen en diensten en stimulering van innovatie. In het Europese mededingingsrecht is prijsconcurrentie niet het enig mogelijke model.

33. In dit verband heeft het Hof reeds lang geleden geoordeeld dat prijsconcurrentie weliswaar van groot belang is, maar niet de enige doeltreffende vorm van mededinging is en evenmin die vorm van mededinging waaraan onder alle omstandigheden absolute voorrang moet worden verleend.⁸ Zo bestaan er legitieme vereisten, zoals de instandhouding van een gespecialiseerde handel die in staat is tot het verrichten van bepaalde prestaties voor kwalitatief en technisch hoog ontwikkelde producten, die een beperking van de prijsconcurrentie ten gunste van een op andere factoren dan de prijzen betrekking hebbende mededinging kunnen rechtvaardigen.⁹

34. Dat moet het uitgangspunt zijn voor de benadering van het vraagstuk van selectieve distributiestelsels.

35. Onder „selectief distributiestelsel” wordt verstaan een distributiestelsel waarbij enerzijds de leverancier (vaak „netwerkhoud” genoemd) zich ertoe verbindt de contractgoederen of -diensten slechts te verkopen aan distributeurs die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en anderzijds deze distributeurs zich ertoe verbinden deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het door de leverancier gereserveerde grondgebied.¹⁰

36. Sinds het arrest Consten en Grundig/Commissie¹¹ staat vast dat een verticale overeenkomst tussen ondernemingen die zich niet op voet van gelijkheid bevinden, de mogelijke mededinging tussen die ondernemingen onderling of tussen een van die ondernemingen en derden kan beperken. Op voorhand kan dus niet worden uitgesloten dat contractbepalingen in selectivedistributieovereenkomsten beperkingen van de mededinging bevatten die in het bijzonder onder het kartelverbod kunnen vallen. Wat de feitelijke toepasselijkheid van de kartelregels op de vaststelling van in het kader van distributienetwerken gehanteerde selectiecriteria betreft, staat vast dat de selectie, die op de contractbepalingen in de overeenkomsten tussen het netwerkhoud en zijn erkende distributeurs berust, onder het kartelverbod kan vallen.¹²

37. Toch heeft het Hof zich steeds terughoudend opgesteld ten aanzien van selectieve distributiestelsels die op kwalitatieve criteria zijn gebaseerd.¹³ Zo heeft het in zijn bekende arrest in de zaak Metro SB-Großmärkte/Commissie¹⁴ de rechtmatigheid in mededingingsrechtelijke zin van op kwaliteitscriteria berustende selectieve distributiestelsels duidelijk erkend.

38. In dat kader heeft het Hof benadrukt dat het vereiste dat de mededinging niet wordt vervalst, ervan uitgaat dat de aard en de intensiteit van de mededinging kunnen variëren naargelang van de betrokken producten of diensten en de economische structuur van de betrokken marktsectoren. Meer bepaald verzet de structuur van de markt zich niet tegen het bestaan van uiteenlopende verkoopkanalen die zijn aangepast aan de kenmerken van de verschillende producenten en de behoeften van de verschillende categorieën consumenten. Met zijn redenering heeft het Hof impliciet maar noodzakelijkerwijs erkend dat een beperking van de concurrentie tussen aanbieders van hetzelfde merk (*intra-brand competition*) toelaatbaar kan zijn wanneer zij noodzakelijk is ter bevordering van de concurrentie tussen deze aanbieders en de aanbieders van andere merken (*inter-brand competition*).

⁸ Zie arrest van 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Commissie (26/76, EU:C:1977:167, punt 21).

⁹ Zie met name arrest van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, EU:C:1983:293, punt 33), en arrest Pierre Fabre, punt 40.

¹⁰ Zie met name artikel 1, punt e), van verordening nr. 330/2010.

¹¹ Arrest van 13 juli 1966 (56/64 en 58/64, EU:C:1966:41, blz. 512).

¹² Zie met name arrest van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, EU:C:1983:293). Zo wordt in punt 38 van dit arrest gepreciseerd dat „[e]en dergelijke gedraging van de producent [...] geen eenzijdige handeling [is] die [...] aan het [kartel]verbod ontsnapt. Zij valt [...] binnen de sfeer van contractuele betrekkingen die de onderneming met haar wederverkopers onderhoudt.”

¹³ Aanwijzingen van die betrekkelijk soepele opstelling ten aanzien van overeenkomsten inzake exclusieve distributie zijn reeds te vinden in het arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38).

¹⁴ Zie arrest van 25 oktober 1977 (26/76, EU:C:1977:167, punt 20).

39. Aldus heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat deze stelsels met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar konden worden verklaard, aangezien bij de keuze van de wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard werden gehanteerd en die criteria uniform waren vastgesteld en zonder discriminatie werden toegepast.

40. Voorts is in het verlengde van bepaalde opvattingen in de rechtsleer¹⁵, die op hun beurt op analyses van economen zijn geïnspireerd¹⁶, geleidelijk erkend, met name in het kader van de opstelling van een nieuwe generatie groepsvrijstellingsverordeningen, dat dergelijke stelsels doorgaans een positief effect op de mededinging hebben.

41. Voor deze ontwikkeling, die niet tot het mededingingsrecht van de Unie beperkt is gebleven¹⁷, zijn onder meer de volgende verklaringen te geven.

42. Waar, ten eerste, selectieve distributiestelsels tot doel hebben distributeurs van bepaalde producten te erkennen op basis van kwalitatieve criteria die door de aard van die producten worden bepaald, bevorderen en beschermen zij het merkimago (*brand image*). Zij versterken de concurrentie tussen aanbieders van verschillende merkproducten – de *interbrand competition* – doordat zij producenten in staat stellen de distributie van hun producten efficiënt te organiseren en in te spelen op de behoeften van de consument.

43. Selectieve distributiestelsels vormen met name voor producten met bijzondere kenmerken een vehikel voor marktpenetratie. De meerwaarde van merkproducten, inzonderheid luxe merkproducten, berust immers op de omstandigheid dat deze artikelen door consumenten stevast met hoge kwaliteit en exclusiviteit ten aanzien van presentatie en verkoopwijze worden geassocieerd. Aan dat stabiele beeld wordt afbreuk gedaan wanneer de artikelen niet door een en dezelfde onderneming worden aangeboden. Selectieve distributiestelsels ontleen hun bestaansreden aan het feit dat zij het mogelijk maken bepaalde producten op grotere schaal, met name in geografisch ver van de productielocaties verwijderde gebieden, aan te bieden en tegelijkertijd de genoemde perceptie in stand houden door selectie van de ondernemingen die de contractproducten mogen verkopen.

44. Wat, in de tweede plaats, de concurrentie binnen het merk betreft, is het juist dat de omstandigheid dat de erkende distributeurs wegens de in beginsel objectieve en niet-discriminerende toepassing van kwalitatieve selectiecriteria grote overeenkomsten vertonen, tot gevolg kan hebben dat bij selectieve distributie alle deelnemende ondernemingen aan dezelfde mededingingsvoorwaarden van het selectieve distributienetwerk worden onderworpen, zodat zowel het aantal distributeurs van de contractproducten als de concurrentie binnen het merk, met name op basis van de prijs, mogelijk wordt beperkt. De paradox is dat hoe strenger de selectiecriteria zijn die de leverancier hanteert, hoe meer risico hij loopt door de daarmee gepaard gaande beperking van de distributie van zijn producten marktaandeel en klanten te verliezen. Tenzij hij over een aanmerkelijke marktmacht beschikt, ontkomt de leverancier / het netwerkhoofd er in beginsel dan ook niet aan zich via „zelfregulering” aan de mededingingsregels te conformeren.

45. Bijgevolg kunnen selectieve distributiestelsels worden geacht doorgaans een neutraal of zelfs gunstig effect op de mededinging te hebben.

15 Het geschreven recht en de rechtspraak inzake verticale overeenkomsten zouden een heus „offensief vanuit rechtsgeleerde hoek” te verduren hebben gekregen (zie dienaangaande Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013).

