



Datum van
inontvangstneming

:

31/05/2016

Zaak C-230/16

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

25 april 2016

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 april 2016

Verzoekende partij:

Coty Germany GmbH

Verwerende partij:

Parfümerie Akzente GmbH

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHIKKING

In de zaak

Coty Germany GmbH, [OMISSIS] Mainz,

verzoekende partij,

[OMISSIS]

tegen

Parfümerie Akzente GmbH, [OMISSIS] Pfedelbach,

verwerende partij,

[OMISSIS]

heeft de 1. Kartellsenat (eerste kamer voor mededingingszaken) van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main [OMISSIS] op 19 april 2016 het volgende beslist:

[Or. 1]

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie worden krachtens artikel 267 VWEU de volgende vragen voorgelegd over de uitlegging van het recht van de Unie:
 - 1) Kunnen selectiegedistributiestelsels voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen die primair tot doel hebben het „luxe-imago” van de artikelen in stand te houden, worden beschouwd als een mededingingsfactor die verenigbaar is met artikel 101, lid 1, VWEU?
 - 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Kan een algemeen verbod voor leden van een selectief distributiestelsel die actief zijn op detailhandelniveau om bij onlineverkoop naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, ongeacht of in het concrete geval de legitieme kwaliteitseisen van de producent worden geschonden, worden beschouwd als mededingingsfactor die verenigbaar is met artikel 101, lid 1, VWEU?
 - 3) Dient artikel 4, onder b), van verordening (EU) 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 beperking naar strekking van de klantenkring van de detailhandelaar?
 - 4) Dient artikel 4, onder c), van verordening (EU) 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 beperking naar strekking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker?

[Or. 2]

I. Feiten:

1) Verweerster is een van de grootste aanbieders van luxe cosmetica in Duitsland, die in de handel worden gebracht via een systeem van selectieve distributie. Zij verkoopt de in het verzoekschrift vermelde merken op basis van een selectief distributiestelsel waaraan een selectiegedistributieovereenkomst ten grondslag ligt. Die overeenkomst wordt door verweerster respectievelijk de met haar verbonden vennootschappen in Europa op uniforme wijze toegepast en aangevuld met verschillende specifieke overeenkomsten die ertoe strekken de selectieve distributie van verzoekster op een geordende en alle activiteiten bestrijkende basis te organiseren.

Verweerster distribueert de producten van verzoekster sinds tal van jaren als erkende detailhandelaar („depositair”) zowel in fysieke verkooppunten als via internet. De onlineverkoop vindt ten dele plaats via een eigen webshop en ten dele via het platform „amazon.de”. Tot de tussen de partijen gesloten overeenkomsten behoort ook een aanvullende overeenkomst inzake onlineverkoop. Artikel 1, lid 3, daarvan bepaalt het volgende:

„Het is de depositair niet toegestaan om een andere naam te gebruiken of een derde, niet-erkende, onderneming in te schakelen.”

Verzoekster heeft in maart 2012 tegen de achtergrond van de inwerkingtreding van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna: „verordening nr. 330/2010”) haar selectiegedistributieovereenkomsten en aanvullende overeenkomsten inzake online verkoop voor alle afnemers herzien [OMISSIS]. Bijlage I bij de selectiegedistributieovereenkomst bevat met betrekking tot online verkoop de volgende regeling:

„1.1. Elektronische etalage

In afwijking van de beperkingen van artikel 1, lid 3, van de depotovereenkomst heeft de depositair het recht 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.

1. [...]

2. [...]

3. Het gebruik van een andere handelsnaam is uitdrukkelijk verboden. Dit geldt ook voor de kenbare inschakeling van een derde onderneming die geen erkende depositair van Coty Prestige is.”

(Voetnoot: „Hier is de depositair dus niet toegestaan een samenwerking met derden aan te gaan indien die samenwerking gericht is op de exploitatie van de website en naar buiten toe kenbaar is”).

[Or. 4]

Verweerster heeft het nieuwe overeenkomstenpakket niet ondertekend.

Verzoekster vordert onder verwijzing naar artikel 1, lid 3, van de aanvullende overeenkomst inzake online verkoop verweerster te verbieden de in het verzoekschrift vermelde merkartikelen via het internetplatform „amazon.de” aan te bieden.

- 2) De rechter in eerste aanleg wees de vordering bij vonnis van 31 juli 2014 af.

