

UIT DE PRAKTIJK

LIBER AMICORUM
MR. P.J.M. VON SCHMIDT AUF ALTENSTADT

ONDER REDACTIE VAN
MR. R.S. MEIJER
MR. F.E. VERMEULEN
MR. B.T.M. VAN DER WIEL

Den Haag
Boom Juridische uitgevers
2012

SELECTIE EN KWALITEIT

Gerard van der Wal

Selectieve distributie heeft altijd veel aandacht gekregen in de rechtspraak. Het gaat kennelijk om een vorm van distributie die aanleiding heeft gegeven en nog geeft tot veel rechtsvragen en onenigheid daarover. Wat heeft dit met Peter von Schmidt auf Altentstadt te maken, behalve dat het een juridisch onderwerp is (dat hem om die reden al interesseert)? Ik weet zeker dat selectie en kwaliteit, kenmerken van selectieve distributie, hem ook kenmerken: selectie van juridische argumenten, die worden geselecteerd op kwaliteit en kans van slagen. Selectie en kwaliteit, zijn kwaliteit, leidden tot zijn succes. In deze bijdrage aan het *Liber amicorum* ga ik niet in op de rechtspraak over de handhaving van de geslotenheid van een distributieorganisatie,¹ het criterium voor onrechtmatigheid: wanneer handelt een niet-erkende wederverkoper onrechtmatig als hij zich bevoorraadt door uitlokking en gebruik van wanprestatie van een erkende wederverkoper die levert aan een niet-erkende handelaar.² Dat zijn onderwerpen die bij uitstek op het terrein van Peter liggen. Ik beperk me tot het (Europese) mededingingsrecht dat ook onderwerp was van zaken waarbij Peter als cassatieadvocaat was betrokken.³ Een recent arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak *Pierre Fabre*⁴ is aanleiding de toepassing van het Europese mededingingsrecht op selectieve distributie nog eens te bezien. De reden daarvoor is dat in dit arrest weer een klassieke juridische benadering lijkt te domineren, die minst genomen niet geheel lijkt overeen te stemmen met de meer economische beoordeling die al meer dan tien jaren bij de toepassing

1 HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 424 (Cacharel/TradeMax) en HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (Cacharel/Geparo).

2 Recent: HR 8 januari 2010, *LJN* BJ9352, *NJ* 2010, 187 m.nt. Mok (Alfa Romeo Nederland/Multicar).

3 Zoals HR 7 maart 2003, *LJN* AF1882, *RvdW* 2003, 45 (Compaxo/Vormingsfonds); HR 18 februari 2005, *LJN* AR4841, *NJ* 2005, 404 (Ladbroke/Staat); HR 18 december 2009, *LJN* BJ9439, *NJ* 2010, 140 (Kruidvat/Lancôme); HR 18 december 2009, *LJN* BJ9439, *NJ* 2010, 1040 (Prisma/Slager).

4 HvJ EU 13 oktober 2011, nr. C-439/09, n.n.g.

van het kartelverbod op verticale beperkingen in distributieovereenkomsten (en verticale restricties in het algemeen) leidend is.

1 *Selectieve distributie*

Producenten kunnen om verschillende redenen ervoor kiezen de afzet op detail- of groothandelniveau voor te behouden aan een beperkt aantal geselecteerde wederverkopers. In tegenstelling tot intensieve distributie, waarbij het aantal wederverkopers in beginsel niet wordt beperkt en exclusieve distributie, waarbij per afgebakend gebied een exclusieve wederverkoper wordt aangesteld, zal in het geval van selectieve distributie de producent het aantal wederverkopers wel willen beperken⁵ zonder territoriale exclusiviteit te gunnen. In sommige gevallen zal een producent de selectie van wederverkopers baseren op de technische kenmerken van zijn producten die naar zijn oordeel vergen dat wederverkopers (technische) kennis en ervaring moeten hebben om met die producten om te gaan, deze aan consumenten te kunnen aanbieden of te kunnen installeren.⁶ In veel gevallen zal de keuze voor selectieve distributie eerder te maken hebben met de positionering van een product en merk op de markt, met het luxe imago van merk en producten, de nagestreefde 'exclusiviteit' of aantrekkelijkheid van een merk in de ogen van de consument.

2 *Een kort overzicht*

Voor een goed begrip is het nuttig de hoofdlijnen van de toepassing van het Europese mededingingsrecht op selectieve distributie kort samen te vatten en nog eens te overzien hoe beschikkingenpraktijk en rechtspraak evolueerden. Het kartelverbod⁷ verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen die een beperking van de mededinging beogen of tot gevolg hebben. Het Europese kartelverbod vindt toepassing als de overeenkomst of gedraging merkbare gevolgen voor de handel tussen lidstaten heeft. Bij gebreke van deze 'interstatelijkheid' is (alleen) het nationale kartelverbod⁸ van toepassing. Dat onderscheid maak ik verder niet. Ik ga ook niet in op het onderscheid tussen doelbeperkingen of

5 Vergelijkbaar met franchising, waarbij echter de selectie gepaard gaat met de toepassing van een uniforme (franchise) verkoopformule en de overdracht van daarbij behorende kennis.

6 De beschikkingen en jaarlijkse mededingingsverslagen bieden een breed scala van dergelijke producten waarvoor de Commissie selectieve distributie om die reden geoorloofd achtte, zoals Omega horloges, *PbEG* 1970, L 24/22; Kodak camera's, *PbEG* 1970, L 147/24; brilmonturen van Silhouette en Rodenstock, 15e Mededingingsverslag (1985), randnrs. 64-65; Sony consumentenelektronica, *PbEG* 1993, C 321/11.

7 Art. 101 lid 1 VWEU.

8 Art. 6 lid 1 Mededingingswet.

strekkingsovereenkomsten en gedragingen die strekken tot beperking van de mededinging) en gevolgbeperkingen (afspraken en gedragingen die weliswaar niet (uitdrukkelijk) de concurrentie beogen te beperken, maar wel gevolgen voor de mededinging (kunnen) hebben),⁹ hoewel dit onderscheid later nog zal worden genoemd.

