

Coty: beperking verkoop via internetplatforms mag

Het Hof van Justitie corrigeert Pierre Fabre maar had krachtiger leiding kunnen geven

Mr. G. Oosterhuis*

Deze bijdrage betreft de prejudiciële uitspraak van het Hof van Justitie in het geschil tussen Coty Germany GmbH (Coty) en Parfümerie Akzente GmbH (Akzente).¹ Het Hof van Justitie oordeelt dat een selectief distributiestelsel verenigbaar kan zijn met het Europese mededingingsrecht indien het is vormgegeven om het luxe-imago van de betreffende producten te beschermen. In dat kader kan ook een verbod aan distributeurs om luxeproducten via platforms van derden te verkopen toegestaan zijn en vormt een dergelijk platformverbod geen hardcore beperking als bedoeld in Verordening (EU) nr. 330/2010. De uitspraak corrigeert *Pierre Fabre* maar geeft minder krachtig leiding dan had gekund.

HvJ 6 december 2017, zaak C-230/16, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:91.

Rechtskader

Artikel 101 lid 1 VWEU

Het rechtskader van deze geschillen wordt gevormd door het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU. Daarnaast zijn van belang de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten in Verordening. 330/2010² en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Commissie (Richtsnoeren Verticalen).³

* Mr. G. (Gerrit) Oosterhuis is advocaat bij Houthoff te Brussel.

1. HvJ 6 december 2017, zaak C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:91 (hierna: *Coty*).
2. 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 330/2010).
3. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van 19 mei 2010, *PbEU* 2010, C 130/01 van de Europese Commissie (hierna: Richtsnoeren Verticalen).

Verordening (EU) nr. 330/2010

Verordening 330/2010 geeft een vrijstelling voor selectieve distributiestelsels. Deze zijn gedefinieerd als distributiestelsels waarbij de producent – ook leverancier genoemd – zich ertoe verbindt de contractgoederen slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden deze goederen niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen.⁴ Het voordeel van deze vrijstelling gaat verloren als de overeenkomst zogenoemde hardcore beperkingen bevat, die omschreven zijn in artikel 4 Verordening 330/2010. Voor het arrest *Coty* zijn relevant de hardcore beperkingen van artikel 4 sub b en sub c Verordening 330/2010, te weten beperkingen van het gebied waarin c.q. de klanten aan wie een distributeur contractgoederen of diensten mag verkopen, respectievelijk beperkingen van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door leden van een selectief distributiestelsel.

Wat de reikwijdte van artikel 4 sub c Verordening 330/2010 betreft, zet de Commissie in de Richtsnoeren Verticalen uiteen dat zij verkoop via een website over het algemeen als passieve verkoop beschouwt.⁵ Het beperken van de verkoop via een website vormt daarmee, aldus de Commissie, een hardcore beperking van de mededinging. Wel kan, nog steeds volgens de Commissie, de leverancier kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een internetsite, zoals hij dit ook kan voor een winkel of reclame en promotie in het algemeen.⁶ Dit wordt wel het vereiste van equivalentie genoemd: de leverancier mag geen hogere of andere eisen stellen aan verkoop via het internet in vergelijking met verkoop via fysieke winkels. Wat de verkoop via

4. Art. 1 lid 1 sub e Verordening 330/2010.

5. Randnr. 52 Richtsnoeren Verticalen.

6. Randnr. 54 Richtsnoeren Verticalen.

platforms⁷ betreft, werkt de Commissie dit uit door te zeggen dat de leverancier kan bepalen dat platforms aan dezelfde eisen moeten voldoen als de distributeur zelf en dat de klanten de website van de distributeur niet moeten kunnen bezoeken via een site die de naam of het logo van een derde draagt.⁸ Dit laatste wordt wel de logoclausule genoemd.

Pierre Fabre: de controverse

Naast artikel 101 lid 1 VWEU en Verordening 330/2010 is van belang de rechtspraak van het Hof van Justitie over beperking van internetverkoop. Merkproducenten worstelen met verkoop via internet. Enerzijds kan de aanwezigheid van een product op het internet leiden tot de verkoop van grotere volumes. Anderzijds zijn vooral producenten van luxemerken zeer beducht voor het prijsreducerende effect dat van verkoop via internet – en dan vooral van verkoop via platforms – uitgaat. Vele proberen daarom verkoop op platforms te beperken. Zij staan daarin tegenover felle tegenstanders, zoals de Duitse en Franse mededingingsautoriteiten, die menen dat (vrijwel) elke beperking van de verkoop via internet de strekking heeft de mededinging te beperken en dus nooit toegestaan kan zijn.⁹

In het arrest *Pierre Fabre*¹⁰ was aan de orde een producent van huid- en haarverzorgingsproducten Pierre Fabre die *de facto* elke vorm van verkoop via internet verbodt.¹¹ Het Hof van Justitie overwoog dat dit een beperking vormt van de mogelijkheid om contractproducten (passief) buiten het activiteitengebied te verkopen en dit verbod dus de mededinging kan beperken.¹²

Voorts overwoog het Hof van Justitie in het arrest *Pierre Fabre* dat selectieve distributieovereenkomsten bij gebreke van een objectieve rechtvaardiging worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken,¹³ en ten slotte dat de instandhouding van een prestigieus imago niet kan rechtvaardigen dat een contractbepaling die een dergelijke doelstelling nastreeft buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU valt.¹⁴ Van het arrest *Coty* werd gehoopt dat het de reikwijdte van deze laatste twee overwegingen zou verhelderen.