16 Het betreft een groot aantal studies, waaronder met name Tirole, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, Cambridge, 1988, inzonderheid blz. 186. De auteur concludeert met name: „It seems important for economic theorists to develop a careful classification and operative criteria to determine in which environments certain vertical restraints are likely to lower social welfare.”

17 In zijn beslissing *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* [551 US 877 (2007)] heeft het hooggerichtshof van de Verenigde Staten van Amerika afstand genomen van het arrest *Dr. Miles*, op grond waarvan bepaalde verticale beperkingen tot op dat moment per definitie verboden waren, door uitdrukkelijk een *rule of reason* te erkennen. In deze beslissing wordt verklaard dat „[t]he Court has abandoned the rule of *per se* illegality for other vertical restraints a manufacturer imposes on its distributors. Respected economic analysts, furthermore, conclude that vertical price restraints can have procompetitive effects. We now hold that *Dr. Miles* should be overruled and that vertical price restraints are to be judged by the rule of reason.”

46. Ik wijs erop dat de verenigbaarheid van selectieve distributiestelsels met artikel 101, lid 1, VWEU welbeschouwd berust op de gedachte dat het legitiem kan zijn de aandacht niet louter op prijsconcurrentie, maar meer op een op andere, kwalitatieve factoren betrekking hebbende mededinging te richten. De erkenning van die verenigbaarheid kan dus niet worden beperkt tot producten met bijzondere materiële kenmerken. Cruciaal voor de vraag of al dan niet sprake is van een beperking van de mededinging is niet zozeer welke intrinsieke eigenschappen de betrokken producten hebben, maar veeleer of die beperking noodzakelijk is voor het behoud van de goede werking van het distributiestelsel, dat juist bedoeld is om het merk- of kwaliteitsimago van de contractproducten in stand te houden.

47. Ik vat samen: hoewel bepaalde contractverplichtingen voor detailhandelaren in het kader van selectieve distributiestelsels na een oppervlakkig en formalistisch onderzoek wegens beperking van de commerciële vrijheid van de betrokken distributeurs zonder meer met mogelijke beperkingen van de mededinging zijn gelijkgesteld, is al zeer vroeg erkend, zowel in de rechtspraak sinds het arrest *Metro SB-Großmärkte/Commissie*¹⁸ als in de groepsvrijstellingsregelgeving, dat een op kwalitatieve criteria gebaseerd selectief distributiestelsel onder bepaalde voorwaarden mededingingsbevorderende effecten kan hebben en dus buiten het kartelverbod van artikel 101, lid 1, VWEU kan vallen.

48. In dit verband moet worden benadrukt dat artikel 101 VWEU niet tot doel heeft bepaalde vrijwillig aangegane contractverplichtingen, zoals verplichtingen ingevolge de overeenkomst tussen een distributeur en zijn leverancier, aan regels te binden of te verbieden, maar in hoofdzaak is gericht op de economische gevolgen van de betrokken gedragingen vanuit mededingingsperspectief. Het feit dat een selectieve distributieovereenkomst eventueel een ongelijke contractverhouding tussen de partijen doet ontstaan, die met name in het nadeel van de erkende distributeur uitvalt, is voor het onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van die overeenkomst dan ook niet relevant.¹⁹

49. Voorts moet worden verduidelijkt wat het precieze kader voor de mededingingsrechtelijke toetsing van in de context van selectieve distributiestelsels genomen maatregelen is.

50. De toetsing van de in het kader van selectieve distributie uitgewerkte en voorgeschreven gedragingen van ondernemingen aan artikel 101 VWEU kent een schematisch verloop in twee fasen. Allereerst moet worden onderzocht – zoals de verwijzende rechter met zijn eerste en tweede prejudiciële vraag beoogt – of die gedragingen in theorie onder het kartelverbod van artikel 101, lid 1, VWEU kunnen vallen. Als dat zo is, dat wil zeggen als de conclusie zou zijn dat de litigieuze beperkingen binnen de werkingssfeer van die bepaling vallen, moet vervolgens worden vastgesteld – hierom draait het uiteindelijk bij de derde en vierde vraag – of de litigieuze gedragingen al dan niet in aanmerking komen voor vrijstelling uit hoofde van artikel 101, lid 3, VWEU.

51. Wat, ten eerste, de vraag betreft of de door het netwerkhoofd aan zijn distributeurs opgelegde voorwaarden al dan niet meteen van het kartelverbod kunnen worden uitgesloten, heeft het Hof erkend dat, wat hoogwaardige consumptiegoederen betreft, het bestaan van uiteenlopende distributiekkanalen die zijn aangepast aan de kenmerken van de verschillende producenten en de behoeften van de consumenten, met artikel 101, lid 1, VWEU in overeenstemming kan zijn.²⁰

¹⁸ Arrest van 25 oktober 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commissie* (26/76, EU:C:1977:167).

¹⁹ Zie in die zin Waelbroeck, M., en Frignani, A., *Le droit de la CE – Concurrence*, Éditions de l'Université de Bruxelles, verzameling „Commentaire J. Mégret”, Brussel, 1997, blz. 171.

²⁰ Zie met name arresten van 25 oktober 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commissie* (26/76, EU:C:1977:167, punt 20), en van 11 december 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289, punten 15 en 16). Zie ook arrest van 27 februari 1992, *Vichy/Commissie* (T-19/91, EU:T:1992:28, punten 32 e.v.).

52. Zoals het Hof in zijn recentere rechtspraak nogmaals in herinnering heeft gebracht, valt de organisatie van een selectief distributiestelsel niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU, mits de distributeurs worden gekozen op basis van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, de eigenschappen van de betrokken producten 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.²¹

53. In de tweede plaats zal nog moeten worden onderzocht, voor het geval dat de rechter tot de slotsom komt dat de in het kader van een selectief distributienetwerk genomen litigieuze maatregel niet meteen van de toepassing van artikel 101 VWEU kan worden uitgesloten, of die maatregel in aanmerking komt voor vrijstelling, met name uit hoofde van de toepasselijke groepsvrijstellingsverordening, in dit geval verordening nr. 330/2010.

54. Dienaangaande wil ik opmerken dat deze vrijstellingsverordening niet een opsomming bedoelt te geven van gedragingen die onder het verbod van artikel 101 VWEU kunnen vallen en gedragingen die meteen van de toepassing van die bepaling kunnen worden uitgesloten. Zoals in overweging 4 van die verordening wordt benadrukt, „[dient bij] de individuele beoordeling van overeenkomsten in de zin van artikel 101, lid 1, [VWEU] rekening te worden gehouden met verscheidene factoren, in het bijzonder de marktstructuur aan de vraag- en aanbodzijde”.

55. Wel beoogt voornoemde verordening de betrokken ondernemingen een redelijke mate van rechtszekerheid te bieden (zie in die zin overweging 5 van verordening nr. 330/2010), en bevat zij dan ook aanwijzingen over maatregelen die op voorhand niet voor een vrijstelling uit hoofde van de verordening in aanmerking komen – hetgeen niet wil zeggen dat zij niet onder een individuele vrijstelling kunnen vallen. Het gaat om maatregelen die, ook indien aan bepaalde marktaandeeldrempels voor zowel de leverancier als zijn distributeurs is voldaan, als „hardcorebeperkingen” in de zin van artikel 4 van diezelfde verordening kunnen worden aangemerkt.

56. Hoewel deze twee fasen van de toetsing losstaan van elkaar, kan er toch sprake zijn van conceptuele overlap. Of de invalshoek nu het eerste lid van artikel 101 VWEU of het derde lid van die bepaling is, de toetsing van de litigieuze maatregel berust op een onderzoek van de veronderstelde of gebleken mate van schadelijkheid daarvan. Zo kan een beperking van de passieve verkoop door de distributeurs niet alleen als een beperking „naar strekking” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU worden beschouwd, maar ook als een hardcorebeperking, zodat de maatregel niet voor een groepsvrijstelling in aanmerking komt. Toch moet de kwalificatie van een beperking naar strekking voor de toepassing van laatstgenoemde bepaling worden onderscheiden van de vaststelling van het bestaan van een hardcorebeperking voor de toepassing van een eventuele vrijstelling uit hoofde van verordening nr. 330/2010. Ik kom daar hieronder op terug.