In de motivering verklaarde hij dat de contractuele regeling die online verkoop onder een andere naam of met inschakeling van een derde onderneming verbiedt, in strijd is met § 1 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet tegen beperkingen van de mededinging) respectievelijk artikel 101, lid 1, VWEU. Het doel van instandhouding van een prestigieus merkimago kan volgens het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Pierre Fabre de invoering van een dergelijk – in beginsel mededingingsbeperkend – selectief distributiestelsel niet rechtvaardigen. De betrokken regeling moet ook worden aangemerkt als niet-toegestane hardcore beperking in de zin van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010. Alhoewel punt 54 van de richtsnoeren betreffende die verordening (de zogenoemde richtsnoeren inzake verticale beperkingen, PB 2010 C 130, blz.1; hierna: „richtsnoeren”) een verbod van verkoop via platforms van derden lijkt toe te staan, moet die regeling sinds het arrest Pierre Fabre van het Hof als achterhaald worden beschouwd.

Volgens de rechter in eerste aanleg is ook niet voldaan aan de voorwaarden voor een individuele ontheffing, aangezien niet is aangetoond dat de algemene uitsluiting van de online verkoop via platforms van derden efficiencyvoordelen oplevert die zwaarder wegen dan de met de verkoopbeperking verbonden nadelen voor de mededinging. In elk geval is een algemeen verbod niet onmisbaar aangezien er even geschikte, maar minder mededingingsbeperkende maatregelen bestaan, zoals specifieke kwaliteitsnormen voor platforms van derden.

In het formeel en tijdig ingestelde hoger beroep handhaaft verzoekster in licht gewijzigde vorm haar in eerste aanleg geformuleerde vorderingen.

II. Argumenten van partijen (voor zover relevant voor de prejudiciële vragen)

1) Verzoekster heeft erop gewezen dat zij, wat het genoemde verbod betreft, van verweerster slechts nakoming vordert van de eisen die volgens het overeenkomstenpakket van 2012 ook voor haar andere afnemers gelden.

Voorts heeft zij verduidelijkt dat de clausule 1, lid 3, van haar aanvullende overeenkomst inzake online verkoop alleen maar gericht is tegen naar buiten toe kenbare samenwerking met derden die betrekking heeft op het beheer van de website. Zonder meer toegestaan is [Or. 5] samenwerking met puur technische dienstverleners, die volgens de e-commercerichtlijn beperkt aansprakelijk zijn, en de samenwerking met bijvoorbeeld betaalsystemen. Toegestaan is ook – indien aan bepaalde kwalitatieve voorwaarden is voldaan – het maken van reclame voor de producten met inschakeling van derden en het gebruik van (prijs-)zoekmachines.

De in casu relevante merken behoren tot het segment van de prestigieuze en luxe cosmetica. De kopers van luxeproducten verwachten dat ook de presentatie en de verkoopomgeving in dit segment aan hoge kwalitatieve eisen voldoen. Door de selectieve distributie wordt gewaarborgd dat de perceptie van het merk overal gelijk is, hetgeen bijdraagt tot de versterking van het imago.

Verzoekster laat, geheel volgens de regels, slechts handelspartners toe tot de internethandel waarvan reeds het fysieke verkooppunt voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen. Voor de internethandel verlangt zij een „elektronische etalage” die een band heeft met de erkende vestiging als kwaliteitslocatie. Door het concept van de „elektronische etalage” wordt de website van de handelaar als het ware de tegenhanger van de „erkende vestiging” in de fysieke handel. Het litigieuze verbod strekt rechtstreeks tot instandhouding en bevordering van de kwaliteit doordat het met betrekking tot de externe presentatie aanhaakt bij de naam waaronder de handelaar zijn vakkennis in de fysieke handel heeft aangetoond. Een op de exploitatie van de website gerichte samenwerking met een derde heeft tot gevolg dat verzoekster ter voorkoming van discriminatie ook zou moeten controleren of haar kwaliteitscriteria op de betrokken website worden nageleefd. Bij platforms met een vooraanstaande marktpositie als „amazon” of „ebay” hebben veel consumenten de indruk dat zij, ondanks het feit dat die platforms zich alleen maar als een soort marktplaats zien, „bij amazon” of „bij ebay” kopen. Het toestaan van de verkoop via dergelijke platforms zou derhalve vergelijkbaar zijn met distributie door niet-erkende handelaren

Overigens heeft verzoekster ook als merkhoudster het recht om de wederverkoop te beperken en om bepaalde verkoopvormen die afbreuk doen aan de kwaliteit uit te sluiten. Zij is houdster van de merken „Joop!” en „Lancaster” en als zodanig bevoegd aan haar depositairs als licentienemers kwaliteitsnormen op te leggen.