Feiten Coty

Coty is de Duitse dochter van de Amerikaanse Coty-groep, die actief is met de productie en verkoop van cosmetica, huidverzorgingsproducten en parfums. Coty onderscheidt zelf onder meer de divisies Luxury (Marc Jacobs, Gucci) en Consumer Beauty (Playboy, Katy Perry).¹⁵ Akzente is een Duitse cosmeticaketen met een eigen webshop. Daarnaast verkoopt zij via het platform Amazon.de. Akzente is een erkend distributeur binnen het selectieve distributiestelsel van Coty.¹⁶ Coty's distributieovereenkomst bepaalt dat het de distributeur bij verkoop via internet niet is toegestaan een andere naam te gebruiken of een derde, niet-erkende, onderneming in te schakelen. De bepaling verbiedt daarmee *de facto* wederverkoop via platforms zoals Amazon en eBay.

Coty heeft bij de Duitse rechter een verklaring voor recht gevraagd dat het Akzente op grond van deze bepaling verboden is 'Prestigemerken' van Coty te verkopen via Amazon.de. Deze vordering wordt afgewezen. De nationale rechter in eerste instantie overweegt dat de luxe aard van de producten geen rechtvaardiging vormt voor een selectief distributiestelsel en dat het verbod op verkoop via platforms een hardcore beperking vormt in de zin van artikel 4 sub c Verordening 330/2010.¹⁷ Vervolgens oordeelt de rechter dat de overeenkomst niet vrijgesteld kan worden op grond van artikel 101 lid 3 VWEU, omdat even geschikte maatregelen met voor de mededinging minder beperkende gevolgen mogelijk waren, zoals het toepassen van specifieke kwaliteitsnormen voor platforms van derden.¹⁸ In beroep stelt het Oberlandesgericht Frankfurt am Main vier prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Arrest

Eerste vraag

De eerste vraag luidt of selectieve distributiestelsels die primair tot doel hebben het luxe-imago van de betreffende artikelen in stand te houden verenigbaar zijn met artikel 101 lid 1 VWEU. Het Hof van Justitie overweegt dat overeenkomsten die een selectief distributiestelsel vormen noodzakelijkerwijs de mededinging beïnvloeden.¹⁹ Het oordeelt echter dat het luxekarakter van producten een rechtvaardiging kan vormen voor een selectief distributiestelsel, met als gevolg dat dit stelsel alsnog buiten het bereik van het kartelverbod valt.

Het Hof van Justitie herinnert eraan dat volgens vaste rechtspraak een selectief distributiestelsel buiten het bereik van artikel 101 lid 1 VWEU valt als aan drie eisen is voldaan: ten eerste worden de wederverkopers gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve

7. Met platforms wordt hier bedoeld online platforms die de gelegenheid bieden voor het ontstaan van transacties tussen (vooral) retailers en consumenten (maar op eBay ook veel transacties tussen consumenten).

8. Randnr. 54 Richtsnoeren Verticalen.

9. Onder meer de key note speech van Andreas Mundt tijdens de IBA 21ste Annual Competition Conference op 8 en 9 september 2017 te Florence (een verslag daarvan is te vinden o.a. op mlex onder de titel 'Internet-sales restrictions in Coty case would threaten SMEs' survival, Mundt says').

10. HvJ 13 oktober 2011, zaak C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/Président de l'Autorité de la concurrence en Ministre de l'Économie, de l'Industrie en de l'Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649 (hierna: *Pierre Fabre*).

11. *Pierre Fabre*, r.o. 37.

12. *Pierre Fabre*, r.o. 38.

13. *Pierre Fabre*, r.o. 39.

14. *Pierre Fabre*, r.o. 46.

15. Zie www.coty.com.

16. *Coty*, r.o. 8 en 9.

17. *Coty*, r.o. 17.

18. *Coty*, r.o. 19.

19. *Coty*, r.o. 23.

aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast; ten tweede maken de eigenschappen van het betrokken product een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk om de kwaliteit ervan te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren (noodzakelijkheidsvereiste); en ten derde gaan de vastgestelde criteria niet verder dan noodzakelijk is (proportionaliteitsvereiste).²⁰ Wat betreft het noodzakelijkheidsvereiste preciseert het Hof van Justitie dat het luxekarakter van producten volstaat om deze eis te vervullen. Het Hof van Justitie vat samen dat de kwaliteit van luxeproducten niet alleen kan samenhangen met hun materiële kenmerken zoals hun hoogtechnologische aard, maar ook kan voortvloeien uit hun luxueuze uitstraling die essentieel is opdat de consument ze kan onderscheiden van andere soortgelijke producten. Daarom kan een aantasting van die luxueuze uitstraling afbreuk doen aan de kwaliteit zelf van deze producten, aldus het Hof van Justitie.²¹ Hiermee legt het Hof van Justitie een bruggetje van de term kwaliteit – die in het arrest *Metro* begrepen moest worden als een begrip dat vooral zag op hoogtechnologische vereisten – naar kwaliteit in de zin van luxe uitstraling.