57. Ten slotte zou ik willen benadrukken dat de richtsnoeren van de Commissie, met name de richtsnoeren over verticale beperkingen, die in het onderhavige geval onmiskenbaar van groot belang zijn, op zichzelf als leidraad voor het onderzoek niet volstaan. Die richtsnoeren zijn immers niet bedoeld om de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten te binden, maar beschrijven enkel hoe de Commissie, als mededingingsautoriteit van de Unie, artikel 101 VWEU zelf zal toepassen.²² Toch valt niet uit te sluiten dat het Hof de juridische overwegingen en beoordelingen in die richtsnoeren in het kader van de door hem te geven uitlegging van het Unierecht zal overnemen.

21 Arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 Zie onder meer in die zin arresten van 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 211); van 14 juni 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, EU:C:2011:389, punt 21), en van 13 december 2012, *Expedia* (C-226/11, EU:C:2012:795, punten 24-31).

58. Na deze algemene opmerkingen zal ik thans de vragen van de verwijzende rechter één voor één onderzoeken.

Eerste vraag: verenigbaarheid met artikel 101, lid 1, VWEU van selectieve distributiestelsels voor luxe en prestigieuze artikelen die primair tot doel hebben het „luxe-imago” van de artikelen in stand te houden

59. Met zijn eerste vraag, die rechtstreeks met de uiteenlopende uitleggingen van het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), verband houdt, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of selectieve distributienetwerken voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen die primair tot doel hebben het luxe-imago van de artikelen in stand te houden, al dan niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU vallen.

60. In wezen staan hier twee benaderingen tegenover elkaar.

61. Enerzijds zijn Parfümerie Akzente en de Luxemburgse regering van mening dat overeenkomsten ter organisatie van een selectief distributiestelsel voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen dat primair tot doel heeft het luxe-imago van de artikelen in stand te houden, niet van de werkingssfeer van het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU kunnen worden uitgesloten. Deze vaststelling vindt volgens hen duidelijk steun in hetgeen het Hof in punt 46 van het arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* heeft verklaard. Vanuit dezelfde optiek stelt de Duitse regering voor te antwoorden dat artikel 101, lid 1, VWEU van toepassing is op selectieve distributiestelsels die bedoeld zijn om een imago van luxe of prestige in stand te houden, zonder dat hoeft te worden onderzocht of de eigenschappen van het betrokken product de invoering van een selectief distributiestelsel noodzakelijk maken, of de voorwaarden die het stelsel oplegt zonder discriminatie worden toegepast en of die voorwaarden geschikt zijn voor het in stand houden van het imago van luxe of prestige.

62. Anderzijds stellen Coty Germany, de Franse, de Italiaanse, de Nederlandse, de Oostenrijkse en de Zweedse regering en de Commissie in wezen dat overeenkomsten ter organisatie van een selectief distributiestelsel voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen dat primair tot doel heeft het luxe-imago van de artikelen in stand te houden, buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU kunnen vallen. Uit de rechtspraak volgt volgens deze partijen met name dat producten van hoge kwaliteit waarvan het luxe-imago door de consument op prijs wordt gesteld, de toepassing van een selectief distributienetwerk noodzakelijk kunnen maken, met name om „te verzekeren dat deze producten worden gepresenteerd op een wijze die hun karakter doet uitkomen” en om hun „imago van luxe” in stand te houden. Zij wijzen erop dat voormeld arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, dat niet het selectieve distributiestelsel zelf, maar uitsluitend de in die zaak betwiste contractbepaling betrof, niet aldus kan worden uitgelegd dat bescherming van het luxe-imago thans het bestaan van een selectief distributienetwerk niet meer kan rechtvaardigen.

63. Mijns inziens is alleen de tweede opvatting verdedigbaar, omdat anders de beginselen voor de mededingingsrechtelijke toetsing van selectieve distributiestelsels wezenlijk zouden worden gewijzigd, en dient de eerste prejudiciële vraag, zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, dus bevestigend te worden beantwoord.

64. Selectieve distributiestelsels moeten, in het verlengde van hetgeen ik hierboven heb gezegd, wegens de gunstige – of op zijn minst neutrale – effecten ervan op de mededinging, als verenigbaar met het kartelverbod van artikel 101, lid 1, VWEU kunnen worden beschouwd.

65. Volgens vaste rechtspraak van het Hof²³ en van het Gerecht²⁴, waarvan de overwegingen duidelijk doorklinken in punt 175 van de richtsnoeren, vallen stelsels voor zuiver kwalitatieve selectieve distributie niet onder het verbod van artikel 101 VWEU indien aan drie voorwaarden is voldaan (hierna: „Metro-criteria”).

66. Ten eerste moet worden vastgesteld dat de eigenschappen van de betrokken producten een systeem van selectieve distributie noodzakelijk maken, in die zin dat een dergelijk systeem, gelet op de aard van die producten, en in het bijzonder de technische of kwalitatieve hoogwaardigheid daarvan, een rechtmatig vereiste is om de kwaliteit van de producten te behouden en het goede gebruik ervan te verzekeren. Ten tweede moet de keuze van de wederverkopers plaatsvinden op grond van objectieve kwalitatieve criteria die uniform zijn vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast. Ten derde mogen de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.

67. De vraag of aan deze voorwaarden wordt voldaan, moet weliswaar objectief door de nationale rechter worden beoordeeld, maar het Hof heeft een aantal parameters geformuleerd die bij de toetsing van de verenigbaarheid van selectieve distributiestelsels met artikel 101, lid 1, VWEU in aanmerking kunnen worden genomen.

68. Wat betreft het criterium dat een selectief distributiestelsel noodzakelijk is voor met name luxe producten – het criterium waarom het in casu hoofdzakelijk draait – zij in herinnering gebracht dat het Hof meermaals heeft geoordeeld dat op kwalitatieve selectiecriteria gebaseerde selectieve distributiestelsels op het gebied van de fabricage van hoogwaardige consumptiegoederen in het licht van artikel 101, lid 1, VWEU aanvaardbaar kunnen zijn wanneer zij zijn gericht op de instandhouding van een gespecialiseerde handel die in staat is tot het verrichten van bepaalde prestaties voor dergelijke producten.²⁵

69. Het Hof heeft verduidelijkt dat zelfs indien de betrokken producten niet als „luxe” producten worden aangemerkt, de instandhouding van de „kwaliteit” van het product een selectief distributiestelsel noodzakelijk kan maken.²⁶

70. Een selectief distributiestelsel kan dus op grond van de specifieke kenmerken of eigenschappen van de betrokken producten met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar zijn. Zoals ik reeds heb uiteengezet, houden die eigenschappen niet alleen verband met de materiële kenmerken van de producten in kwestie (de technologisch geavanceerde staat bijvoorbeeld), maar ook met het „luxe”-imago daarvan.²⁷

71. Zoals betoogd door verschillende partijen die opmerkingen in de onderhavige zaak hebben ingediend, kan voor deze vaststelling aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak over het merkenrecht, dat, wegens de specifieke functie die het vanuit mededingingsoogpunt vervult, duidelijk interactie vertoont met het kartelverbod. Aangezien het merk de waarborg biedt dat alle van dat merk voorziene waren of diensten zijn vervaardigd of verricht onder controle van een en dezelfde onderneming, die kan worden geacht voor de kwaliteit ervan in te staan, speelt het immers een cruciale rol in het stelsel van onvervalste mededinging dat het VWEU tot stand wil brengen.²⁸ In een

23 Zie met name arresten van 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Commissie (26/76, EU:C:1977:167, punten 20 en 21); van 11 december 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289, punten 15 en 16); van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, EU:C:1983:293, punt 35), en van 22 oktober 1986, Metro/Commissie (75/84, EU:C:1986:399, punten 37 en 40).

24 Zie met name arresten van 12 december 1996, Leclerc/Commissie (T-19/92, EU:T:1996:190, punten 111-120), en van 12 december 1996, Leclerc/Commissie (T-88/92, EU:T:1996:192, punten 106-117).

25 Zie met name arresten van 25 oktober 1977, Metro SB-Großmärkte/Commissie (26/76, EU:C:1977:167, punt 20), en van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, EU:C:1983:293, punt 33).