In elk geval geniet de selectiegedistributieovereenkomst van verzoekster vrijstelling volgens verordening nr. 330/2010. Het aandeel van verzoekster op de aanbodmarkt voor depotcosmetica ligt bij 20,3 %, en het aandeel van verweerster op de vraagmarkt ligt eveneens onder de 30 %-drempel van artikel 2, lid 1, van de verordening.

[Or. 6]

Er is ook geen sprake van schending van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010. Aan het litigieuze verbod te wijten potentiële omzetverliezen op het vlak van de online verkoop zijn vergelijkbaar met de potentiële verliezen die de handelaar bij fysieke afzet lijdt door de binding aan het erkende verkooppunt.

Artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 acht verzoekster evenmin relevant. Die bepaling heeft betrekking op de verdeling van de markt, een gedraging die naast prijsafspraken tot het kerngebied van het kartelverbod behoort. Bij beperkingen van de online verkoop is echter geen sprake van een verdeling van markt met het effect dat de „vrijkomende” klanten voor één van de bij de overeenkomst betrokken partijen toegankelijk worden. Overigens sluit verzoekster door haar overeenkomsten noch de internetklanten, noch de platformklanten principieel uit. Haar overeenkomsten focussen niet op een bepaalde groep klanten, maar op bepaalde verkoopkanalen.

2) Verweerster schaaft zich achter de uitspraak van de rechter van eerste aanleg.

De beperkingen die in het kader van het selectiegedistributienetwerk aan de handelaar worden opgelegd, zijn niet noodzakelijk op grond van de eigenschappen van de producten teneinde de kwaliteit ervan te handhaven en het goed gebruik ervan te verzekeren.

Verweerster betwist dat de consument ook op internet een luxe verkoopomgeving verwacht. Zij is van mening dat de consument eraan gewend is geraakt een dergelijke omgeving in het internet niet te vinden. De consument gaat het bij online shopping ook minder om de prestigieuze presentatie dan om de mogelijkheid de betrokken producten gemakkelijk en goedkoop aan te schaffen.

Voorts stelt verweerster dat verzoekster haar distributienetwerk niet zonder discriminatie toepast.

III. Toepasselijke wetgeving

De vordering van verzoekster is gegrond, gelet op de bewoordingen van clause 1, lid 3, van de tussen de partijen gesloten aanvullende overeenkomst inzake online verkoop. Verzoekster kan uit die overeenkomst echter geen rechten afleiden indien deze in strijd mocht zijn met artikel 101, lid 1, VWEU (eerste en

tweede prejudiciële vraag) en niet mocht zijn vrijgesteld overeenkomstig artikel 101, lid 2, VWEU (derde en vierde prejudiciële vraag) of artikel 101, lid 3, VWEU.

[Or. 7]

Het in casu litigieuze overeenkomstenpakket maakt deel uit van een in heel Europa toegepast kwalitatief selectief distributienetwerk van het concern van verzoekster. Door dit stelsel wordt de mededingingsvrijheid van de deelnemende handelaren aanmerkelijk beperkt.

Relevant is in dit verband dat een beïnvloeding van de mededinging op de interne markt alleen (nog maar) kan uitgaan van het huidige overeenkomstenpakket dat verzoekster met de meerderheid van haar handelaren heeft gesloten, en niet van de alleen nog voor verweerster geldende oude overeenkomst. Bij de beoordeling van de vraag of het distributiestelsel van verzoekster in strijd is met het mededingingsrecht moet derhalve worden uitgegaan van het nieuwe overeenkomstenpakket, waarop verzoekster zich met betrekking tot de in casu litigieuze clausules ook beroept.

Doorslaggevend is derhalve de rechtmatigheid van de reeds in deel I aangehaalde clause I.1.3 van de bijlage bij de selectiegedistributieovereenkomst 2012.

IV. Eerste en tweede prejudiciële vraag

De eerste twee prejudiciële vragen hebben betrekking op de uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU.

1) Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen er legitieme vereisten zijn die beperking van de prijsconcurrentie ten gunste van een op andere factoren dan de prijzen betrekking hebbende mededinging kunnen rechtvaardigen. De organisatie van een distributienetwerk als dat van verzoekster valt derhalve niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU, mits de distributeurs worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, de eigenschappen van het betrokken product een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk maken teneinde de kwaliteit ervan te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is (arresten van 13 oktober 2011, Pierre Fabre, C-439/09, punt 41; 15 oktober 1977, Metro I, 26/76 [OMISSIS], punt 20; en 11 december 1980, l'Oréal, 31/80 [OMISSIS], punten 15 en 16)

2) In casu is de vraag aan de orde of de eigenschappen van de door verzoekster in de handel gebrachte producten de mededingingsbeperkende effecten van het door haar ingestelde kwalitatieve selectieve **[Or. 8]** distributienetwerk

rechtvaardigen. Verzoekster motiveert haar distributienetwerk in de preambule van de selectiegedistributieovereenkomst als volgt: „Het karakter van de Coty Prestige-merken vereist een selectiegedistributiestrategie ter ondersteuning van het luxe-imago van de betrokken merken”.