Het Hof van Justitie overweegt dat een selectief distributiestelsel waarbij wordt gewaarborgd dat de producten in het verkooppunt worden gepresenteerd op een manier die hun waarde versterkt, bijdraagt aan de reputatie van de betrokken producten en dus aan behoud van de luxueuze uitstraling. Selectieve distributie kan dus noodzakelijk zijn om het behoud van de kwaliteit van de betreffende producten te verzekeren.²² Het noodzakelijkheidsvereiste valt dus samen met het vereiste de (gewenste) luxueuze uitstraling te beschermen. Betoogd is dat uit *Pierre Fabre* volgt dat het prestigieuze karakter van producten geen rechtvaardiging kan vormen voor een selectief distributiestelsel.²³ In *Pierre Fabre* overwoog het Hof van Justitie immers:

‘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.’²⁴

Het Hof van Justitie overweegt in *Coty* dat het arrest *Pierre Fabre* gaat over een absoluut verbod tot verkoop via het internet en enkel bepaalt dat een dergelijk absoluut verbod niet gerechtvaardigd kan worden door het

prestigieuze karakter van het betreffende product.²⁵ Een beginselverklaring dat bescherming van het luxe-imago überhaupt geen rechtvaardiging meer kan vormen voor een mededingingsbeperking, zoals die voortvloeit uit een stelsel van selectieve distributie, kan uit *Pierre Fabre* niet worden afgeleid.²⁶ Uiteraard geeft het Hof van Justitie niet toe dat het dit wel erg ongelukkig geformuleerd had in *Pierre Fabre*.

Tweede vraag

De tweede vraag is of een selectief distributiestelsel ook verenigbaar is met artikel 101 lid 1 VWEU als het een platformverbod bevat. Het Hof van Justitie antwoordt dat een platformverbod dat deel uitmaakt van een selectief distributiestelsel en bedoeld is om het luxe-imago van de producten te beschermen, toegestaan is, mits is voldaan aan de onder de eerste vraag genoemde voorwaarden.²⁷

Aangezien de verwijzende rechter al had overwogen dat het platformverbod objectief en uniform is geformuleerd en non-discriminatoir wordt toegepast, komt alleen nog aan de orde of het verbod een evenredig middel is om het luxe karakter van goederen te beschermen. Evenredigheid valt uiteen in geschiktheid en noodzakelijkheid. Het Hof van Justitie acht het platformverbod een geschikt middel om een luxe-imago te beschermen, en wel om drie redenen. Ten eerste beoogt het verbod dat de betreffende producten alleen worden geassocieerd met de geselecteerde distributeurs. Het Hof van Justitie wijst erop dat het al in *Copad* had overwogen dat een dergelijke exclusieve verbinding tussen erkende wederverkopers en de relevante producten een geschikte manier is om een luxe-imago te behouden.²⁸ Ten tweede garandeert het platformverbod dat de producent controle behoudt over de wijze van verkopen van de producten dankzij een rechtstreekse contractuele band met alle distributeurs. Deze controle is afwezig of kleiner als distributeurs via platforms van derden verkopen.²⁹ Ten derde voorkomt het platformverbod, aldus het Hof van Justitie, dat de relevante goederen samen met allerlei andere goederen worden verkocht.³⁰

Wat de noodzakelijkheid van het platformverbod betreft, wijst het Hof van Justitie er ten eerste op dat het geen absoluut verbod op verkoop via het internet betreft: de distributeur kan gebruikmaken van zijn eigen webshop en zelfs van kanalen van derden zolang de consument hier niets van ziet. Ten tweede benadrukt het Hof van Justitie dat, volgens de voorlopige resultaten van het sectorale onderzoek van de Commissie naar de elektronische handel, voor 90 procent van de bevroegde retailers hun eigen webwinkel het belangrijkste elektronische verkoopinstrument is.³¹ Daaruit constateert het

20. *Coty*, r.o. 24. Deze eisen zijn meest recent in *Pierre Fabre* zo samengevat: *Pierre Fabre*, r.o. 41. Zij waren al veel eerder in de zaak *Metro* geformuleerd: HvJ 25 oktober 1977, zaak 26/76, *Metro SB – Grossmärkte BmbH & Co. KG/Commissie*, ECLI:EU:C:1977:167 (hierna: *Metro*).

21. *Coty*, r.o. 25, onder verwijzing naar HvJ 23 april 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260 (hierna: *Copad*), r.o. 24-26. *Copad* verwijst zelf naar *L'Oréal*: HvJ 11 december 1980, zaak 31/80, *L'Oréal*, ECLI:EU:C:1980:289, r.o. 16.

22. *Coty*, r.o. 26-28.

23. Zie o.a. J. Knibbe, 'Selective Distribution and the ECJ's Judgment in *Pierre Fabre*', *European Competition Law Review* 2012, nr. 33, p. 450.

24. *Pierre Fabre*, r.o. 46.

25. *Coty*, r.o. 34.

26. *Coty*, r.o. 35.

27. *Coty*, r.o. 40.

28. *Coty*, r.o. 44-46, onder verwijzing naar *Copad*, r.o. 28 en 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

29. *Coty*, r.o. 47-50 en 56.

30. *Coty*, r.o. 51.

31. Het Hof van Justitie geeft de relevante vindplaats niet, maar aangenomen kan worden dat het doelt op de volgende passage: '92% of res-

Hof van Justitie dat het platformverbod niet verder gaat dan nodig is.³² In dit kader overweegt het Hof van Justitie ten slotte dat een leverancier beter controle kan uitoefenen op de naleving van zijn kwaliteitseisen in een directe contractuele relatie, dan wanneer hij afhankelijk zou zijn van zijn erkende distributeur voor de handhaving van deze eisen jegens een derde platform. Het platformverbod is dus, aldus het Hof van Justitie, verenigbaar met artikel 101 lid 1 VWEU.