De vraag of selectieve distributie resulteert in een beperking van de mededinging in de zin van het kartelverbod werd voor het eerst in de zaak Metro I aan het Hof van Justitie voorgelegd. In deze zaak stelde de winkelketen Metro beroep in tegen de beschikking van de Europese Commissie¹⁰ waarin de Commissie oordeelde dat de selectieve distributie van de producent van amusementslektronica Saba geen inbreuk vormde op het kartelverbod. In het arrest in deze zaak¹¹ en een reeks nadien gewezen arresten¹² hanteerde het Hof steeds dezelfde formule: selectieve distributie beïnvloedt onvermijdelijk de mededinging, maar toch is deze vorm van distributie een met het kartelverbod verenigbare 'concurrentiefactor', mits bij de keuze van wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf, en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast.¹³

Het Hof oordeelde¹⁴ dat selectieve distributie legitieme doelstellingen kan nastreven – 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 prijsmededinging ten gunste van een op andere factoren dan de prijzen betrekking hebbende mededinging rechtvaardigen. Deze benadering zien we vaker: niet iedere beperking is een beperking van de mededinging in de zin van het kartelverbod. Het gaat – zoals steeds in het mededingingsrecht – om de economische realiteit, die vergt dat een verplichting of beperking wordt beschouwd in zijn feitelijke, juridische en economische context.¹⁵

⁹ HvJ EG november 2008, nr. C-209/07, *Jurispr.* 2008, p. I-8637 (Beef Industry Development Society en Barry Brothers) en HvJ EG 4 juni 2009, nr. C 8/08, *Jurispr.* 2009, p. I-4529 (T-Mobile Netherlands e.a.).

¹⁰ *PbEG* 1976, L 28/19.

¹¹ HvJ EG 25 oktober 1977, nr. 26/76, *Jurispr.* 1977, p. 1875 (Metro I).

¹² Bijv. HvJ EG 22 oktober 1986, nr. 75/84, *Jurispr.* 1986, p. 302 (Metro II); HvJ EG 6 mei 1982, nr. 107/82, *Jurispr.* 1983, p. 3151 (AEG-Telefunken); HvJ EG 10 juli 1980, nr. 99/79, *Jurispr.* 1980, p. 2511 (Lancôme/Etos); HvJ EG 11 december 1980, nr. 31/80, *Jurispr.* 1980, p. 3775 (L'Oréal/Nieuwe AMCK).

¹³ Arrest Lancôme/Etos, r.o. 20.

¹⁴ Bijv. in HvJ EG 25 oktober 1983, nr. 107/82, *Jurispr.* 1983, p. 3151, r.o. 33 (AEG).

¹⁵ HvJ EG 28 januari 1986, nr. 161/84, *Jurispr.* 1986, p. 353, r.o. 27 (Pronuptia de Paris), over franchising. Andere voorbeelden zijn: een alleenafnameverplichting bij een inkoopcoöperatie (HvJ EG 15 december 1994,

In het debat over de vraag of in een individueel geval sprake is van (een vorm van) selectieve distributie die voldoet aan de door het Hof van Justitie geformuleerde voorwaarden om buiten het bereik van het kartelverbod te blijven, speelden onder meer de volgende vragen:

- volgt uit de rechtspraak van het Hof dat selectieve distributie op basis van uniforme en zonder discriminatie toegepaste kwalitatieve criteria, waardoor gekwalificeerde wederverkopers door de fabrikant (vroeg of laat¹⁶) niet geweigerd kunnen worden, alleen dan niet onder het kartelverbod valt, indien de aard van het product tot selectie van wederverkopers noodzaakt¹⁷ of deze (ten minste) rechtvaardigt?¹⁸ In de rechtspraak legde het Hof immers aanvankelijk nogal de nadruk op het karakter van 'technisch hoogwaardige, duurzame consumptiegoederen'¹⁹ en de eis dat de kwalitatieve selectiecriteria niet verder gaan dan 'noodzakelijk is voor de wijze van verkoop die in overeenstemming is met de aard van het product'. In het arrest AEG-Telefunken²⁰ is sprake van producten die 'niet zijn eenvoudige producten of diensten' met dusdanige eigenschappen dat zij niet op geschikte wijze aan het publiek kunnen worden aangeboden zonder de bemiddeling van gespecialiseerde detailhandelaren;²¹
- zijn de geformuleerde selectiecriteria om als wederverkoper te worden toegelaten niet strenger dan nodig is gelet op de aard van het product; en
- in hoeverre zijn de toegepaste voorwaarden werkelijk kwalitatieve criteria en niet (verkapte) van kwantitatieve aard? Daarbij gingen de Commissie en het

nr. C-250/92, *Jurispr.* 1994, p. I-5641 (Gottrup-Klim)), uittreeregelingen bij coöperatieve organisaties (HvJ EU 12 december 1995, nr. C-399/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4515 (Oude Luttikhuis e.a./Verenigde Coöperatieve Melk-industrie Coberco BA)) en het verbod op samenwerking tussen advocaten en accountants (HvJ EG 19 februari 2002, nr. C-309/99, *Jurispr.* 2002, p. I-1577 (Wouters e.a.)).

16 Een fabrikant zal aspirant-wederverkopers die aan de selectiecriteria voldoen niet kunnen weigeren. Zie Beschikking Yves Saint Laurent, *PbEG* 1992, L 12/24, randnr. 6 en Beschikking Givenchy, *PbEG* 1992, L 236/11, randnr. 6; arrest AEG-Telefunken, r.o. 45.

17 In HvJ EG 11 december 1980 nr. 31/80, *Jurispr.* 1980, p. 3775, r.o. 16 (L'Oréal/Nieuwe AMCK), overwoog het Hof ten aanzien van Kérastase haarverzorgingsproducten dat ook 'moet (...) worden onderzocht of de eigenschappen van het betrokken product, voor het behoud van de kwaliteit en ter verzekering van het juiste gebruik ervan, tot een selectief distributiestelsel dwingen en of aan deze doelstelling niet reeds is voldaan door een nationale regeling inzake de toegang tot het beroep van wederverkoper (...)' Het Gerecht herhaalde dit op het oog strikte criterium in GvEA EG 27 februari 1992, nr. T-19/91, *Jurispr.* 1992, p. II-415, r.o. 65 (Vichy).

18 In dit arrest AEG-Telefunken (r.o. 33) spreekt het Hof van Justitie over 'legitieme behoeften (...) die een beperking van de prijsconcurrentie ten gunste van andere factoren (...) rechtvaardigen'. Het strikte criterium van het arrest L'Oréal/Nieuwe AMCK lijkt hier te zijn afgezwakt.