De vaststellingen van het Hof in het arrest l’Oréal zijn over het algemeen in die zin begrepen dat het begrip „eigenschappen” in de zin van dat arrest juist waar het gaat om luxe cosmetica niet kan worden beperkt tot de materiële eigenschappen, maar dat hiertoe ook de bijzondere associaties behoren die de consumenten hiermee verbinden, met name het „imago van luxe”. Het Gerecht van de Europese Unie heeft die idee in zijn arrest van 12 december 1996, Leclerc/Commissie, zaak T-88/92, nader toegelicht: „Bij luxe cosmetische producten en inzonderheid bij luxe parfums, de voornaamste producten uit deze categorie, staat in de eerste plaats vast dat het verfijnde, hoogwaardige producten zijn die worden verkregen na een bijzonder onderzoek waarbij kwalitatief hoogwaardige materialen worden gebruikt, vooral voor hun verpakking; in de tweede plaats dat deze producten een imago van luxe hebben, dat hen dient te onderscheiden van andere vergelijkbare producten die niet een dergelijk imago hebben, en in de derde plaats dat dit imago van luxe belangrijk is in de ogen van de consument, die er prijs op stelt om luxe cosmetische producten en in het bijzonder luxe parfums te kunnen kopen. In de ogen van de consument bestaat namelijk slechts een geringe mate van substitueerbaarheid tussen luxe cosmetische producten en overeenkomstige producten die tot een ander marktsegment behoren” (punt 108). Het Gerecht stelde daarom vast dat ook de consument er belang bij heeft dat het luxe-imago van dergelijke producten niet wordt aangetast (punt 113). De Duitse rechtspraak heeft zich hierbij aangesloten [OMISSIS]. Ook het Hof van Justitie zelf heeft in zijn arrest van 23 april 2009, Copad, zaak C-59/08, [OMISSIS] bevestigd dat de kwaliteit van prestigieuze waren niet alleen voortvloeit uit de materiële kenmerken ervan, maar ook uit de allure en het prestigieuze imago die hen een luxe uitstraling geven. Een aantasting van die luxe uitstraling kan derhalve afbreuk doen aan de kwaliteit zelf van deze waren (punten 24-26). De organisatie van een selectief distributiestelsel draagt derhalve bij tot de reputatie van de betrokken waren en dus tot de instandhouding van de luxe uitstraling (punt 29).

In zijn arrest Pierre Fabre (reeds aangehaald) heeft het Hof daarentegen het volgende vastgesteld: „De doelstelling van de instandhouding van het prestigieuze imago kan geen 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.” ([OMISSIS] punt 46)

[Or. 9]

Dat arrest is in Duitsland door sommigen (onder meer door de rechter van eerste aanleg in de onderhavige zaak) aldus begrepen dat de bescherming van een „imago van luxe” principieel niet meer als rechtvaardiging voor een selectief distributiestelsel kan dienen [OMISSIS].

Anderen zijn van mening dat het Hof in het arrest Pierre Fabre uitsluitend tot uitdrukking heeft gebracht dat de bescherming van het prestigieuze karakter van een merk niet het in het concrete geval relevante complete verbod van iedere vorm van online verkoop kan rechtvaardigen, zoals ook de advocaat-generaal in zijn conclusie van 3 maart 2011 had voorgesteld (punten 54 e.v.). Volgens deze lezing zou het Hof daarmee echter geen afstand hebben gedaan van de bestaande Europese rechtspraak [OMISSIS].

Om deze reden wordt het Hof verzocht te verduidelijken of een de mededinging beperkend selectief distributiestelsel als dat van verzoekster, dat vooral tot doel heeft de luxe uitstraling van de verkochte luxe en prestigieuze producten in stand te houden, in geen enkel geval meer verenigbaar kan worden geacht met artikel 101 VWEU, maar in zijn geheel slechts onder de voorwaarden van verordening nr. 330/2010 – dat wil zeggen in het bijzonder indien de marktaandeeldrempel van artikel 2 niet wordt overschreden – in het genot van een groepsvrijstelling zou kunnen komen dan wel van een individuele ontheffing uit hoofde van artikel 101, lid 3, VWEU.