Vragen drie en vier

De derde vraag van de verwijzende rechter luidt of een platformverbod een beperking naar strekking van de klantenkring van de detailhandelaar vormt in de zin van artikel 4 sub b Verordening 330/2010. De vierde vraag is of een platformverbod een beperking naar strekking van de passieve verkopen aan de eindgebruiker vormt als bedoeld in artikel 4 sub c Verordening 330/2010. Deze vragen behandelt het Hof van Justitie gezamenlijk. Het Hof van Justitie overweegt dat het platformverbod geen absoluut verbod op verkoop via internet vormt en dat het evenmin mogelijk is een specifieke groep klanten aan te wijzen die via platforms koopt. Ten slotte overweegt het Hof van Justitie dat de geselecteerde distributeurs van Coty onder bepaalde voorwaarden kunnen adverteren via het internet en tevens door het gebruik van online zoekmachines reclame mogen maken, zodat de klant met behulp van dergelijke zoekmachines normalerwijs toegang kan hebben tot het internetaanbod van erkende wederverkopers. In dit licht meent het Hof van Justitie dat het platformverbod geen hardcore beperking vormt in de zin van artikel 4 sub b (beperking van de klantenkring van de distributeur) of c (beperking van de passieve verkoop aan eindgebruikers) Verordening 330/2010.³³

Bespreking

Van Coty werd gehoopt dat dit arrest meer duidelijkheid zou bieden over twee overwegingen in *Pierre Fabre*, namelijk ten eerste dat selectieve distributieovereenkomsten bij gebreke van een objectieve rechtvaardiging worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken,³⁴ en ten tweede dat de instandhouding van een prestigieus imago niet kan rechtvaardigen dat een

pondent retailers are selling via their own website (which does not exclude that they also sell via other sales channels). Around a third of respondent retailers are selling via a marketplace or supply data-feeds to price comparison tools in order to advertise their products. 38 respondents (representing approximately 4% of respondent retailers) were selling online only via marketplaces, i.e. without having their own website. 22 of these respondents were not selling offline. For them, marketplaces are the only sales channel they rely on.' *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD (2016) 312 final, punt 71. Hetzelfde komt naar voren in punt 39 (i) van het *Final Report*. Zie: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html#findings.

32. Coty, r.o. 55.

33. Coty, r.o. 62-69.

34. *Pierre Fabre*, r.o. 39.

contractbepaling die een dergelijke doelstelling nastreeft buiten artikel 101 lid 1 VWEU valt.³⁵ Deze twee overwegingen werden in de literatuur op zeer uiteenlopende reacties onthaald, zoals hierna besproken wordt.

Pierre Fabre gecorrigeerd inzake rechtvaardiging selectieve distributie voor luxeproducten

Eenzijds was er waardering dat het Hof van Justitie de mogelijkheid voor producenten tot het opleggen van verticale beperkingen in *Pierre Fabre* inperkte, vanuit de visie dat dit zou bijdragen aan prijsdruk op (merk)producten en meer keuzevrijheid voor de consument.³⁶ Anderzijds was er kritiek, onder meer omdat de lat voor het mogen hanteren van een selectief distributiestelsel door *Pierre Fabre* wel heel erg hoog werd gelegd.³⁷ Advocaat-generaal Mazák suggereerde zelfs dat een selectief stelsel enkel gerechtvaardigd kon worden als het een legitiem doel van publiekrechtelijke aard nastreefde.³⁸ Deze insteek wordt voor de praktijk niet alleen onwerkbaar – een selectief distributiestelsel is dan vrijwel nooit mogelijk – maar wordt ook arbitrair geacht. Immers, in het arrest *Auto24/JLR* overwoog het Hof van Justitie, in het kader van Verordening (EG) nr. 1400/2002,³⁹ dat in het kader van een kwantitatief selectief distributiestelsel voor motorvoertuigen de gehanteerde kwantitatieve vereisten niet hoeven te berusten op objectief gerechtvaardigde criteria die eenvormig en zonder onderscheid worden toegepast op eenieder die om erkenning verzoekt.⁴⁰ De combinatie van de arresten *Pierre Fabre* en *Auto24/JLR* zou zogenoemd betekenen dat boven de marktaandeeldrempel van een groepsvrijstelling een selectief distributiestelsel niet of nauwelijks te rechtvaardigen is, terwijl beneden die drempel een dergelijke stelsel niet alleen toegestaan is maar zelfs arbitraire kwantitatieve criteria zou kunnen hanteren. Zulke kwantitatieve criteria zouden dus ook gericht kunnen zijn op het weren van spelers die sterk op verkoop via internet gericht zijn. Dit lijkt geen coherente uitkomst.⁴¹ Fundamenteeler is de kritiek dat *Pierre Fabre*, althans naar de letter van het arrest, domweg in strijd is met

35. *Pierre Fabre*, r.o. 46.

36. Zie o.a. S. Wastinger en L. Solek, 'Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems', *World Competition* 2016, nr. 2, p. 291-306.

37. Zie o.a. Y. de Vries, 'Kan selectieve distributie de internetdistributeur buiten de deur houden?', *Tijdschrift mededingingsrecht in de praktijk* 2013, nr. 2, p. 77 e.v. en P. Lugard, 'Clicks & Bricks, mededingingsrechtelijke aspecten van internetverkoop', *SEW* 2014, nr. 10, p. 432 e.v.