26 Zie met name arrest van 11 december 1980, L'Oréal (31/80, EU:C:1980:289).

27 Zie inzonderheid arrest van 12 december 1996, Leclerc/Commissie (T-88/92, EU:T:1996:192, punt 109).

28 Zie in die zin met name arresten van 23 mei 1978, Hoffmann-La Roche (102/77, EU:C:1978:108, punt 7), en van 23 april 2009, Copad (C-59/08, EU:C:2009:260, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

dergelijk stelsel moeten de ondernemingen hun clientèle door de kwaliteit van hun producten of diensten aan zich kunnen binden, hetgeen slechts mogelijk is wanneer er onderscheidende tekens bestaan met behulp waarvan die producten en diensten kunnen worden geïdentificeerd. Om deze rol te kunnen vervullen, dient het merk de waarborg te bieden dat alle van dat merk voorziene producten zijn vervaardigd onder controle van een en dezelfde onderneming, die verantwoordelijk kan worden gehouden voor de kwaliteit ervan.²⁹

72. In de context van het merkenrecht heeft het Hof benadrukt dat luxe en prestigieuze producten zich niet alleen onderscheiden door hun materiële kenmerken, maar ook wegens het bijzondere beeld dat de consument ervan heeft, en meer in het bijzonder de „uitstraling van luxe” die deze eraan verbindt. Aangezien prestigieuze waren artikelen uit de hoogste prijsklasse zijn, is de luxueuze uitstraling ervan immers van essentieel belang om de consumenten in staat te stellen ze te onderscheiden van andere, soortgelijke waren. Een aantasting van die luxueuze uitstraling kan dus afbreuk doen aan de kwaliteit zelf van deze waren. Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat de kenmerken en modaliteiten van een selectief distributiestelsel op zichzelf het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van dergelijke waren kunnen verzekeren.³⁰

73. Het heeft dan ook vastgesteld dat de organisatie van een selectief distributiestelsel waarmee werd beoogd een valorisende aanbieding van de waren in het verkooppunt te verzekeren, „in het bijzonder wat de positionering, de verkoopbevordering, de presentatie van de waren en de handelspolitiek betreft”, bijdroeg tot de reputatie van de betrokken waren en dus tot de handhaving van de luxueuze uitstraling ervan.³¹

74. Uit deze rechtspraak volgt dat luxe producten, 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. Anders gezegd, selectieve distributiestelsels voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen die primair tot doel hebben het merkimago van de artikelen in stand te houden, vallen niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU.

75. Anders dan volgens de uitlegging van sommige partijen die opmerkingen hebben ingediend, wordt aan deze vaststelling niet afgedaan door het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), meer bepaald punt 46 daarvan, waarin het Hof heeft overwogen dat „[d]e doelstelling van de instandhouding van het prestigieuze imago [...] geen doelstelling [kan] zijn om de mededinging te beperken en [...] niet [kan] rechtvaardigen dat een contractbepaling die een dergelijke doelstelling nastreeft buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt”.

76. Zoals blijkt uit de opmerkingen die in de onderhavige zaak zijn ingediend, maar ook uit de standpunten die tal van nationale rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten hebben ingenomen³², is de hierboven aangehaalde overweging op sterk uiteenlopende wijze uitgelegd.

77. Het lijkt dan ook bijzonder nuttig – de meeste partijen die opmerkingen hebben ingediend vragen er ook om – dat het Hof in de onderhavige zaak duidelijkheid verschaft over de draagwijdte van voornoemd arrest en daarbij zowel de feiten die tot het arrest hebben geleid als zijn eigen motivering in datzelfde arrest bij de beschouwing betreft.

²⁹ Zie inzonderheid arrest van 17 oktober 1990, *HAG GF* (C-10/89, EU:C:1990:359, punt 13).

³⁰ Zie met name arrest van 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260, punten 24-28).

³¹ Zie arrest van 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260, punt 29).

³² Verwezen zij in het bijzonder naar de in voetnoot 3 van deze conclusie genoemde voorbeelden.

78. Wat, in de eerste plaats, de *feitelijke context* van het arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), herinner ik eraan dat deze zaak draaide om de door een fabrikant van cosmetische en lichaamsverzorgingsproducten aan de door hem geselecteerde distributeurs opgelegde verplichting om te bewijzen dat in hun respectieve verkooppunten fysiek en permanent ten minste één gediplomeerde apotheker aanwezig was. Het Hof oordeelde, in navolging van de Franse mededingingsautoriteit, dat dit vereiste de facto elke vorm van onlineverkoop van de betrokken producten door de erkende distributeurs uitsloot.³³

79. Zoals duidelijk blijkt uit de prejudiciële vraag die het Hof in die zaak was voorgelegd, had het geding uitsluitend betrekking op een contractbepaling die voorzag in een algemeen en absoluut verbod op de onlineverkoop van de contractgoederen aan de eindgebruikers dat in het kader van een selectief distributienetwerk aan de erkende distributeurs was opgelegd. Het selectieve distributiestelsel als geheel gezien stond daarentegen niet ter discussie.

80. In de tweede plaats betreft de uitdrukkelijke *motivering* van het Hof in dat arrest Pierre Fabre Dermo-Cosmétique alleen de contractbepaling waarin met name de door de vennootschap Pierre Fabre beoogde verkoop via internet werd verboden. Het feit dat de opnemings van die bepaling berustte op de noodzaak het prestigieuze imago van de betrokken producten in stand te houden, is door het Hof op zichzelf niet als een legitiem doel voor het beperken van de mededinging aangemerkt. Dat wil echter niet zeggen dat het Hof het kartelverbod van artikel 101, lid 1, VWEU zonder meer van toepassing heeft willen verklaren op distributiestelsels die op de instandhouding van het merkimago van de betrokken producten zijn gericht.

81. Opgemerkt zij dat het Hof met name niet is teruggekomen op het uitgangspunt dat het hoofd van een selectief distributienetwerk dat netwerk in beginsel ongehinderd kan organiseren, en dus ook niet op de overweging dat de voorwaarden die aan de erkende distributeurs worden opgelegd, moeten worden geacht met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar te zijn wanneer zij aan de door het Hof geformuleerde voorwaarden voldoen.

82. Belangrijker is dat niets in de bewoordingen van het Hof erop duidt dat het heeft willen terugkomen op of heeft willen tornen aan de draagwijdte van de tot dan toe ontwikkelde en beschreven beginselen voor de toetsing aan artikel 101 VWEU van de voorwaarden die de erkende distributeurs in het kader van een selectief distributienetwerk worden opgelegd.

83. Anders gezegd, het arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), kan niet aldus worden uitgelegd dat het een kentering in de rechtspraak van het Hof markeert, daar de overweging in punt 46 van dit arrest, zoals met name uit punt 43 daarvan blijkt, verband houdt met een toetsing van de evenredigheid van de contractbepaling die in het hoofdgeding concreet aan de orde was.

84. Op grond van al het bovenstaande concludeer ik dat selectieve distributiestelsels die tot doel hebben het luxe-imago van de betrokken producten in stand te houden, nog altijd een met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbare mededingingsfactor kunnen vormen. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, moet uit voornoemd arrest wel worden afgeleid dat het doel van instandhouding van het prestigieuze imago van de betrokken producten, afhankelijk van de eigenschappen van die producten, of wanneer sprake is van vergaande beperkingen, zoals het absolute

³³ De Franse mededingingsautoriteit had in het hoofdgeding met name opgemerkt dat dit verbod van verkoop via internet gelijk was te stellen met een beperking van de commerciële vrijheid van de distributeurs van Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, omdat een methode voor de verhandeling van hun producten werd uitgesloten. Voorts beperkte dit verbod de keuze van consumenten die hun aankopen online wensten te doen, en ook verhinderde het dat verkopen zouden plaatsvinden aan eindafnemers die zich buiten het „fysieke” verzorgingsgebied van de erkende distributeur bevonden.

verbod op onlineverkoop dat voortvloeide uit de litigieuze bepaling in de zaak die heeft geleid tot voormeld arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, mogelijk niet als legitiem wordt aangemerkt, hetgeen tot gevolg zou hebben dat het vrijstellen van een selectief distributiestelsel of een bepaling waarmee een dergelijk doel wordt nagestreefd, niet kan worden gerechtvaardigd.