3) Voor zover het Hof die vraag bevestigend beantwoordt, moet worden onderzocht of de concrete clausule inzake de handhaving van het luxekarakter van de litigieuze producten ook met het oog op de consumentenbelangen noodzakelijk is.

Bij de traditionele verkoop van producten van hoge kwaliteit waarvan het luxe-*imago* door de consument op prijs wordt gesteld, wordt met criteria die slechts dienen te verzekeren dat deze producten worden gepresenteerd op een wijze die hun karakter doet uitkomen, een resultaat nagestreefd dat de mededinging kan verbeteren door de handhaving van dit luxe-*imago* en aldus de beperking van de mededinging die inherent is aan selectiegedistributiesystemen kan compenseren (Gerecht van de Europese Unie, arrest van 12 december 1996, *Lecerc/Commissie*, zaak T-88/92, punt 113). Een dergelijke prestigieuze presentatie draagt bij tot dat luxe-*imago* en dus tot de handhaving van een van de voornaamste kenmerken van de door de consument gewenste producten. Een algemene verkoop van de betrokken producten zou het risico meebrengen dat de presentatie van de producten in het verkooppunt achteruit gaat [**Or. 10**], waardoor afbreuk zou worden gedaan aan het „*imago van luxe*” en dus aan het karakter zelf van de betrokken producten (zie voornoemd arrest, punt 114).

Teneinde een dergelijke prestigieuze presentatie te waarborgen is in de selectiegedistributieovereenkomst van verzoekster met betrekking tot de fysieke handel vastgelegd dat ieder concreet verkooppunt van de handelaar door verzoekster moet worden erkend. Ieder verkooppunt dient daarbij te voldoen aan bepaalde, in artikel 2 van de overeenkomst nader vermelde eisen met betrekking tot de omgeving, de voorzieningen en de inrichting. Artikel 2, lid 1, punt 3, van de selectiegedistributieovereenkomst 2012 bepaalt bijvoorbeeld:

„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 onderstrepen en te ondersteunen. Bij de beoordeling van dit criterium wordt met name aandacht besteed aan de pui en de inrichting van het verkooppunt, de vloerbedekking, de muren en plafonds, het meubilair en het verkoopoppervlak en voorts aan de verlichting en een algemene indruk van netheid en orde.”

Artikel 2.1.6 bepaalt: „De naamsaanduiding van het verkooppunt, hetzij met de naam van de onderneming, hetzij door aanvullende aanduidingen of ondernemingslogos, mag niet de indruk doen ontstaan van een beperkt aanbod producten, minderwaardige voorzieningen of gebrekkige advisering en moet voor het overige aldus worden aangebracht dat de decoraties en de uitstallingen van de depositair niet worden afgedekt.”

De verwijzende rechter is van opvatting dat diezelfde criteria ook in de internethandel kunnen worden toegepast. Voor zover verweerster betwijfelt dat de presentatie op internet daadwerkelijk van invloed zou kunnen zijn op de perceptie van het product, is het wellicht juist dat de consument het betrokken product in eerste instantie tegen een lage prijs wil aanschaffen. De belangstelling van de consument voor het „luxe product” zal echter afnemen naarmate het door de massale beschikbaarheid en de lage prijs het door hem gewaardeerde luxe-imago kwijtraakt.

De verwijzende rechter schaaft zich in zoverre achter het standpunt van de Commissie, die in punt 54 van de richtsnoeren met betrekking tot het toepassingsgebied van verordening nr. 330/2010 heeft aangegeven dat de leverancier in het kader van de groepsvrijstelling kwaliteitsnormen kan opleggen voor het gebruik van een internetsite voor het doorverkopen van zijn goederen, zoals hij dit ook kan voor een winkel, catalogusverkoop of reclame en promotie in het algemeen. Daarbij kan een leverancier ook van zijn distributeurs verlangen dat wanneer zij gebruik maken van platforms van derden, zij de contractproducten uitsluitend aanbieden overeenkomstig de normen en voorwaarden die tussen de leverancier en zijn distributeurs waren overeengekomen voor het gebruik van internet door de distributeurs.

[Or.11]

Dat betekent dat verzoekster ook voor de verkoop van haar producten via internet eisen mag stellen ter waarborging van een presentatie en „verkoopomgeving” die het luxe-imago in stand houden.

De vraag is echter of het in dat verband ook noodzakelijk kan zijn de handelaar in algemene zin te verbieden om een derde onderneming naar buiten toe kenbaar in te schakelen.