19 Metro I, r.o. 20.

20 HvJ EG 25 oktober 1983, nr. 107/82, *Jurispr.* 1983, p. 315.

21 In de Beschikkingen Ideal-Standard (*PbEG* 1985, L 20/38) en Grohe (*PbEG* 1985, L 19/17) verwierp de Commissie de noodzaak van selectieve distributie op groothandel- en installateursniveau voor sanitair kraanwerk, omdat het niet zou gaan om 'technisch hoogontwikkeld verbruiksgoed' en de potentiële afnemers voldoende gekwalificeerd waren om met de producten om te gaan.

Gerecht heel ver: de voorwaarde dat een wederverkoper van cosmetica van het merk Vichy een apothekhoudende apotheker moest zijn werd door de Commissie²² en het Gerecht²³ destijds in Frankrijk als een kwantitatief criterium gezien, omdat de Franse apothekersorganisatie er een strikt vestigingsbeleid op nahield en het aantal apothekers met een apotheek dus beperkt was.²⁴

De beschikkingen Yves Saint Laurent²⁵ en Givenchy²⁶ van de Europese Commissie maakten duidelijk dat de Commissie van oordeel was dat selectieve distributie op basis van kwalitatieve criteria (ook) mogelijk is en niet onder het kartelverbod valt²⁷ voor luxe parfumerie- en verzorgingsproducten van deze twee cosmeticamerken. Het gaat aldus de Commissie om producten van hoge kwaliteit

‘die voortvloeien uit een gericht streven dat tot uiting komt in zowel het oorspronkelijke karakter van hun creatie en de verfijning (...) als de kwaliteit van de gebruikte materialen, (...). Dat het luxe producten zijn vloeit uiteindelijk voort uit hun uitstraling van exclusiviteit en prestige (...)’.

De Commissie oordeelt dat het tot stand brengen en de handhaving van dit imago van luxe afhangt van de wijze van aanbieding aan het publiek en beoordeelt en aanvaardt verschillende selectiecriteria vervolgens als gerechtvaardigd en kwalitatief van aard.^{28, 29}

Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat selectieve distributie volgens de Commissie op basis van kwalitatieve criteria niet alleen mogelijk is voor – kort

22 Beschikking Vichy, *PbEG* 1991, L 75/57, randnr. 18.

23 GvEA EG 27 februari 1992, nr. T-19/91, *Jurispr.* 1992, p. II-415 (Vichy).

24 Dat er heel veel apothekers waren en dat er daardoor meer gekwalificeerde wederverkopers waren dan voor enig ander cosmeticamerk ook, speelde kennelijk geen rol. De Commissie oordeelde dat de eis dat de wederverkoper een ‘apothekersdiploma’ heeft wel een kwalitatief criterium is en dat geldt gelet op het arrest Pierre Fabre kennelijk nog.

25 Zie noot 16.

26 Zie noot 16.

27 Beschikking Yves Saint Laurent, randnr. 5.

28 Andere voorwaarden kwalificeert de Commissie als kwantitatief, maar worden individueel vrijgesteld op voet van (destijds) art. 85 lid 3 EEG (thans: art. 101 lid 3 VWEU).

29 GvEA EG 12 december 1996, nr. T-87/92, *Jurispr.* 1996, p. II-1931 (Kruidvat); HvJ EG 17 november 1998, nr. C-70/97 P, *Jurispr.* 1998, p. I-7213 (Kruidvat). Kruidvat werd in haar beroepen tegen de beschikkingen Yves Saint Laurent en Givenchy niet-ontvankelijk verklaard omdat zij niet voldeed aan de strikte ontvankelijkheids-criteria van art. 173 (oud) EEG en de rechtspraak om als derde geacht te kunnen worden rechtstreeks en individueel te zijn geraakt door de beschikkingen.

gezegd – technische producten die naar hun aard een bepaalde specialisatie van en advisering door wederverkopers vergen, maar ook voor producten waaraan door de fabrikant een bepaald (luke) karakter is gegeven. De aard van het product kan dus selectieve distributie rechtvaardigen op grond van zijn materiële eigenschappen maar ook van de eigenschappen die berusten op de keuze van de fabrikant van marketing, positionering van het merk en imago. In het arrest Leclerc³⁰ heeft het Gerecht dit uitdrukkelijk zo uitgesproken in de zaak waarin het ‘supermarché’-bedrijf Leclerc beroep instelde tegen de Givenchy-beschikking. Het Gerecht formuleert de eis dat ‘de eigenschappen van het betrokken product een systeem van selectieve distributie noodzakelijk [maken], in die zin dat een dergelijk systeem een rechtmatig vereiste is’, om vervolgens de immateriële eigenschappen, met name het luke imago, dat luke cosmetica onderscheidt van vergelijkbare andere producten, te kwalificeren als een eigenschap die selectieve distributie rechtmatig maakt. In zijn Conclusie in de zaak Pierre Fabre lijkt A-G Mazák dit te onderschrijven.³¹

De economisering van het mededingingsrecht met een veeleer economische benadering (ook) van verticale restricties, die prioriteit geeft aan ‘*interbrand competition*’ en minder aan ‘*intra-brand competition*’, resulteerde vervolgens in de groepsvrijstelling van Verordening (EG) III. 2790/1999 voor groepen verticale overeenkomsten³² en de Richtsnoeren³³ van de Commissie, ‘Richtsnoeren inzake Verticale Beperkingen (2000)’, inmiddels vervangen door resp. Verordening (EU) nr. 330/2010³⁴ en de ‘Richtsnoeren inzake Verticale Beperkingen (2010)’,³⁵ waarin deze meer economische benadering, waarbij wordt uitgegaan van de effecten op de markt, bepalend is.³⁶

In de groepsvrijstellingsverordeningen wordt selectieve distributie gedefinieerd als een

‘distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt, de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn gese-