85. Aan een andere conclusie zouden mijns inziens twee belangrijke bezwaren kleven.

86. Ten eerste zou daarmee worden getornd aan de in de rechtspraak van het Hof aanvaarde beginselen voor de mededingingsrechtelijke toetsing van selectieve distributiestelsels. Ik herinner eraan dat die beginselen nu juist rekening houden met de positieve effecten die dergelijke stelsels in het kader van het streven naar daadwerkelijke mededinging kunnen hebben.

87. In dit verband zij erop gewezen dat het erom gaat de *eigenschappen* van de betrokken producten in stand te houden, ongeacht of die eigenschappen tot uitdrukking komen in de materiële kenmerken of in het luxueuze of prestigieuze imago van de artikelen. Selectieve distributie kan vanwege het mededingingsbevorderende effect dat zij heeft als legitiem worden beschouwd, of de producten in kwestie nu bepaalde materiële kenmerken hebben, zoals in het geval van kwalitatief hoogwaardige of technologisch geavanceerde producten, of met een luxe-imago worden geassocieerd.

88. Ten tweede zou een uitlegging van het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), *Pierre Fabre* volgens welke een op instandhouding van het luxe-imago van de betrokken producten gericht selectief distributiestelsel thans niet meer van het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU kan worden uitgesloten, ingaan tegen de lijn die op het gebied van intellectuele eigendom wordt gevolgd, en met name tegen de rechtspraak in het kader van het merkenrecht.

89. Zo heeft het Hof in het arrest van 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260), de distributeur in het selectieve distributiestelsel gelijkgesteld met een licentiehouder en erkend dat in beide gevallen de verhandeling van artikelen door derden kon worden geacht met toestemming van de merkhouder te hebben plaatsgevonden. Bijgevolg zou het kartelverbod niet van toepassing moeten zijn wanneer maatregelen van de producent / merkhouder jegens de erkende distributeur welbeschouwd slechts bestaan in de uitoefening van het recht om het product als eerste in de handel te brengen.

90. Evenzo heeft het Hof in het arrest van 3 juni 2010, *Coty Prestige Lancaster Group* (C-127/09, EU:C:2010:313), benadrukt dat het uitsluitende karakter van het aan het merk verbonden recht impliceert dat ieder gebruik van het merk zonder toestemming van de merkhouder schending van het merkenrecht oplevert.

91. Bijgevolg kan een selectief distributienetwerk, zoals het onderhavige, voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen dat primair tot doel heeft het „luxe-imago” van de artikelen in stand te houden, als een met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbare mededingingsfactor worden beschouwd, mits aan de Metro-criteria wordt voldaan.

92. Deze vaststelling geldt zowel voor „luxe producten” als voor „kwaliteitsproducten”. Wat telt, is dat het netwerkhoofd het prestigieuze imago in stand moet houden.

93. Ik stel derhalve voor de eerste prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat 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, een met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbare mededingingsfactorvormen, mits de distributeurs worden gekozen op basis van objectieve criteria van kwalitatieve aard die voor alle potentiële wederverkopers uniform worden vastgesteld en zonder discriminatie worden toegepast, de aard van het betrokken product, waaronder het prestigieuze imago, selectieve distributie ter waarborging van het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van het product noodzakelijk maakt, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.

Tweede vraag: verenigbaarheid met artikel 101, lid 1, VWEU van een verbod voor leden van een selectief distributiestelsel voor luxe artikelen die actief zijn als erkend detailhandelaar om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen

94. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of en in hoeverre artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een verbod voor leden van een selectief distributiestelsel voor luxe artikelen die actief zijn als erkend detailhandelaar, om bij de verkoop via internet van de betrokken artikelen naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen.

95. Deze vraag, die nauw met de eerste vraag samenhangt, betreft de verenigbaarheid met artikel 101, lid 1, VWEU van het bijzondere beding van het selectieve distributiestelsel dat voorwerp is van het hoofdgeding.

96. Zoals ik heb uiteengezet in het kader van mijn beantwoording van de eerste prejudiciële vraag, staat nog altijd vast dat selectieve distributie op basis van parameters van kwalitatieve aard niet onder artikel 101, lid 1, VWEU valt, mits aan de Metro-criteria wordt voldaan.

97. Overeenkomstig het analyseschema dat volgt uit de Metro SB-Großmärkte/Commissie-rechtspraak, waarbij in het arrest Pierre Fabre Dermo-Cosmétique geenszins vraagtekens zijn geplaatst³⁴, moet worden onderzocht of de distributeurs worden gekozen op basis van objectieve criteria van kwalitatieve aard die voor alle potentiële wederverkopers uniform worden vastgesteld en zonder discriminatie worden toegepast, of de eigenschappen van het betrokken product of de betrokken producten een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk maken ter waarborging van het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van de artikelen, en, tot slot, of de vastgestelde voorwaarden in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel.

98. Aangezien de eerste van bovengenoemde voorwaarden in het onderhavige geval niet werkelijk ter discussie staat, zal ik mij in mijn analyse concentreren op de vraag of het verbod voor de erkende distributeurs om naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen, in het licht van de nagestreefde kwalitatieve doelstellingen legitiem is en, zo ja, of het evenredig is.

99. Wat in de eerste plaats de rechtmatigheid van het litigieuze verbod betreft, kan het doel, het imago van de luxe en prestigieuze producten in stand te houden, nog altijd als legitiem worden beschouwd, in die zin dat het een selectief distributiestelsel van kwalitatieve aard als aan de orde in het hoofdgeding kan rechtvaardigen (zie mijn voorstel voor de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag).

100. Vastgesteld moet dus worden of het litigieuze beding, te weten het beding dat de erkende distributeurs verbiedt, naar buiten toe kenbaar platforms van derden te gebruiken, kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak, het luxe-imago van de betrokken producten in stand te houden.

101. Ik ben van mening dat het verbod op het gebruik van namen van derde ondernemingen kan worden gerechtvaardigd door het doel, de naleving van de kwaliteitsnormen te verzekeren en te controleren, hetgeen met name een bepaalde dienstverlening bij de verkoop van de producten en een bijzondere presentatie van de aangeboden artikelen vereist.

³⁴ Arrest van 13 oktober 2011 (C-439/09, EU:C:2011:649, punten 41 en 43).

102. Het hoofd van een selectief distributienetwerk dat het merkimago of het prestigieuze karakter van de door hem verhandelde producten in stand wenst te houden³⁵, moet zijn distributeurs, zelfs zijn erkende distributeurs, immers kunnen verbieden, naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen. Een dergelijk verbod kan helpen de waarborgen voor de kwaliteit, veiligheid en herkomst van de producten in stand te houden doordat detailhandelaren de verplichting wordt opgelegd om bij de verkoop van de contractproducten diensten van een bepaald niveau te verlenen, en draagt tevens bij tot behoud van de positionering van de merken en de bescherming tegen namaak en parasitisme, die mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben.

103. Zoals de Commissie in punt 54 van de richtsnoeren verklaart, kan de leverancier kwaliteitsnormen voor het gebruik van een internetsite voor het doorverkopen van zijn goederen opleggen, zoals hij dit ook kan voor een winkel, catalogusverkoop of reclame en promotie in het algemeen.

104. Wanneer echter de erkende distributeurs bij het aanbieden van de producten gebruikmaken van platforms van derden, hebben zij – en zeker het netwerkhoofd – met name geen controle meer over de presentatie en het imago van die producten, vooral omdat die platforms hun logo in alle fasen van de aankoop van de contractproducten vaak zeer nadrukkelijk tonen.