38. Conclusie A-G Mazák, zaak C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS/ Président de l'Autorité de la Concurrence*, ECLI:EU:C:2011:113, par. 35.

39. Zie art. 1 lid 1 sub f tot en met h Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector.

40. HvJ 14 juni 2012, zaak C-158/11, *Auto 24 SARL/Jaguar Land Rover France SAS*, ECLI:EU:C:2012:351.

41. Lugard 2014, p. 432 e.v. en C. De Faveri, 'The Assessment of Selective Distribution Systems Post-Pierre Fabre', *Global Antitrust Review* 2014, p. 163.

eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie.⁴² In de arresten *Metro I*⁴³ en *Metro II*⁴⁴ had het Hof van Justitie immers al geoordeeld dat een selectief distributiestelsel gerechtvaardigd kon zijn bij de verkoop van technisch complexe producten, namelijk door de noodzaak daarbij voorlichting te geven. In het arrest *Leclerc* oordeelde het Hof van Justitie dat ook de luxe-aard van een product selectieve distributie kon rechtvaardigen.⁴⁵ *Pierre Fabre* legt niet uit waarom een selectief distributiestelsel nu ineens een doelbeperking zou vormen die vrijwel nooit gerechtvaardigd kan worden.⁴⁶

Deze kritiekpunten vervallen grotendeels met de overweging van het Hof van Justitie in *Coty* dat enkel in geval van een totaalverbod op verkoop via internet het prestigieuze karakter van producten geen rechtvaardiging kan vormen voor een selectief distributiestelsel.⁴⁷ Ook de ogenschijnlijke strijd tussen *Pierre Fabre* en *Auto24/JLR* vervalt gezien de overweging in *Coty* dat een platformverbod geen *hardcore* beperking vormt in de zin van artikel 4 sub b Verordening 330/2010.⁴⁸

Beoordeling onder lid 1 of lid 3?

In *Pierre Fabre* plaatst het Hof van Justitie de analyse van selectieve distributie in het kader van artikel 101 lid 1 WVEU, door een objectieve rechtvaardiging voor een dergelijk stelsel te eisen op grond waarvan het niet onder het kartelverbod valt.⁴⁹ Gesteld is dat dit niet (meer) passend is onder het Europese Mededingingsrecht, omdat de afweging van voor- en nadelen eerder thuishoort in een analyse onder artikel 101 lid 3 WVEU. Ook schept een analyse onder artikel 101 lid 1 WVEU een presumptie dat de relevante afspraak verboden is, hetgeen geen recht zou doen aan het inzicht dat verticale beperkingen lang niet altijd negatief zijn voor de mededinging.⁵⁰ Het Hof van Justitie beoordeelt in *Coty* de toelaatbaarheid van het selectieve distributiestelsel opnieuw in het kader van artikel 101 lid 1 WVEU. Wel is de beoordeling gebaseerd op een vrij grondige beoordeling van de feitelijke omstandigheden, wat wellicht toch tot een voor de praktijk werkbare situatie leidt.

Doelbeperking: algehele ban internetverkoop en platformverbod

Een van de meest fundamentele aspecten van *Pierre Fabre* is het oordeel dat een algeheel verbod op verkoop via internet geacht wordt ertoe te strekken de mededin-

ging te beperken. *Coty* bevat geen enkele aanwijzing dat het Hof van Justitie op dit standpunt zou willen terugkomen. Op dit standpunt is echter wel kritiek uitgevoerd.⁵¹ Er wordt op gewezen dat in eerdere rechtspraak is geoordeeld dat een verbod op postorderverkoop voor luxeproducten wel degelijk gerechtvaardigd kan zijn.⁵² Nu is het zo dat een distributeur dankzij (interactieve) websites, meer dan bij postorderverkoop, voorlichting bij producten kan geven. Met zulke voorlichting wordt aan één van de behoeftes bij de distributie van luxeproducten tegemoet gekomen. Het verschil in mate van voorlichting is echter zodanig gradueel dat het een fundamenteel verschil in waardering tussen het verbod op postorderverkoop en het verbod op internetverkoop niet – althans niet zonder expliciete uitleg – rechtvaardigt.⁵³ Een verbod op verkoop via internet betreft immers geen volledig verbod te verkopen aan afnemers uit bepaalde categorieën of gebieden. Het betreft een beperking van een manier van verkopen en van de vindbaarheid: dit zijn in beginsel geen *hardcore* beperkingen.⁵⁴ Het verschil in waardering tussen het verbod op postorderverkoop enerzijds en internetverkoop anderzijds, betreft waarschijnlijk de vindbaarheid. Internet opent de deur naar vindbaarheid in de gehele Unie. Dat was bij postorderverkoop met veelal papieren catalogi in de nationale taal veel minder het geval. De banvloek van mededingingsautoriteiten en het Hof van Justitie over het verbod op verkopen via het internet kan dan ook het beste begrepen worden als beleid dat bedoeld is de interne markt te versterken.⁵⁵

Verdedigd is dat het platformverbod een beperking zou inhouden van de klantenkring van de distributeur.⁵⁶ Deze stelling is in *Coty* expliciet verworpen:⁵⁷ het is dan ook enigszins gekunsteld een aparte categorie van ‘platform-consumenten’ te onderscheiden.