In zoverre zou een algemeen verbod om het platform of de naam van een derde te gebruiken, zoals het onderhavige, onevenredig kunnen zijn, omdat dat verbod zou gelden los van de vraag of in het concrete geval de legitieme kwaliteitsnormen van de producent daadwerkelijk worden geschonden. Daardoor zou het verbod eventueel verder gaan dan hetgeen de producent in het kader van de fysieke handel rechtmatig zou mogen eisen.

Vóór de rechtmatigheid van een dergelijk verbod zou daarentegen kunnen pleiten dat de naleving van de legitieme kwaliteitsnormen van de producent slechts kan worden gewaarborgd indien aan de „verkoopomgeving” op internet door de depositair zelf vorm wordt gegeven. Deze heeft zich namelijk ten opzichte van de producent contractueel ertoe verplicht de betrokken normen na te leven, in tegenstelling tot de derde als platformbeheerder, op wiens externe presentatie en commerciële aanpak de producent geen invloed heeft. Dit zou ook voldoen aan de „logo-clausule” van punt 54 van de richtsnoeren, waar wordt gezegd: „Wanneer bijvoorbeeld de website van de distributeur wordt gehost door een platform van een derde, zou de leverancier kunnen verlangen dat de klanten de website van de distributeur niet bezoeken via een site die de naam of het logo van het platform van de derde draagt.”

4) De eerste en de tweede prejudiciële vraag zijn relevant voor de beslechting van het geding. Mochten beide vragen bevestigend worden beantwoord, zou de in casu relevante overeenkomst niet in strijd zijn met artikel 101 VWEU aangezien ook aan de overige voorwaarden voor een de mededinging niet beperkend selectief distributiestelsel is voldaan. De door verzoekster vastgelegde normen worden uniform voor alle in aanmerking komende doorverkopers vastgelegd en blijktens de feitelijke informatie waarover de rechter beschikt ook zonder discriminatie toegepast door verzoekster.

a) Op basis van de door verweerster overgelegde stukken moet ervan worden uitgegaan dat de litigieuze merkproducten van verzoekster in niet onaanzienlijke omvang ook op het platform „amazon.de” worden aangeboden en dat dergelijke producten ook regelmatig beschikbaar zijn bij discounters, die ongetwijfeld niet voldoen aan de door verzoekster opgestelde kwaliteitsnormen.

[Or. 12]

Volgens de rechtspraak van het Hof hangt de geldigheid van een selectief distributiestelsel echter niet ervan af dat de producent in staat is te garanderen dat het betrokken stelsel geen lacunes vertoont (arresten van 13 januari 1994, Cartier, zaak C-376/92; en 5 juni 1997, VAG Händlerbeirat, zaak C-41/96).

De verwijzende rechter gaat derhalve in overeenstemming met de Duitse literatuur en rechtspraak ervan uit dat het feit dat een selectief distributiestelsel lacunes vertoont, niet betekent dat het niet zonder discriminatie wordt toegepast, voor zover aan de leemten in het distributiestelsel een navolgbaar en niet-willekeurig distributiebeleid ten grondslag ligt [OMISSIS].

Dat is volgens het overgelegde bewijs in casu het geval. Volgens de verwijzende rechter staat enerzijds vast dat verweerster zelf rechtstreeks geen producten levert aan „amazon” of „ebay”, noch aan discounters. Anderzijds staat vast dat verzoekster een stelsel in het leven heeft geroepen dat in beginsel geschikt is om te waarborgen dat de producten alleen worden geleverd aan handelaren die de normen van de selectiegedistributieovereenkomst naleven. Al vinden er feitelijk telkens weer schendingen plaats doordat contracthandelaren de producten van hun kant in strijd met het contract aan derde handelaren doorverkopen, dan wel door grijze invoer van buiten de interne markt, blijkt niet dat dergelijke schendingen door verzoekster stelselmatig worden geduld.

2) Ook het feit dat verzoekster toestaat dat haar producten in vliegtuigen en op luchthavens worden verkocht in een omgeving waarin ook „goedkope producten” worden aangeboden, doet in de visie van de verwijzende rechter geen afbreuk aan de discriminatievrije toepassing van haar selectiegedistributienetwerk. Verzoekster voert in dit opzicht op overtuigende wijze aan dat hiermee de vroegere duty free-verkoop wordt voortgezet, hetgeen in de sector gebruikelijk is. Alhoewel een vliegreis vandaag de dag niet meer per se als iets „bijzonders” wordt beschouwd, lijkt de verkoop in vliegtuigen en op luchthavens, waarvoor de aankoop van een vliegticket dwingend vereist is, toch ver genoeg af te staan van de algemene verkoop in buiten luchthavens gelegen winkels of van een voor iedereen toegankelijk aanbod op internet dat niet behoeft te worden gevreesd dat het luxe-imago hierdoor wordt aangetast.