105. Een algemeen verbod voor de leden van een selectief distributiestelsel om voor hun verkopen via internet naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, kan dus worden geacht volledig overeen te komen met een beperking die volgens het Hof gerechtvaardigd en noodzakelijk is om de werking van een louter op fysieke handel gebaseerd stelsel voor selectieve distributie te verzekeren, en dus overeenkomstig de rechtspraak van het Hof als verenigbaar met het mededingingsrecht worden aangemerkt.³⁶

106. Ik concludeer dat een verbod voor erkende distributeurs om platforms van derden te gebruiken, van de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU kan worden uitgesloten, daar het de mededinging op basis van kwalitatieve criteria kan bevorderen. Een dergelijk verbod kan, in lijn met de eerder gevolgde benadering op het gebied van selectieve distributie, worden geacht het luxe-imago van de betrokken producten in meerdere opzichten in stand te houden: niet alleen waarborgt het dat die producten worden aangeboden in een omgeving die voldoet aan de kwaliteitsnormen van het hoofd van het distributienetwerk, maar ook biedt het bescherming tegen meelifgedrag, doordat het voorkomt dat andere ondernemingen profiteren van de investeringen en inspanningen die de leverancier en andere erkende distributeurs hebben gedaan ter verbetering van de kwaliteit en het imago van de betrokken producten.

107. Een dergelijk verbod verschilt duidelijk van het litigieuze beding in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649).

108. Ik herinner eraan dat het Hof in dat arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* voor recht heeft verklaard dat een contractbepaling op grond waarvan het de erkende distributeurs in algemene zin verboden is de contractproducten online aan te bieden, de strekking heeft de mededinging te beperken en dus met artikel 101, lid 1, VWEU in strijd is, indien „na een individueel en concreet onderzoek van de bewoordingen en het oogmerk van deze contractbepaling en de juridische en economische context waarbinnen zij moet worden geplaatst, naar voren komt dat deze contractbepaling, gelet op de eigenschappen van de betrokken producten, niet objectief gerechtvaardigd is”.

³⁵ In het hoofdgeding blijkt uit punt 1.1 van de selectievedistributieovereenkomst tussen Coty Germany en Parfümerie Akzente dat het verbod om naar buiten toe kenbaar van platforms van derden gebruik te maken, precies dat tot doel had: het in stand houden van het „luxe-karakter” van de contractproducten.

³⁶ Zie met name arresten van 25 oktober 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commissie* (26/76, EU:C:1977:167); 11 december 1980, *L'Oréal* (31/80, EU:C:1980:289); 25 oktober 1983, *AEG-Telefunken/Commissie* (107/82, EU:C:1983:293), en 23 april 2009, *Copad* (C-59/08, EU:C:2009:260).

109. In casu moet worden vastgesteld dat Coty Germany geen algemeen verbod op onlineverkoop heeft ingesteld, maar van haar erkende wederverkopers enkel heeft geëist dat zij de contractproducten niet via platforms van derden aanbieden, omdat die platforms volgens het netwerkhoofd de kwaliteitseisen die hij zijn erkende distributeurs oplegt niet hoeven na te leven.

110. Het litigieuze beding in het hoofdgeding ontnemt de erkende distributeurs immers niet de mogelijkheid om de contractproducten op hun eigen websites aan te bieden. Evenmin verbiedt zij deze distributeurs, *niet* naar buiten toe kenbaar gebruik te maken van platforms van derden om diezelfde contractproducten aan te bieden.

111. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, op basis van met name de resultaten van haar sectoronderzoek, lijken de eigen webshops van de distributeurs bij de huidige stand van ontwikkeling van de elektronische handel het belangrijkste verkoopkanaal voor onlineverkoop te vormen. Hoewel platforms van derden een steeds grotere rol spelen bij de verkoop van de producten van detailhandelaren, kan een verbod voor erkende distributeurs om naar buiten toe kenbaar van die platforms gebruik te maken, gelet op de huidige stand van ontwikkeling van de elektronische handel, dan ook niet worden gelijkgesteld met een algemeen verbod of een substantiële beperking van de verkoop via internet.

112. Wat, in de tweede plaats, de evenredigheid betreft, denk ik dat op basis van de stukken voor het Hof vooralsnog niet kan worden vastgesteld dat een dergelijk verbod in algemene zin als onevenredig ten opzichte van het nagestreefde doel moet worden beschouwd.

113. Ik wijs erop dat de leverancier / het netwerkhoofd zijn erkende distributeurs op grond van de tussen hen bestaande contractuele verhouding weliswaar bepaalde verplichtingen kan opleggen en aldus een zekere controle over de verkoopkanalen voor zijn producten kan uitoefenen, maar geen controlemogelijkheden heeft ten aanzien van de verkoop van die producten die via platforms van derden verloopt. In dat perspectief kan de litigieuze verplichting voor Coty Germany een geschikt middel zijn om haar doelstellingen te realiseren.

114. Weliswaar kan niet worden ontkend dat onlineplatforms, zoals het platform in het hoofdgeding, in staat zijn een prestigieuze presentatie van de betrokken producten te ontwikkelen en te verzekeren, precies zoals de erkende distributeurs dat zouden doen, maar naleving van de kwaliteitseisen, een legitiem voorschrift in het kader van een selectief distributiestelsel, kan slechts doeltreffend worden verzekerd als de onlineverkoopomgeving wordt ontwikkeld door erkende wederverkopers die bij overeenkomst aan de leverancier / het netwerkhoofd gebonden zijn, en niet door een derde marktspeeler op wiens praktijken die leverancier geen invloed kan uitoefenen.

Voorlopige conclusie

115. Gelet op een en ander kan het litigieuze beding, aangezien het zonder discriminatie wordt toegepast en door de aard van de contractproducten objectief wordt gerechtvaardigd – aspecten die in casu geenszins in geding lijken te zijn, maar hoe dan ook door de verwijzende rechter zullen moeten worden getoetst –, worden geacht met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar te zijn.

116. Gesteld al dat in het onderhavige geval kan worden vastgesteld dat het litigieuze beding onder artikel 101, lid 1, VWEU kan vallen, met name omdat niet aan de Metro-criteria is voldaan, dan nog zal moeten worden onderzocht of die bepaling mededingingsbeperkende gevolgen heeft, en in het bijzonder of zij kan worden geacht een beperking „naar strekking” in de zin van dat artikel te vormen.

117. Wat dit laatste punt betreft, kan het litigieuze verbod in casu, anders dan de contractbepaling in de zaak waarin het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), is geweest, mijns inziens in geen geval als „beperking naar strekking” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU worden aangemerkt, in aanmerking genomen dat dit begrip restrictief moet worden uitgelegd. Volgens vaste rechtspraak kan het begrip „mededingingsbeperkende strekking” immers uitsluitend worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging *in die mate nadelig beïnvloeden* dat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht.³⁷

118. Anders dan een algemeen verbod voor erkende distributeurs om voor het aanbieden van contractproducten van internet gebruik te maken, kan een verbod op het gebruik van platforms van derden de mededinging niet in een dergelijke mate nadelig beïnvloeden – althans niet in het huidige stadium van ontwikkeling van de elektronische handel, in welke situatie op middellange of lange termijn verandering kan optreden.

119. Voorts zal nog moeten worden onderzocht, nog steeds voor het geval dat de conclusie luidt dat het litigieuze beding wel degelijk onder artikel 101, lid 1, VWEU valt en bovendien de mededinging beperkt, of dat beding in aanmerking komt voor een vrijstelling krachtens het derde lid van dat artikel, met name een groepsvrijstelling op grond van verordening nr. 330/2010, het punt waarom het draait in de derde en de vierde prejudiciële vraag.

120. Aangezien de marktaandeeldrempels van artikel 3 van verordening nr. 330/2010 blijkens de verwijzingsbeslissing niet zijn overschreden, zou het litigieuze beding immers, mocht de nationale rechter vaststellen dat het niet met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar is, in aanmerking kunnen komen voor een vrijstelling krachtens artikel 2 van die verordening (zie overweging 8 van verordening nr. 330/2010). Dat is echter uitgesloten wanneer het litigieuze verbod als een hardcorebeperking in de zin van artikel 4 van diezelfde verordening moet worden beschouwd.

121. Indien dus de nationale rechter tot de slotsom zou komen dat het verbod op het gebruik van platforms van derden niet van de toepassing van artikel 101, lid 1, VWEU is uitgesloten en a priori de mededinging beperkt, zou het litigieuze beding inzake het selectieve distributiestelsel nog gerechtvaardigd kunnen zijn op grond van artikel 101, lid 3, VWEU, hetzij krachtens de groepsvrijstellingsverordening, hetzij op basis van een individuele beoordeling in het licht van de vrijstellingen waarin verordening nr. 330/2010 voorziet.