Ten slotte is gesteld dat het equivalentievereiste in de weg staat aan het platformverbod.⁵⁸ In *Coty* wordt het equivalentievereiste niet besproken en derhalve (schijnbaar) niet relevant geacht. Ik wijs in dit kader echter op artikel 4 sub c Verordening 330/2010, dat een vrijstelling bevat voor de leverancier om een erkende distributeur te verbieden vanuit een niet-erkende vestigingsplaats werkzaam te zijn. Als een platform wordt gezien als een bijkomende virtuele etalage voor de distributeur, lijkt het platformverbod juist een equivalent te zijn van

42. A.C. Witt, ‘Restriction on the use of third-party platforms in selective distribution agreements for luxury goods’, *European Competition Journal* 2016, nr. 2-3, p. 435-461.

43. *Metro*, r.o. 20.

44. HvJ 22 oktober 1986, zaak 75/84, *Metro SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:1986:399, r.o. 54.

45. Gerecht 12 december 1996, zaak T-19/92, *Groupement d’achat Edouard Leclerc/Europese Commissie*, ECLI:EU:T:1996:190.

46. Witt 2016, p. 435-461.

47. *Pierre Fabre*, r.o. 46.

48. *Coty*, r.o. 62-69. Er is in ieder geval geen spanning meer tussen wat is toegestaan binnen en buiten het bereik van de relevante groepsvrijstelling. Het Hof van Justitie komt gezien de aard van de vragen niet toe aan overwegingen inzake de mogelijkheid dat kwantitatieve criteria (in)direct de verkoop via internet beperken.

49. Zo ook in de beide *Metro*-arresten.

50. Witt 2016, p. 435-461.

51. G. Monti, ‘Restrictions on Selective Distribution Agreements’, *World Competition* 2013, nr. 4, p. 489-512.

52. J. Everaert, ‘Distributie en internet-handel’, *Computerrecht* 2001, nr. 1, p. 11 en R. Subiotto QC en C. Dautricourt, ‘The Reform of European Distribution Law’, *World Competition* 2011, nr. 1, p. 11-50.

53. Everaert 2001, p. 11 en Witt 2016, p. 435-461.

54. Witt 2016, p. 435-461.

55. R. Whish en D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 663 en Monti 2013, p. 489-512.

56. A. Ezrachi, ‘The Ripple Effects of Online Marketplace Bans’, *World Competition* 2017, nr. 1, p. 47-66 en S. Wartinger en L. Solek, ‘Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems’, *World Competition* 2016, nr. 2, p. 291-306.

57. *Coty*, r.o. 65 en 66.

58. Wartinger en Solek 2016, p. 291-306.

het verbod op het gebruik van een niet-erkende vestigingsplaats – en daarmee vrijgesteld.⁵⁹

Welke vragen lost dit in de praktijk op

De betekenis van *Coty* voor de praktijk bespreek ik aan de hand van een aantal bekende nationale besluiten over deze materie.

Discriminatie en uniforme toepassing

In een Duitse zaak over tassen van het merk Scout, weigerde Scout te leveren aan een retailer die de tassen mede op eBay had aangeboden. De rechter te Berlijn oordeelde dat het op zich legitiem is voor een producent om te proberen het imago van zijn producten te beschermen door verkopen via eBay te verbieden. Scout liet echter wel toe dat haar tassen in fysieke discountwinkels werden aangeboden. Het beleid van Scout werd daarom discriminerend geacht en dus in strijd met het kartelverbod.⁶⁰ Deze uitspraak is in overeenstemming met *Coty*: de verkoop van een luxeproduct via platforms als eBay mag verboden worden omdat het anders door associatie met alle andere producten die daar worden aangeboden, gezien kan gaan worden als een bulkproduct. De producent moet zijn kwaliteitsstandaarden echter wel uniform en niet-discriminerend toepassen op alle verkopers, of zij nu online of offline verkopen.⁶¹

Zoektermen

Het Bundeskartellamt dwong Adidas⁶² tot een schikking op grond waarvan Adidas niet langer de verkoop via platforms zou verbieden. Tevens zei Adidas toe haar wederverkopers niet langer te zullen verbieden zoektermen met de naam Adidas te gebruiken voor reclame via elektronische zoekmachines. Wat er ook zij van de vraag of de producten van Adidas luxeproducten zijn, ik meen dat Adidas met *Coty* in de hand een beroep kan doen op Verordening 330/2010 om haar platformverbod te handhaven (zie ook hierna onder ‘Wat is luxe’). Wel lijkt het Bundeskartellamt het juist te zien dat een distributeur de betreffende merknaam ten behoeve van zoekmachines moet kunnen hanteren. Het Hof van Justitie hecht er, in het kader van de proportionaliteit van het platformverbod, immers veel waarde aan dat de website van de retailer via zoekmachines vindbaar blijft.