30 GvEA EG 12 december 1996, nr. T-88/92, *Jurispr.* 1990, p. II-1961, r.o. 106-110 (Leclerc).

31 Randnrs. 44, 53-54.

32 PbEG 1999, L 336/21, gewijzigd 16 april 2003, PbEU 2003, L 236/344.

33 PbEG 2000, C 291/1.

34 PbEU 2010, L 102/1.

35 PbEU 2010, C 130/1.

36 Richtsnoeren (2000), randnr. 7. Die economische benadering is nu dominant in het gehele mededingingsrecht. Zie bijv. D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Dordrecht: Kluwer 2007; B.J. Drijber, ‘The Role of Economics and Economists in the Court’, in: H. Don e.a. (red.), *Liber Amicorum Pieter Kalbfleisch, The Art of Supervision*, Rotterdam: 2011, p. 151 e.v.

lecteerd, 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.³⁷

De verordeningen bevatten geen verdere specifieke voorwaarden voor de vrijstelling met betrekking tot de aard van het product of de aard (kwalitatief of kwantitatief) van de selectiecriteria. Hoewel daardoor selectieve distributiesystemen die verder gaan dan hetgeen in de rechtspraak als voorwaarde is gesteld om buiten het kartelverbod te blijven, in de meeste gevallen een geslaagd beroep kunnen doen op de groepsvrijstelling en vrijstelling van het kartelverbod genieten, kan een producent er belang bij hebben om zich primair te beroepen op de rechtspraak om buiten de toepassing van het verbod te blijven. Dat is in het bijzonder het geval indien de leverancier of de afnemer een marktaandeel op de relevante markt heeft van meer dan dertig procent, in welk geval de groepsvrijstelling geen toepassing vindt.³⁸

Wil een fabrikant met succes kunnen betogen dat zijn selectieve distributie niet onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU valt, dan zal hij nog steeds moeten voldoen aan de voorwaarden die in de rechtspraak zijn geformuleerd. Daarover is in de lidstaten heel wat afgeprocedeerd, waarbij dit concurrentierechtelijk debat overigens in veel gevallen werd overschaduwd door civielrechtelijke voorwaarden om met succes een verbod te vorderen jegens een niet-erkende handelaar en wederverkoper de merkproducten aan te bieden en te verkopen. Het ging dan om rechtsvragen die al aan de orde waren in de bekende arresten van de Hoge Raad inzake Kim/Sieverding³⁹ en Nibeja/Grundig,⁴⁰ Cacharel/TradeMax⁴¹ en Cacharel/Geparo.⁴² Vragen naar de geslotenheid van de selectieve distributieorganisatie als bewijscriterium (kon de niet-erkende handelaar de merkproducten alleen door wanprestatie van een erkende wederverkoper hebben verkregen?) en als materiële voorwaarde voor onrechtmatigheid (handelt een niet-erkende handelaar door wanprestatie verkregen producten te verhandelen nog wel onrechtmatig als de selectieve distributie niet meer geheel of in overwegende mate gesloten is?⁴³), laat ik verder onbesproken, omdat het hier gaat om de concurrentierechtelijke geldigheid.

37 Art. 1 lid 1 sub e van beide verordeningen.

38 Art. 3 Verordening 330/2010.

39 HR 13 januari 1961, *NJ* 1965, 171 (KIM/Sieverding).

40 HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (Nibeja/Grundig).

41 HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 424 (Cacharel/TradeMax).

42 HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 423 (Cacharel/Geparo).

43 Vgl. de Duitse voorwaarde van 'Lückenlosigkeit'. In de Europese rechtspraak is overigens uitgemaakt dat de ge-

De afgelopen jaren is de verkoop via internet – die in de Pierre Fabre-zaak aan de orde was – steeds populairder geworden. Hoewel de groepsvrijstellingsverordening verkoop via internet niet noemt, wordt daar in de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen wel aandacht aan besteed.⁴⁴ Zoals uit die Richtsnoeren ook blijkt, staat de Commissie over het algemeen (zeer) positief tegenover het internet als verkoop- en marketingmiddel en daarom afwijzend tegenover beperkingen van internetverkoop. De Commissie kwalificeert een beperking op het gebruik van internet als een beperking van de ‘actieve en passieve verkoop’.⁴⁵ De groepsvrijstelling staat dit niet toe. Wel toegestaan zijn (in geval van exclusieve distributie) een beperking van de actieve verkoop in het exclusieve gebied van een andere exclusieve distributeur⁴⁶ en (in geval van selectieve distributie) de verplichting van een erkende wederverkoper de contractproducten alleen vanuit de erkende vestigingsplaats aan te bieden.⁴⁷ Elke verdergaande beperking leidt ertoe dat de vrijstelling toepassing verliest en dat sprake zal zijn van een wederverkoopbeperking die onder het kartelverbod valt.⁴⁸

3 Arrest Pierre Fabre

Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques is een Franse producent van cosmetica die zij onder verschillende merken op de markt brengt (Klorane, Ducray, Galénic en Avène). Pierre Fabre heeft de keuze gemaakt de lichaamsverzorgingsproducten die onder deze merken worden verkocht uitsluitend te leveren aan – kort gezegd – verkooppunten met een gediplomeerde apotheker voor doorverkoop aan eindgebruikers. Zij is niet de enige die een dergelijke selectieve distributie toepast. Verschillende andere producenten en merkhouders hebben de apotheek als afzetkanaal gekozen, waarbij moet worden bedacht dat Franse apotheken een breder productaanbod kennen dan onze Nederlandse apotheken. Om als erkende wederverkoper van Pierre Fabre in aanmerking te komen geldt de eis dat tijdens de openingsuren fysiek en permanent ten minste één persoon in het verkooppunt aanwezig is die – kort gezegd – in staat is de consument te adviseren en in het bezit

slotenheid van de distributie in het mededingingsrecht geen voorwaarde voor met het kartelverbod verenigbare selectieve distributie is (HvJ EG 13 januari 1994, nr. C-376/82, *Jurispr.* 1994, p. I-30 (Cartier)).

44 Richtsnoeren (2000), randnr. 51; Richtsnoeren (2010), randnr. 52-54.

45 Onder ‘actieve verkoop’ wordt verstaan een verkoopbeleid gericht op bepaalde (groepen) klanten of afzetgebieden door inzet van verkoopmiddelen of vestigingen; ‘passieve verkoop’ is verkoop en levering aan afnemers die zich tot de wederverkoper wenden zonder daartoe (in)direct door hem te zijn benaderd.