Conclusie

122. Bijgevolg stel ik voor de tweede prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat de verwijzende rechter, om vast te stellen of een contractbepaling op grond waarvan het de erkende distributeurs van een distributienetwerk verboden is, bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen, al dan niet met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar is, dient te onderzoeken of die contractbepaling noodzakelijk is gelet op de aard van het product, uniform is vastgesteld en zonder onderscheid wordt toegepast en niet verder gaat dan noodzakelijk is.

³⁷ Zie met name arrest van 11 september 2014, *CB/Commissie* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 58).

Derde en vierde prejudiciële vraag: toepasselijkheid van de groepsvrijstelling krachtens artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010

123. Met zijn derde en vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of artikel 4 van verordening nr. 330/2010 aldus moet worden uitgelegd dat een verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, een beperking van de klantenkring in de zin van artikel 4, onder b), van voornoemde verordening en/of een beperking van de passieve verkoop aan eindgebruikers in de zin van artikel 4, onder c), van diezelfde verordening vormt.

124. De verwijzende rechter refereert in de tekst van zijn derde en vierde prejudiciële vraag weliswaar aan de problematiek van de vaststelling van beperkingen „naar strekking” van de klantenkring en passieve verkoop, maar vraagt in werkelijkheid – zoals in de verwijzingsbeslissing ook duidelijk wordt vermeld – of het betrokken distributiestelsel, mocht het als mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU worden aangemerkt, niettemin voor vrijstelling krachtens verordening nr. 330/2010 in aanmerking komt.

125. Bijgevolg is enkel de vraag aan de orde of het litigieuze beding als een beperking van het verkoopgebied en/of de klantenkring, dan wel als een beperking van de passieve verkoop in de zin van verordening nr. 330/2010 kan worden aangemerkt.

Inleidende opmerkingen over de draagwijdte en de ratio legis van verordening nr. 330/2010

126. Zoals in overweging 5 van verordening nr. 330/2010 wordt verklaard, moet het voordeel van de bij deze verordening vastgestelde groepsvrijstelling worden voorbehouden aan verticale overeenkomsten „waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen, dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, [VWEU] voldoen”.

127. Om te bepalen of een beperking in aanmerking komt voor een groepsvrijstelling, wordt om te beginnen van de ondernemingen gevraagd dat zij een eerste beoordeling van de litigieuze overeenkomst verrichten in het licht van, met name, bepaalde, in verordening nr. 330/2010 geformuleerde vermoedens van onverenigbaarheid.

128. Artikel 4 van verordening nr. 330/2010 bevat aldus een opsomming van duidelijke beperkingen, veelal aangeduid als „hardcorebeperkingen”, waarvoor het voordeel van de groepsvrijstelling moet worden uitgesloten.

129. Zoals het Hof heeft geoordeeld, is er, wanneer een onderneming in alle omstandigheden de mogelijkheid behoudt om individueel de toepasselijkheid van de wettelijke uitzondering in artikel 101, lid 3, VWEU, in te roepen, geen aanleiding om een ruime uitlegging te geven aan de bepalingen krachtens welke de overeenkomsten of gedragingen binnen de werkingssfeer van de groepsvrijstelling worden gebracht.³⁸

130. Daarnaast moeten met name de in artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010 genoemde uitzonderingen op de groepsvrijstelling, in lijn met de benadering die de Commissie voorstaat, om redenen van voorspelbaarheid en rechtszekerheid gemakkelijk vast te stellen zijn en dus niet een grondig onderzoek vergen van de marktvoorwaarden en mededingingsbeperkende gevolgen die op een specifiek moment op een gegeven markt worden geconstateerd.

³⁸ Arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, punt 57).

131. Niet uit het oog moet immers worden verloren dat het doel van de vrijstellingsverordeningen die op basis van verordening nr. 19/65/EEG³⁹ zijn vastgesteld, met name is, de betrokken ondernemingen in staat te stellen zelf te beoordelen of hun gedragingen met de mededingingsregels verenigbaar zijn.

132. Dat doel zou worden doorkruist als van ondernemingen die willen vaststellen of hun maatregelen kunnen worden aangemerkt als verticale overeenkomsten die „ertoe strekken” bepaalde vormen van verkoop te beperken in de zin van artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010, wordt geëist dat zij een uitvoerig, ingewikkeld onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van die maatregelen verrichten in het licht van de marktsituatie en hun eigen positie.

133. Zoals eerder opgemerkt, moet het vaststellen van een „mededingingsbeperkende strekking” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU worden onderscheiden van de exercitie waarbij voor de toepassing van een groepsvrijstellingsverordening bepaalde gedragingen als *hardcorebeperkingen* – in casu de in artikel 4, onder b) en c), van verordening nr. 330/2010 genoemde beperkingen – worden aangemerkt.

134. Nochtans gaat het in beide gevallen om het herkennen van gedragingen die in het licht van een beoordeling van de *directe* economische en juridische context van de maatregelen van de ondernemingen worden geacht de mededinging in ernstige mate nadelig te beïnvloeden.

135. Dienaangaande zou ik eraan willen herinneren dat het onderscheid tussen „inbreuken met mededingingsbeperkende strekking” en „inbreuken met mededingingsbeperkende gevolgen” verband houdt met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard en gelet op de opgedane ervaring kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.⁴⁰ Voorts is de bestaansreden van artikel 4 van verordening nr. 330/2010, waarin een aantal *hardcorebeperkingen* wordt genoemd, erin gelegen dat, zoals in overweging 10 van deze verordening wordt verklaard, „verticale overeenkomsten welke bepaalde soorten ernstige beperkingen van de mededinging bevatten, zoals de oplegging van minimumwederverkooprijzen of vaste wederverkooprijzen, alsmede bepaalde vormen van gebiedsbescherming, [...] ongeacht het marktaandeel van de betrokken ondernemingen, van het voordeel van de in deze verordening vervatte groepsvrijstelling [dienen] te worden uitgesloten”.

136. Ik ben dan ook van mening dat, om uit te maken of contractbepalingen „tot doel hebben de beperking” van het gebied waarin of de klanten aan wie de distributeur contractproducten mag verkopen [artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010], of van de actieve of passieve verkoop door de distributeur aan eindgebruikers [artikel 4, onder c) van die verordening], moet worden gekeken, zoals bij het vaststellen van een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, naar de strekking van de betrokken contractbepalingen en de doelstellingen ervan, die in het licht van hun directe economische en juridische context dienen te worden onderzocht. Het doel, de van de betrokken ondernemingen geëiste zelfbeoordeling te vergemakkelijken, zou immers in gevaar komen wanneer die ondernemingen voor het herkennen van *hardcorebeperkingen* in de zin van artikel 4 van verordening nr. 330/2010 uitgebreid zouden moeten onderzoeken, met name door middel van een contrafeitelijke analyse, welke effecten de beoogde maatregelen op de structuur en de voorwaarden voor de werking van de betrokken markt(en) zouden hebben.

137. Voorts zou ik willen benadrukken dat zowel artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 als artikel 4, onder c), van die verordening, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, moet worden benaderd, net als de bepalingen van de eerder van toepassing zijnde groepsvrijstellingsverordening, vanuit het algemenere, meer fundamentele doel, *afscherming van markten tegen te gaan*.

³⁹ Verordening van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 1965, 36, blz. 533).

⁴⁰ Zie in die zin arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punten 49-52 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en punt 57). Het Hof heeft met name verduidelijkt dat het essentiële juridische criterium om uit te maken of een coördinatie tussen ondernemingen een mededingingsbeperkende „strekking” heeft, samenvalt met de vraag of die coördinatie op zich de mededinging in voldoende mate aantast.