V. Derde en vierde prejudiciële vraag:

[Or. 13]

De derde en de vierde prejudiciële vraag hebben betrekking op de vraag of voor het geval dat het selectiegedistributiestelsel van verzoekster een mededingingsbeperkende werking heeft in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, dit niettemin is vrijgesteld uit hoofde van artikel 101, lid 2, VWEU juncto verordening nr. 330/2010.

In de visie van de verwijzende rechter is die vraag, gezien de stand van de feiten en van het geding, slechts relevant voor de beslechting van het geding indien het Hof de eerste en de tweede prejudiciële vraag ontkennend beantwoordt.

In casu doet de verwijzende rechter als appelrechter echter niet in laatste instantie uitspraak en kan niet worden uitgesloten dat de cassatierechter met betrekking tot de vraag of ook aan de overige voorwaarden voor een niet mededingingsbeperkend selectiestelsel is voldaan, blijkt geeft van een andere rechtsopvatting. Anderzijds kan er tot de uitspraak van het in hoger beroep te wijzen arrest van de verwijzende rechter ook verandering komen in de feitelijke omstandigheden. Tegen die achtergrond wordt het Hof verzocht de derde en de

vierde prejudiciële vraag ook dan te beantwoorden indien het de eerste en de tweede prejudiciële vraag bevestigend beantwoordt.

1) Mocht, in tegenstelling tot de opvatting van de verwijzende rechter, niet zijn voldaan aan de voorwaarden voor een geoorloofd selectief distributiestelsel, zou een schending van artikel 101, lid 1, VWEU moeten worden vastgesteld.

Anders dan verzoekster meent, kan er namelijk niet van worden uitgegaan dat het litigieuze verbod op gebruikmaking van platforms van derden de mededinging slechts in geringe mate belemmert en derhalve niet aanmerkelijk is. Zelfs al kan de beperking van de mededinging nog niet als „mededingingsbeperking naar strekking” worden beschouwd, hetgeen bij een volledig internetverbod het geval zou zijn, blijkt in elk geval niet dat de door de Commissie in de punten 8 tot en met 12 van de vigerende de-minimisededeling (PB 2014, C 291, blz. 1) vastgelegde marktaandeeldrempels in casu niet worden gehaald. Het argument van verzoekster dat de beperking niet aanmerkelijk is omdat de internetverkoop van haar cosmetica slechts 10 % van de totale omzet vertegenwoordigt, houdt geen steek, aangezien de gehele door de overeenkomst bestreken markt in aanmerking moet worden genomen. Overigens valt te verwachten dat de online handel ook in deze sector, zoals op tal van andere gebieden, gestaag zal toenemen. Aan de andere kant is de verwijzende rechter met het Bundeskartellamt (Duitse mededingingsautoriteit) van opvatting dat wanneer online marktplaatsen principieel worden verboden, de kansen van kleine en middelgrote handelaren duidelijk kleiner worden [OMISSIS].

[Or. 14]

Derhalve moet worden onderzocht of voor de selectiegedistributieovereenkomst een vrijstelling geldt uit hoofde van artikel 2, lid 1, van verordening nr. 330/2010.

2) Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 330/2010 verzet zich niet tegen een vrijstelling. Volgens die bepaling komt een vrijstelling slechts in aanmerking indien de marktaandelen van de bij een verticale overeenkomst betrokken contractpartners elk niet meer bedragen dan 30 % van de relevante markt.

In feitelijk opzicht moet daarbij worden uitgegaan van een markt voor luxe cosmetica. Aangezien het luxe-imago voor de consument juist een belangrijk criterium is om de betrokken producten van soortgelijke producten te onderscheiden, bestaat er slechts een geringe mate van substitueerbaarheid tussen luxe cosmetische producten en andere producten uit soortgelijke marktsegmenten (Gerecht van de Europese Unie, arrest *Lelerc/Commissie* [reeds aangehaald], punt 108; [OMISSIS]).

In geografisch opzicht gaat de verwijzende rechter er met de partijen van uit dat een Duitse (deel-)markt doorslaggevend is.

Uitgaande van de door partijen overgelegde stukken is de verwijzende rechter van mening dat niet alleen verweerster, bij wie buiten kijf staat dat haar marktaandeel kleiner is, maar ook verweerster op de relevante markt over een marktaandeel van minder dan 30 % beschikt.