Prijsvergelijkingsites

Het Bundeskartellamt oordeelde dat het verbod van *Asics* aan haar retailers om gebruik te maken van prijs-

vergelijkingsites een hardcore beperking vormt.⁶³ Dit oordeel werd zeer recent – na *Coty* – in hoogste instantie bevestigd door het Bundesgerichtshof.⁶⁴ Het Bundesgerichtshof weigerde hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie, omdat klip en klaar zou zijn dat sprake was van een hardcore beperking in de zin van artikel 4 sub c Verordening 330/2010.⁶⁵ Dit lijkt mij niet in overeenstemming met *Coty*. Immers, op grond van *Coty* is voor artikel 4 sub c Verordening 330/2010 doorslaggevend of de retailer online vindbaar is. Daartoe acht het Hof van Justitie het belangrijk dat de retailer kan investeren in vindbaarheid op zoekmachines en kan adverteren op sites van derden.⁶⁶ Prijsvergelijkingsites noemt het Hof van Justitie in dit kader niet.⁶⁷ Echter, het Bundesgerichtshof oordeelt dat een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingsites als zodanig een inbreuk vormt op artikel 4 sub c Verordening 330/2010. Dat is volgens mij in het licht van *Coty* alleen juist als dat enkele verbod de verkoop via internet al geheel onmogelijk zou maken. Van belang is daarbij dat de prijsvergelijkingsites in de passage in het ‘Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry’ waar het Hof van Justitie naar verwijst, op één hoop worden gegooid met platforms: als platforms op grond van de daar genoemde cijfers niet essentieel zijn voor verkoop via internet, is er geen reden dat prijsvergelijkingsites het wel zijn.⁶⁸ Het Bundesgerichtshof wijst de relevantie van dit rapport af.⁶⁹ Aangezien precies deze cijfers voor het Hof van Justitie een grote rol spelen in de waardering van de noodzakelijkheid van het platformverbod, meen ik dat het Bundesgerichtshof hiermee het toepassingsbereik van *Coty* ondermijnt.

Overigens lijkt het mij van belang dat prijsvergelijkingsites naar hun aard vooral de prijsconcurrentie benadrukken, en daarmee een aura van bulkproduct lijken te creëren. Ik acht het daarom, op grond van *Coty*, verdedigbaar dat een verbod op prijsvergelijkingsite naar zijn aard in ieder geval geschikt en waarschijnlijk ook noodzakelijk is voor het bewaken van het imago van een (luxe)product – en dus in voorkomende gevallen ook

63. BKartA 26 augustus 2015, Az. B2-98/11 – *Asics*, in beroep bevestigd door OLG Düsseldorf 6 april 2017, VI-Kart 13/15. Ook in de zaak over de rugzakken van Deuter (OLG Frankfurt 22 december 2015, Az. 11 U 84/14 Kart.) oordeelde het Hof te Frankfurt dat het gebruik van prijsvergelijkingsites een ongeoorloofde beperking van de prijsconcurrentie vormde. Wel oordeelde deze rechter dat het platformverbod een legitiem instrument was voor een producent om zijn merk te beschermen, in lijn met de arresten *Copad* en *Coty*.

64. BGH 12 december 2017, KVVW 41/17 (hierna: BGH).

65. BGH, r.o. 9-13.

66. *Coty*, r.o. 67.

67. *Asics* was restrictiever dan *Coty*: het verbod elk gebruik van platforms alsmede het gebruik door distributeurs van haar merk op zoekmachines. Op grond hiervan had het Bundesgerichtshof wellicht kunnen oordelen dat verkoop via internet door *Asics de facto* onmogelijk werd gemaakt en daarmee een *hardcore* beperking vormde in de zin van het arrest *Pierre Fabre*. Zie in deze zin ook A. Hazelhoff en K. Neuhaus, ‘German Federal Court’s *Asics* ruling may be at odds with recent EU judgment’, CMS blogs: <https://cms.law/en/INT/Publication/German-Federal-Court-s-ASICS-ruling-may-be-at-odds-with-recent-EU-judgment>.

68. Zie opnieuw *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD(2016)312 final, punt 71 of punt 39 (i) van het Final Report.

69. BGH, punt 27.

59. De Faveri 2014, p. 163 en Witt 2016, p. 435-461.

60. Kammergericht (KG) Berlin, 19 september 2013, Az. 2 U 8/09 Kart.

61. Het geschil tussen de Franse retailer Conurrence en Samsung lijkt om hetzelfde punt te draaien. Het ging hier om een verbod op verkoop via internet dat schijnbaar niet consequent werd gehandhaafd door verkoop in Frankrijk toe te laten via o.a. Amazon in het VK.

62. BKartA 19 augustus 2014, Az. B3-137/12 – *Adidas*.

toegestaan is buiten de grenzen van Verordening 330/2010.⁷⁰

Platforms erkennen of niet

Ten slotte is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam inzake *Nike* interessant. De rechtbank liet zich in deze zaak leiden door de conclusie van advocaat-generaal Wahl⁷¹ inzake *Coty* en is van oordeel dat Nike een selectief distributiestelsel hanteert dat tot doel heeft het merk-imago in stand te houden.⁷² Het stelsel voldoet aan de eisen als geformuleerd door de advocaat-generaal, namelijk dat de eisen objectief zijn en online en offline zonder discriminatie gehandhaafd worden.⁷³ Onder aanhaling van advocaat-generaal Wahl oordeelt de rechtbank dat het verbod om via niet-erkende platforms te verkopen, gerechtvaardigd wordt door de noodzaak het luxe-imago van Nike's producten in stand te houden.⁷⁴ Twee elementen van dit vonnis zijn met name interessant. Allereerst overweegt de rechtbank dat Nike verkoop via Amazon mocht verbieden, omdat Amazon geen erkende distributeur was. Echter, overweegt de rechtbank ten overvloede, indien Amazon een aanvraag daartoe zou indienen en aan de kwaliteitscriteria zou voldoen, zou Nike ook Amazon als distributeur moeten erkennen.⁷⁵ De vraag is of dit obiter dictum betekent dat Nike slechts een phyrusoverwinning heeft behaald. Dat hoeft niet zo te zijn: Nike eist namelijk dat haar wederverkopers 'an established reputation (...) for the sale of products comparable to the Nike product range they wish to sell' hebben, en voor hun verkoop via internet dat hun 'website (not just relevant webpage) must primarily be visited by end consumers in relation to sport or the purchase of sporting goods/lifestyle personal goods'.⁷⁶ Deze vereisten, 'uniform vastgesteld en non-discriminatoire toegepast', lijken het mogelijk te maken bepaalde platforms uit te sluiten. Het Hof van Justitie zegt immers op een beleefde manier dat het feit dat een platform alle mogelijke producten aanbiedt – zoals een breed platform als Amazon – bijdraagt tot het risico dat goederen als bulkproducten worden gezien.⁷⁷ Ten tweede stelt de rechtbank vast dat de producten van Nike luxueus zijn.⁷⁸ Deze vaststelling was nodig om in het vonnis te kunnen verwijzen naar de Conclusie *Coty*. Advocaat-generaal Wahl concludeert daarin immers dat selectieve distributiestelsels niet onder het verbod van