46 Art. 4, onder (b) (i), Verordening 330/2010.

47 Art. 4, onder (c), Verordening 330/2010.

48 Ik ga hier niet verder in op hetgeen de Richtsnoeren (2010) (on)toelaatbaar achten m.b.t. regulering van internetverkoop in verticale relaties.

is van een erkend apothekersdiploma.⁴⁹ Die keuze en het selectie criterium komen in deze zaak niet uitdrukkelijk aan de orde.⁵⁰ Omdat de door Pierre Fabre gestelde eis *de facto* iedere vorm van verkoop via internet uitsluit (zonder dat in de overeenkomsten een uitdrukkelijk verbod van verkoop via internet is opgenomen) begon de Franse mededingingsautoriteit⁵¹ een onderzoek naar de vraag of Pierre Fabre in strijd handelt met het kartelverbod door aldus afzet via internet door haar erkende wederverkopers (impliciet) te verbieden. Dat resulteerde in een beslissing⁵² waarin de *Conseil de la Concurrence* oordeelde dat het verbod van verkoop via internet kwalificeert als een beperking van de commerciële vrijheid van de wederverkopers door de uitsluiting van een marketingmethode. Het zou hierbij gaan om een 'doelbeperking' nu het internetverbod noodzakelijkerwijs de strekking heeft om de mededinging te beperken, gelet ook op de beperking van de mededinging die reeds het gevolg is van – kort gezegd – selectieve distributie.⁵³ Volgens de *Conseil de la Concurrence* kan Pierre Fabre geen geslaagd beroep doen op de groepsvrijstellingsverordening. Weliswaar is haar marktaandeel kleiner dan dertig procent⁵⁴ maar het verbod op internetverkoop wordt gezien als een verbod op actieve en passieve verkoop,⁵⁵ waardoor de (groeps)vrijstelling niet langer kan worden ingeroepen.⁵⁶ Een geslaagd beroep op artikel 4 onder c laatste deel van Verordening 2790/1999 werd evenmin mogelijk geacht: in geval van selectieve distributie mag weliswaar aan een erkende wederverkoper de verplichting worden opgelegd om de contractproducten uitsluitend te verkopen vanuit een bepaald (geselecteerd) verkooppunt, maar dat sluit verkoop via internet niet uit: het toegelaten verbod om te verkopen

49 R.o. 13. Daarmee leek Pierre Fabre te willen vermijden dat de wederverkoper alleen een 'apothekhoudende apotheker' kan zijn, zoals in de zaak Vichy (zie noten 23 en 24).

50 In de Commissiebeschikking Vichy oordeelde de Commissie dat de eis van Vichy dat de producten alleen worden aangeboden in apotheken een vorm van kwantitatieve selectie was en derhalve resulteerde in een beperking in de zin van het kartelverbod (*PbEG* 1991, L 75/57). Het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigde dit in hoger beroep (GVEA EG 7 juni 1991, nr. T-19/91 R, *Jurispr.* 1991, p. II-265). De Commissie ging wel akkoord met de voorwaarde dat in een verkooppunt een gediplomeerde apotheker aanwezig moet zijn.

51 Autorité de la Concurrence, vroeger: Conseil de la Concurrence.

52 Besluit nr. 08-D-25 d.d. 29 oktober 2008 van de Conseil de la Concurrence.

53 R.o. 19.

54 Art. 3 lid 1 van Verordening 2790/1999; en (thans) Verordening 330/2010. Er is wel een belangrijk verschil: onder de oude verordening gold de groepsvrijstelling niet voor een selectieve distributienetwerk als de leverancier een marktaandeel heeft van meer dan 30%. De nieuwe verordening is alleen van toepassing als het marktaandeel van zowel leverancier als wederverkoper niet groter is dan 30%. Bij selectieve distributie zal het marktaandeel van een wederverkoper niet zo vaak die grens overschrijden; dat kan wel het geval zijn bij bijv. een vrijwillig filiaalbedrijf of franchising in de supermarktsector, waar de geografische markt van een supermarkt veelal klein is en een aanzienlijk marktaandeel van de afnemer/wederverkoper niet uitgesloten is.

55 In de zin van art. 4 onder c van Verordening 2790/1999 (thans: art. 4 onder c van Vo. 330/2010).

56 Overeenkomstig art. 4 aanhef van Verordening 2790/1999.

‘vanuit een niet-erkende plaats van vestiging’ omvat niet het internet. Volgens de Franse concurrentieautoriteit is

‘het internet (...) geen plaats van waaruit wordt verkocht, maar een alternatief verkoopmiddel dat net als directe verkopen in een winkel of postorderverkoop wordt gebruikt door distributeurs die deel uitmaken van een netwerk van fysieke verkooppunten’.⁵⁷

Het Hof van Justitie resumeert vrij gedetailleerd de overige argumenten en de beoordeling daarvan door de Conseil de la Concurrence,⁵⁸ met betrekking tot het beroep van Pierre Fabre op het vervuld zijn van de voorwaarden voor de individuele vrijstelling van (thans) artikel 101 lid 3 VWEU.⁵⁹ Dit beroep werd door de Franse concurrentieautoriteit verworpen en aan Pierre Fabre werd een (bescheiden) boete opgelegd van € 17.000.⁶⁰ Pierre Fabre ging hiertegen in beroep bij het Cour d’Appel van Parijs, welk hof één enkele prejudiciële vraag stelde:⁶¹

‘Levert het algemene en absolute verbod om de contractgoederen op internet aan de eindgebruikers te verkopen, dat in het kader van een selectief distributienetwerk aan de erkende distributeurs wordt opgelegd, inderdaad naar zijn strekking een harde kernbepaling⁶² van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, EG [artikel 101 lid 1 VWEU] op die niet onder de groepsvrijstelling voorzien in verordening nr. 2790/1999 valt, maar eventueel wel voor een individuele vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG [artikel 101 lid 3 VWEU] in aanmerking kan komen?’⁶³

57 R.o. 21. De Franse concurrentieautoriteit heeft deze redenering nodig om het verbod op niet-erkende vestigingen niet toepasselijk te achten. Ik zou echter menen dat de kwalificatie van een ‘webshop’ (enkel) als een ‘alternatief verkoopmiddel’ en niet als een (virtuele) andere ‘vestiging’ niet zonder meer juist is.

58 R.o. 22-27.

59 Sinds 1 mei 2004 heeft (thans) art. 101 lid 3 VWEU rechtstreekse werking (art. 45 Verordening 1/2003).

60 Het – Europese en nationale – mededingingsrecht kenmerkt zich door zeer hoge boetes, zodat een dergelijk bedrag buitengewoon vriendelijk, laag en symbolisch lijkt.