Relevant is derhalve of het litigieuze verbod moet worden aangemerkt als hardcore beperking in de zin van artikel 4 van verordening nr. 330/2010.

3) Volgens **artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010** is de vrijstelling niet van toepassing op verticale overeenkomsten die direct of indirect gericht zijn op „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 de derde prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van voornoemde bepaling.

a) Vóór een kwalificatie van een verbod als het litigieuze als hardcore beperking in de zin van artikel 4, onder b), zou kunnen pleiten dat het met name de verkoop via platforms met een groot bereik [**Or. 15**] als „amazon” of „ebay” uitsluit, waardoor de kring van de voor de handelaar bereikbare online klanten wordt beperkt. De producent is het er namelijk vooral om te doen de afzet te verbieden aan online klanten die zich via de genoemde platforms over het productaanbod willen informeren en hun koopbeslissing willen nemen [OMISSIS].

b) Daartegen pleit dat de klanten van de platforms van derden waarschijnlijk niet van andere online klanten kunnen worden onderscheiden. De (potentiële) klanten van dergelijke platforms kunnen zonder problemen ook via andere distributiekanaalen op internet worden bereikt [OMISSIS].

Overigens kan ervan worden uitgegaan dat door het platformverbod geen afbreuk wordt gedaan aan het door de Commissie met artikel 4, onder b), van verordening nr. 330/2010 beoogde doel. Dit bestaat volgens de punten 50 en 168 van de richtsnoeren erin marktverdeling te voorkomen, omdat daardoor prijsdiscriminatie wordt vergemakkelijkt en collusie op zowel het niveau van de leveranciers als op het niveau van de distributeurs in de hand wordt gewerkt.

c) Verzoekster stelt bovendien dat in zoverre de uitzondering op de beperking van artikel 4, onder b), punt i), hoe dan ook van toepassing is, omdat het bij verkoop via het platform van derden, anders dan bij verkoop via de eigen website van de handelaar, om actieve verkoop gaat [OMISSIS]. Dit lijkt echter twijfelachtig, aangezien de klanten over het algemeen uit eigen beweging en niet naar aanleiding van concrete (reclame-)maatregelen van de handelaar naar de website van een platform zullen gaan en om daar naar producten te zoeken.

4) Volgens **artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010** is de vrijstelling voorts niet van toepassing op de „beperking van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op het detailhandelsniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel”.

a) Onder die hardcore beperking valt volgens algemene opinie en ook volgens de rechtspraak van het Hof een volledig (de facto) verbod voor de afnemer om het product via internet te verkopen (arrest van Hof Pierre Fabre en punt 56 van de richtsnoeren [OMISSIS]).

[Or. 16]

b) Echter valt niet elke regulering van de online handel zonder meer onder die clause. Ook op dit gebied kan de aanbieder kwaliteitsnormen opleggen aan de afnemer. De criteria voor de online verkoop moeten hetzelfde doel nastreven en vergelijkbare resultaten hebben als de criteria voor de offline handel (punt 56 van de richtsnoeren [OMISSIS]).

c) Welke normen in dat verband nog als toegestane beperking worden beschouwd, staat niet precies vast.

Volgens de „logo-clausule” van punt 54 van de richtsnoeren zou de in casu litigieuze clause nog zijn toegestaan.

Het Bundeskartellamt en anderen zijn daarentegen van opvatting dat een absoluut verbod van verkoop via online marktplaatsen – waarbij over het algemeen het logo van de marktplaats naar buiten toe zichtbaar is – gericht is tegen de online verkoop op zich en niet vergelijkbaar is met voor de fysieke handel geldende kwaliteitsnormen [OMISSIS].

In dat verband moet in casu uiteraard ook in aanmerking worden genomen dat verzoekster haar depositairs toestaat om op internet via platforms van derden reclame te maken en zoekmachines te gebruiken, waardoor de mededingingsbeperkende werking van het litigieuze verbod duidelijk van zijn scherpe kanten wordt ontdaan. Iedere klant die het betrokken soort product op internet zoekt, zal daarbij normaliter gebruik maken van zoekmachines en op de websites van de depositairs van verzoekster belanden, waar hij de producten dan kan aanschaffen. Het feit dat grotere handelaren door meer te betalen hoger in de zoeklijsten van de zoekmachines zouden kunnen worden geplaatst dan kleinere, komt in de visie van de verwijzende rechter nog niet neer op een verkoopbeperking voor kleinere handelaren.

De verwijzende rechter verzoekt het Hof derhalve ook om uitlegging van artikel 4, onder c), van verordening nr. 330/2010.

[OMISSIS]