138. Die bepalingen moeten derhalve aldus worden opgevat dat zij tot doel hebben het voordeel van de groepsvrijstelling buiten toepassing te verklaren voor bepaalde contractbepalingen die ertoe strekken, *het gebied waarin of de klanten aan wie* de distributeur producten mag verkopen, te beperken. Diezelfde bepalingen kunnen mijns inziens echter niet aldus worden uitgelegd dat zij dat voordeel tenietdoen voor beperkingen aangaande de verkoopmodaliteiten voor de producten.⁴¹ Ik zou erop willen wijzen dat het hoofd van een selectief distributienetwerk de nodige vrijheid dient te hebben bij het vaststellen van de modaliteiten voor het aanbieden van zijn producten, aangezien hij daarmee innovatie en kwaliteit in de dienstverlening aan zijn klanten kan bevorderen, hetgeen mededingingsbevorderende effecten kan sorteren. Zoals in punt 54 van de richtsnoeren wordt verklaard, kan de leverancier in het kader van de groepsvrijstelling dan ook kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een internetsite voor het doorverkopen van zijn goederen, zoals hij dit ook kan voor een fysieke winkel.

139. In het licht van deze preciseringen vooraf zal ik achtereenvolgens de derde en de vierde prejudiciële vraag onderzoeken.

Derde vraag: bestaan van een beperking van de klantenkring van de detailhandelaar

140. Artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 bepaalt dat de groepsvrijstelling waarin artikel 2 van deze verordening voorziet, niet van toepassing is op overeenkomsten „die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben [...] 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 [...]”.

141. Zoals volgt uit punt 50 van de richtsnoeren, ziet deze bepaling op maatregelen voor de verdeling van markten of klanten, die tot doel hebben markten af te schermen.

142. In casu blijkt niet uit de bewoordingen van het litigieuze beding, dat de erkende distributeurs simpelweg verbiedt naar buiten toe kenbaar platforms van derden te gebruiken, dat het aldus moet worden gekwalificeerd.

143. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, is het onmogelijk a priori een bepaalde klantengroep of markt aan te wijzen die met de gebruikers van platforms van derden overeenkomt.

144. Het bestaan van een beperking van de klantenkring of de markt kan volgens mij alleen worden vastgesteld wanneer blijkt dat de erkende distributeur wegens het litigieuze verbod, en ondanks het feit dat zijn producten nog altijd via zijn eigen website kunnen worden gekocht, het risico loopt marktaandeel of klanten te verliezen.

145. Wat, om te beginnen, de *inhoud* van het litigieuze beding betreft, merk ik op dat dit voorschrijft dat de internetactiviteiten fungeren als „elektronische etalage” van de winkel van de detailhandelaar, dan wel, indien zij plaatsvinden via een derde website, niet naar buiten toe kenbaar via dat kanaal verlopen. Het beding verbiedt dus niet iedere onlineverkoop, doch slechts een van de modaliteiten om klanten via internet te bereiken. De inhoud van het beding als zodanig heeft niet het effect van marktafscherming.

⁴¹ Met name staat niet vast dat de litigieuze maatregelen, zoals in het kader van de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer van goederen wordt geeïst, de verhandeling van producten uit andere lidstaten sterker beïnvloeden (zie arresten van 11 december 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, EU:C:2003:664, punt 74, en van 2 december 2010, Ker-Optika, C-108/09, EU:C:2010:725, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

146. Anders dan de bepaling in geding in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), laat het litigieuze beding het gebruik van internet als verkoopkanaal toe, mits de detailhandelaar zijn onlineverkoopactiviteiten laat fungeren als „elektronische etalage” van zijn erkende winkel, dan wel niet naar buiten toe kenbaar via een derde website uitoefent, en een aantal voorschriften ter instandhouding van het luxe-karakter van de producten naleeft.

147. Zoals de verwijzende rechter heeft vermeld, heeft dit verbod de erkende distributeurs in de praktijk niet belet om voor het maken van reclame op internet met derden samen te werken. Aangezien het verbod niet heeft verhinderd dat online naar de op internet actieve distributeurs werd verwezen, zijn hun potentiële klanten steeds in staat geweest het aanbod van de erkende detailhandelaren online te bekijken, bijvoorbeeld door van zoekmachines gebruik te maken.

148. Wat vervolgens het verklaarde *doel* van het litigieuze beding betreft, te weten instandhouding van het luxe-karakter van de contractgoederen door het voorschrift dat de onlineverkoop als „elektronische etalage” van de winkel van de detailhandelaar fungeert, heeft het verbod voor de erkende distributeurs om naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen, evenmin a priori tot doel de markt af te schermen door beperking van het gebied waarin of de klanten aan wie de erkende distributeur producten mag verkopen.

149. Wat ten slotte de *economische en juridische context* betreft, blijkt uit de gegevens die zijn overgelegd aan het Hof, met name de resultaten van het sectoronderzoek naar e-commerce, dat marktplaatsen en platforms van derden, anders dan webshops van erkende detailhandelaren zelf, wat het gebruik ervan betreft aanzienlijke variatie per land en per productcategorie vertonen en niet per definitie een belangrijk verkoopkanaal vormen. Een verbod voor detailhandelaren om dergelijke platforms in te schakelen, kan niet worden gelijkgesteld met het algemene verbod op onlineverkoop dat in geding was in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

150. Niets rechtvaardigt in casu voorts de slotsom dat het litigieuze beding verdeling van gebieden of beperking van de toegang tot een bepaalde klantenkring tot gevolg heeft. Op basis van de tot nu toe „opgedane ervaring” is niet komen vast te staan dat de gebruikers van de betrokken platforms van derden in algemene zin, en los van de specifieke kenmerken van een gegeven markt, een begrensbare klantenkring vormden, en dus zou kunnen worden vastgesteld dat het litigieuze beding tot een verdeling van klanten in de zin van artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 leidt.

151. Gelet op al het bovenstaande stel ik voor, de derde vraag te beantwoorden in die zin dat een verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, geen beperking van de klantenkring van de detailhandelaar in de zin van artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 vormt.

Vierde vraag: bestaan van een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker

152. Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010 aldus moet worden uitgelegd dat een verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker vormt.

153. Aansluitend bij hetgeen ik hierboven heb uiteengezet, zal, voor het antwoord op de vraag of de litigieuze contractbepaling kan worden aangemerkt als een bepaling die tot doel heeft de passieve verkoop aan de eindgebruiker te beperken, moeten worden nagegaan of die bepaling, gelet op de strekking, het doel en de economische en juridische context ervan, kan worden geacht uit zichzelf nadelige gevolgen te hebben voor de passieve verkoop, dat wil zeggen de verkoop naar aanleiding van spontane verzoeken van individuele klanten.

154. Volgens mij kan uit de stukken voor het Hof niet worden afgeleid dat voornoemde bepaling aldus moet worden opgevat.

155. Zoals eerder vermeld, verbiedt de litigieuze contractbepaling niet alle onlineverkoop, zoals gold voor de bepaling in de zaak waarin het arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), is gewezen. Zij staat het gebruik van dit verkoopkanaal daadwerkelijk toe, op voorwaarde dat de distributeur de betrokken producten via een „elektronische etalage” van de erkende onderneming, dan wel niet naar buiten toe kenbaar via een derde website aanbiedt, en zich houdt aan een aantal voorschriften die ertoe dienen het merkimago van de producent in stand te houden.

156. Tegen die achtergrond stel ik voor, de vierde prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat een verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, geen beperking vormt van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010.

Conclusie

157. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main te beantwoorden als volgt:

- „1) 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, vormen een met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbare mededingingsfactor, mits de distributeurs worden gekozen op basis van objectieve criteria van kwalitatieve aard die voor alle potentiële wederverkopers uniform worden vastgesteld en zonder discriminatie worden toegepast, de aard van het betrokken product, waaronder het prestigieuze imago, selectieve distributie ter waarborging van het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van het product noodzakelijk maakt, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.
- 2) Om vast te stellen of een contractbepaling op grond waarvan het de erkende distributeurs van een distributiestelsel verboden is bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar platforms van derden in te schakelen, al dan niet met artikel 101, lid 1, VWEU verenigbaar is, dient de verwijzende rechter te onderzoeken of die contractbepaling noodzakelijk is gelet op de aard van het product, uniform is vastgesteld en zonder onderscheid wordt toegepast en niet verder gaat dan noodzakelijk is.
- 3) Een verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, vormt geen beperking van de klantenkring van de detailhandelaar in de zin van artikel 4, onder b), 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 van verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

- 4) Een verbod voor op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, vormt geen beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010.”