61 Ex (thans) art. 267 VWEU; Cour d’Appel de Paris, 29 oktober 2009, 2008/23812. De Commissie intervenieerde in deze procedure als ‘amicus curiae’ (art. 15 lid 3 van Verordening 1/2003); zie conclusie A-G Mozák in de zaak Pierre Fabre, randnr. 15.

62 In het Frans heet dat ‘une restriction caractérisée’.

63 R.o. 31. van Verordening 1/2003); zie conclusie A-G Mazák in de zaak Pierre Fabre, randnr. 15.

4 Beantwoording door het Hof van Justitie

We zijn gewend geraakt aan de terminologie 'hardcore'-restrictie voor een categorie van evidente inbreuken op het kartelverbod.⁶⁴ Het Hof van Justitie neemt echter – bij wijze van correctie van de prejudiciële vraag van de Franse rechter – daarvan afstand: het begrip 'hardekernbeperking' kent het (Europese) mededingingsrecht niet. Het kartelverbod, zoals ook hiervoor aangegeven, maakt een onderscheid tussen 'doelbeperkingen' en 'gevolgbeperkingen'. Het Hof verstaat daarom de prejudiciële vraag aldus dat de nationale rechter wil weten of een (de facto) verbod in het kader van selectieve distributie om de contractproducten via het internet aan consumenten te verkopen een contractuele bepaling is die naar haar strekking een mededingingsbeperking vormt in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU.⁶⁵ De vraag wanneer sprake is van een 'doelbeperking' of 'strekkingbeding' stond centraal in het arrest T-Mobile.⁶⁶ In dat arrest gaf het Hof van Justitie een extensieve betekenis aan dit begrip door als strekkingbeding niet alleen te kwalificeren de overeenkomsten die naar hun aard geacht kunnen worden schadelijk te zijn voor de normale mededinging,⁶⁷ maar ook overeenkomsten die 'concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging (...) (kunnen) verhinderen, beperken of vervalsen'.⁶⁸

Met een door de rechtspraak meanderende redenering komt het Hof tot de conclusie dat de eis van Pierre Fabre dat haar producten moeten worden verkocht in een fysieke ruimte in (ten minste) de aanwezigheid van een gediplomeerde apotheker, waaruit noodzakelijkerwijs volgt dat verkoop via internet verboden is, de strekking heeft de mededinging te beperken, echter niet zonder meer, maar alleen

'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

64 Prijsafspraken, marktverdeling, productenaafspraken e.d. (vgl. de voorbeelden genoemd in art. 101 lid 1 VWEU). De Commissie gebruikt deze term vaak, bijv. in de Richtsnoeren (2000 en 2010) om de beperkingen van art. 4 van (oud) Verordening 2790/1999 en (thans) Verordening 330/2010 aan te duiden.

65 R.o. 33.

66 HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-8/08, *Jurispr.* p. I-4529 (T-Mobile Netherlands e.a.).

67 Beef Industry Development Society en Barry Brothers, r.o. 17.

68 R.o. 31. Het is opmerkelijk dat het Hof in het arrest Pierre Fabre wel verwijst naar het arrest LTM en het arrest GlaxoSmithKline (HvJ EG 30 juni 1966, nr. 56/65, *Jurispr.* 1966, p. 392 (LTM); HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-501/06 P, C 513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 0, *Jurispr.* p. I-9291 (GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a.)), maar in het geheel niet het arrest T-Mobile noemt. Het arrest T-Mobile wordt in verband met de vraag of sprake is van een doelbeperking weer wel genoemd in het arrest HvJ EG 4 oktober 2011, nr. C-403/08, n.n.g. (Football Association Premier League)).

voren komt dat deze contractbepaling, gelet op de eigenschappen van de betrokken producten, niet objectief gerechtvaardigd is'.⁶⁹

Het Hof beziet de aanvaardbaarheid van de uitsluiting van internet als marketing-middel dus in het kader van de proportionaliteitstoets voor selectiecriteria en andere beperkingen van selectieve distributie. Wat betreft deze door de nationale rechter vast te stellen objectieve rechtvaardiging, ontnemt het Hof de Franse rechter al veel ruimte. Het Hof stelt vast dat de selectieve distributie van Pierre Fabre is gebaseerd op kwalitatieve criteria.⁷⁰

Het Hof onderzoekt vervolgens de proportionaliteit van de 'apothekerseis', dat wil zeggen *of het selectie criterium niet verder gaat dan 'noodzakelijk is voor de wijze van verkoop die in overeenstemming is met de aard van het product'*, en geeft in dat kader een oordeel over twee argumenten van Pierre Fabre: (a) de noodzaak van de begeleiding van de verkoop door een apotheker en (b) de handhaving van het prestigieuze imago van de (merk)producten. Het Hof van Justitie verwerpt het eerste argument: het Hof heeft een verbod op verkoop via internet van receptvrije geneesmiddelen niet aanvaard in twee eerdere arresten⁷¹ en lijkt daarmee te willen zeggen dat dit dan *a fortiori* moet gelden voor producten die niet eens geneesmiddelen zijn.⁷² Wat betreft het tweede argument over het prestigieuze karakter van de producten komt het Hof met een categorische ontkenning, die wel eens verstrekkende gevolgen zou kunnen hebben:

'De doelstelling van de instandhouding van het prestigieuze imago kan geen [gerechtvaardigde]⁷³ doelstelling zijn om de mededinging te beperken en kan niet rechtvaardigen dat een contractbepaling die een dergelijke doelstelling nastreeft buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, VWEU valt.'⁷⁴

⁶⁹ R.o. 47.

⁷⁰ R.o. 43.

⁷¹ Zie HvJ EG 11 december 2003, nr. C-322/01, *Jurispr.* 2003, r.o. 106, 107 en 112 (Deutscher Apothekerverband) en HvJ EU, 2 december 2010, nr. C-108/09, n.n.g., r.o.76 (Ker-Optika), waarnaar ook A-G Mazák in zijn conclusie, randnr. 34, verwijst. De Conseil de la Concurrence verwees ook al naar het eerste arrest.

⁷² R.o. 44.

⁷³ In de Nederlandse tekst van het arrest is dit woord weggefallen. De Franse tekst luidt (r.o. 46): *'L'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence en ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.'*

⁷⁴ R.o. 46.

De groepsvrijstellingsverordening mist toepassing, voor zover de nationale rechter zou vaststellen dat er – kort gezegd – geen objectieve rechtvaardiging is voor de uitsluiting van internet als verkoopkanaal van erkende wederverkopers. Het Hof is daarover kort: artikel 4 aanhef en onder (c) van Verordening 2790/1999 (en ook van Verordening 330/2010) bepaalt dat, aldus het Hof,

‘(...) de vrijstelling niet van toepassing is op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, strekken tot beperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op het detailhandelniveau 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 plaats van vestiging werkzaam te zijn. Een contractbepaling zoals aan de orde in het hoofdgeding, die de facto internet als verkoopmethode verbiedt, heeft op zijn minst de strekking tot beperking van passieve verkopen aan eindgebruikers die via internet willen kopen en zich buiten het verzorgingsgebied van het betrokken lid van het selectieve distributiestelsel bevinden.’⁷⁵

5 Hoe nu verder met Pierre Fabre en andere producten met een prestigieus imago?

De beoordeling van selectieve distributie in het Europese mededingingsrecht is geëvolueerd van een vrij strikte, waarbij de concurrentieautoriteit oordeelde of selectieve distributie en de toegepaste selectiecriteria echt noodzakelijk of (minst genomen) gerechtvaardigd zijn gelet op de aard van het product, naar een economische beoordeling, waarbij aan een fabrikant veel meer ruimte wordt gelaten om een keuze te maken. Zo min als exclusieve distributie of franchising alleen mogelijk is voor bepaalde categorieën producten, zo zou ook voor selectieve distributie geen beperking dienen te gelden.

In dat licht stelt het arrest van het Hof van Justitie om verschillende redenen teleur. Selectieve distributie wordt in r.o. 39 – met verwijzing naar het arrest AEG-Telefunken – gekwalificeerd als een vorm van distributie die ertoe strekt de mededinging te beperken. Meer en meer bekruipt me het gevoel dat er al heel snel sprake is van een ‘doelbeperking’ en dat we hier wel heel ver verwijderd raken van de tekst van artikel 101 VWEU en hetgeen een niet in het mededingingsrecht gespeciali-

⁷⁵ R.o. 53 en 54.

seerde jurist daarin kan lezen. De toepassing van het kartelverbod blijft achterwege als het stelsel is gebaseerd op kwalitatieve criteria. Nadat in de r.o. 39-40 steeds wordt verwezen naar het arrest AEG-Telefunken (waarin het Hof oordeelde dat – kort gezegd – de aard van het product selectieve distributie kan ‘rechtvaardigen’), oordeelt het Hof nu (weer) dat de aan selectieve distributie inherente beperkingen alleen kunnen worden aanvaard als ‘de eigenschappen van het (...) product een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk maken (...)’, met verwijzing naar de (oudere) arresten Metro I en L’Oréal/Nieuwe AMCK.

Zou het – gelet op de ‘economisering’ van het mededingingsrecht – niet veeleer voor de hand hebben gelegen de bijna krampachtige benadering tegenover selectieve distributie te laten varen? Een fabrikant zou toch vrij moeten zijn om zijn product, ongeacht de aard daarvan, via een beperkte groep wederverkopers op de markt te brengen, als hij daarvoor kiest, waar zijn product in concurrentie treedt met intensief, exclusief of via franchising gedistribueerde producten. Het mededingingsrecht richt zich toch primair op de ‘interbrand’-mededinging en zou zich toch alleen in uitzonderingsgevallen zorgen moeten maken over de ‘intra-brand’-concurrentie? Het kan zijn dat het Hof die draai niet heeft willen maken, omdat (thans) Verordening 330/2010 voldoende ruimte geeft en eigenlijk alleen de ‘hardcore’-restricties in artikel 4 van de Verordening verbiedt. Desalniettemin verbaast het dat die klassieke benadering, meer dan dertig jaar na het eerste (standaard)arrest over selectieve distributie, weer zo strak en zonder nuancering wordt herhaald.

Als het vervolgens gaat om de proportionaliteit van het selectie criterium, ligt in de overwegingen van het Hof besloten dat selectieve distributie voor de cosmetica-producten van Pierre Fabre (kennelijk) mogelijk is. Eigenlijk gaat het arrest niet over die vraag. Het Hof overweegt slechts in r.o. 43 dat ‘vaststaat dat in het kader van het selectieve distributienetwerk van Pierre Fabre (...), de wederverkopers worden gekozen op basis van kwalitatieve criteria’. Maar in ieder geval hint het Hof op geen enkele wijze op een reserve dienaangaande. Je zou dus zeggen dat de imago- en marketingkeuze van een fabrikant, en de daarbij behorende investeringen voor reclame, waardoor een product zijn ‘(luxe) imago’ of karakter krijgt, welke eigenschappen – zoals het Gerecht meende in het arrest Leclerc⁷⁶ – tot selectieve distributie dwingen, vervolgens (ook) de selectiecriteria bepalen. Of het Hof dat ook vindt, valt nog te bezien.

⁷⁶ Zie noot 30.

Pierre Fabre argumenteerde in de eerste plaats dat zij het selectie criterium hanteert vanwege de eigenschappen van het product: die noodzaken tot persoonlijke advisering en bescherming tegen onjuist gebruik. Het Hof verwierpt dit argument met de verwijzing naar receptvrije geneesmiddelen ten aanzien waarvan een verbod op verkoop via internet kwalificeerde als een door (thans) artikel 34 VWEU verboden intracommunautaire exportbelemmering.⁷⁷ Dat is wat kort door de bocht. Tegelijkertijd moet erkend worden dat in het geval van cosmetica de noodzaak van selectieve distributie in het algemeen lastig op de materiële kenmerken van de (meeste) producten gebaseerd zal kunnen worden.

Het tweede argument van Pierre Fabre betrof de 'noodzaak om het prestigieuze imago van de betrokken producten in stand te houden'. Dit is de reden waarom het Gerecht in het arrest Leclerc selectieve distributie voor luxe cosmetica gerechtvaardigd achtte. Met een 'sweeping statement' veegt het Hof dit argument van tafel. De doelstelling van de instandhouding van het prestigieuze imago kan geen rechtmatige doelstelling zijn om de mededinging te beperken en kan niet rechtvaardigen dat een contractbepaling die een dergelijke doelstelling nastreeft buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU valt.⁷⁸ Helaas wordt dat niet gemotiveerd (dat is de luxe die de hoogste rechter zich kan veroorloven). Dat zou wel wenselijk zijn geweest in het licht van de lange weg sinds het arrest Metro I, de honderden selectieve distributiestelsels voor luxe producten (zonder technische complexiteit) die geen uitleg, service en onderhoud behoeven, de merkenrechtelijke rechtspraak van het Hof en de economisering van het mededingingsrecht. Is het echt zo dat selectieve distributie van luxe cosmetica en parfums, maar ook kleding en accessoires en vele andere producten, waar selectiecriteria en contractuele bepalingen gericht zijn op de handhaving van – kort gezegd – merk en imago, alleen aan het kartelverbod kan ontsnappen door een individuele of groepsvrijstelling en niet met een geslaagd beroep op de criteria van de arresten Metro I en andere? En wat is daarvan het concurrentierechtelijke en economische belang en de ratio? Wat is het consumentenbelang? De overweging dat een contractuele regeling die onderdeel is van selectieve distributie (en wellicht ook daarbuiten) met het doel een prestigieus imago in stand te houden (steeds) onder het kartelverbod valt, is ook niet te rijmen met de merkenrechtelijke rechtspraak van het Hof van Justitie. In het arrest Copad⁷⁹ oordeelde het Hof van Justitie dat de aan een merk verbonden rechten door

77 Zie noot 69.

78 R.o. 46.

79 HvJ EG 23 april 2009, nr. C-260/07, *Jurispr.* 2009, p. I-2437 (Copad). A-G Mazák verwijst ook naar dit arrest in zijn Conclusie, randnr. 44.

de merkhouders kunnen worden ingeroepen tegen een licentiehouder die handelt in strijd met de licentieovereenkomst die om prestigerekenen de verkoop aan discounters verbiedt omdat daardoor de allure en het prestigieuze imago van de betreffende merkproducten kan worden aangetast. Daaruit volgt dat beperkingen die door de merkhouders worden opgelegd ter bescherming en handhaving van de reputatie en het (luke) imago van producten toelaatbaar zijn in het kader van het vrije goederenverkeer,⁸⁰ hoewel deze resulteren in een verkoopbeperking. Het is niet goed begrijpelijk waarom een dergelijke beperking wel mogelijk is in het kader van het vrije goederenverkeer en de artikelen 34 en 36 VWEU, maar niet in het kader van het kartelverbod. Een betere benadering lijkt me te zijn dat de (immateriële) kenmerken als een luke imago bepaalde selectiecriteria en contractuele beperkingen bij selectieve distributie kunnen rechtvaardigen, mits deze niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is (de proportionaliteitstoets). Zo zal (een vorm van) verticale prijsbinding om een hoog prijsniveau te handhaven, dat als kenmerk geldt voor prestigieuze producten,⁸¹ niet snel aanvaardbaar zijn en evenmin een volledige uitsluiting van verkoop via internet,⁸² maar de ongenueanceerde overweging dat beperkingen ter handhaving van een merkimago (steeds) onder het kartelverbod vallen, kan niet juist zijn.

6 Tot slot

Voor Pierre Fabre rest de weg via de groepsvrijstelling: selectieve distributie voor producten waarvan de kenmerken niet dwingen tot selectieve distributie of waarvan de criteria verder gaan dan nodig is, vallen wel onder de groepsvrijstelling, ook als er beperkingen gelden die slechts gericht zijn op handhaving van merkimago en allure, mits geen van de 'hardcore'-restricties van artikel 4 van Verordening 330/2010 in de overeenkomst voorkomen en het marktaandeel van leverancier en afnemer kleiner is dan dertig procent. Het 'de facto' verbod op verkoop via internet lijkt moeilijk te rechtvaardigen, staat aan toepassing van de verordening in de weg en zal dus moeten verdwijnen. Alle grote ondernemingen met een marktaandeel van meer dan dertig procent met selectieve distributie, gericht op de handhaving van een prestigieus imago, zullen nu hun hoop moeten vestigen op een individuele

80 Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie wordt de merkenrichtlijn (thans Richtlijn 2008/95/EG) uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof omtrent thans de art. 34 en 36 VWEU, het vrije goederenverkeer; HvJ EG 11 juli 1996, nr. C-427/93, C-429/93 en C-436/932, *Jurispr.* 1996, p. I-3457, r.o. 27 (*Paranova/Boehringer e.a.*).

81 Zie Beschikking Yves Saint Laurent, *PbEG* 1992, L 12/246: '(...) luke producten. Dit zijn artikelen van hoge kwaliteit en met een betrekkelijk hoge prijs die verkocht worden onder een prestigieus merk.'

82 De Richtsnoeren (2010), randnr. 54 wijzen op de mogelijkheid van kwaliteitsnormen voor internetsites op te leggen.

vrijstelling⁸³ indien zij criteria en beperkingen wensen te handhaven die (alleen) gericht zijn op de instandhouding van een prestigieus imago waardoor minder prestigieuze wederverkopers worden uitgesloten.

Prejudiciële procedures⁸⁴ – zoals de zaak Pierre Fabre – moeten resulteren in een arrest van het Hof van Justitie en antwoorden op de door de nationale rechter gestelde vragen waarmee deze een beslissing kan geven in het nationale geschil, en bij voorkeur geen vragen oproepen. Het arrest Pierre Fabre geeft dat antwoord, maar roept tegelijkertijd nieuwe vragen op, waarvan we dachten dat die achter ons lagen. Peter is zich steeds bewust – zo heb ik in onze samenwerking mogen ervaren – van het risico bepaalde argumenten aan te voeren als dat een te vermijden debat zou kunnen opleveren. In dit geval kon echter niet vermoed worden dat een beroep op het imago van merk en producten kon leiden tot een de overweging dat maatregelen ter bescherming daarvan die leiden tot beperking van de mededinging in het kader van selectieve distributie niet buiten het kartelverbod vallen.

83 Daartoe moet een geslaagd beroep op art. 101 lid 3 VWEU mogelijk zijn, hetgeen een gedegen onderbouwing vergt; zie de Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *PbEU* 2004, C 101/97.

84 Art. 267 VWEU.