artikel 101 lid 1 VWEU vallen indien zij primair tot doel hebben het merk-imago van de betreffende luxe en prestigieuze artikelen te beschermen.⁷⁹ De rechtbank Amsterdam motiveert niet waarom Nike's producten als luxe worden gekwalificeerd. Dit is opvallend, omdat de Conclusie *Coty* weliswaar suggereert dat cosmetica luxe (kunnen) zijn, maar voordien werd in *Pierre Fabre* overwogen dat huidverzorgingsproducten niet luxe (kunnen) zijn. Een duidelijke lijn valt hierin niet te ontdekken, en *Coty* helpt niet veel die lijn te trekken, zoals hierna wordt besproken.

Welke vragen blijven open

Wat is luxe?

Het Bundeskartellamt en sommige Duitse rechters menen dat sportschoenen,⁸⁰ met name artikelen van Nike's concurrenten Adidas en Asics, niet gekwalificeerd kunnen worden als luxe.⁸¹ Ik meen dat er veel te zeggen is voor de ruime opvatting over wat luxe is. *Coty* biedt daartoe aanknopingspunten. Voor de kwalificatie luxe moet een producent vooral investeren in het merk en het imago van zijn producten. Een product kan op deze manier luxe gemaakt worden. Daarnaast wint het aan luxe-imago als het niet te koop is op platforms, maar enkel via gespecialiseerde winkels met de juiste uitstraling. Zo kan een product in een voor zijn uitstraling opwaartse spiraal terecht komen. Het Hof van Justitie lijkt dit verschijnsel te omarmen, door te constateren dat 'de kwaliteit van dergelijke producten niet alleen voortvloeit uit de materiële kenmerken ervan, maar ook uit de allure en het prestigieuze imago, (...) en dat bijgevolg aantasting van die luxueuze uitstraling afbreuk kan doen aan de kwaliteit zelf van deze producten'.⁸² Er is niets in deze redenering dat suggereert dat enkel bepaalde soorten producten luxe kunnen zijn.⁸³ Het lijkt mij ook niet reëel om bepaalde soorten producten categorisch uit te sluiten van de kwalificatie luxe. Het ligt meer voor de hand onderscheid te maken binnen een productcategorie. Dit doen producenten zelf ook. Verwezen wordt naar het hiervoor genoemde onderscheid dat *Coty* maakt tussen de divisies Luxury en Consumer Beauty: blijkens de Conclusie van advocaat-generaal Wahl ziet het platformverbod van *Coty* enkel op haar prestigemerken.⁸⁴

70. Een en ander onder het voorbehoud van de A-G 'naar de huidige stand van zaken'.

71. Conclusie A-G Wahl van 26 juli 2017, zaak C-230/16, *Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmbH*, ECLI:EU:C:2017:603 (hierna: Conclusie *Coty*).

72. Rb. Amsterdam 4 oktober 2017, zaak C/13/615474, ECLI:NL:RBAMS:2017:7282 (*Nike*), r.o. 4.9.4. (hierna: Rb. Amsterdam). De publicatie van deze uitspraak is helaas door de rechtbank ingetrokken. Een kopie van de uitspraak is op verzoek bij de auteur te verkrijgen.

73. Rb. Amsterdam, r.o. 2.4 (impliciet).

74. Rb. Amsterdam, r.o. 4.9.4. en 4.9.5.

75. Rb. Amsterdam, r.o. 4.11.

76. Voor partijen die enkel of hoofdzakelijk via internet verkopen, geldt een aangepast eisenpakket dat het vonnis niet vermeldt. Zie Rb. Amsterdam, r.o. 2.4.

77. *Coty*, r.o. 51.

78. Rb. Amsterdam, r.o. 4.9.3. Uit het vonnis blijkt niet of dit in geschil was.

79. Conclusie *Coty*, par. 74.

80. Ook de schooltassen van Scout (Kammergericht (KG) Berlin 19 september 2013, Az. 2 U 8/09 Kart) en de rugzakken van Deuter (OLG Frankfurt 22 december 2015, Az. 11 U 84/14 Kart.) kwalificeren volgens de Duitse rechters niet als luxe.

81. BKartA 19 augustus 2014, Az. B3-137/12 – Adidas en BKartA, 26 augustus 2015, Az. B2-98/11 – Asics.

82. *Coty*, r.o. 25.

83. Y. Botteman en D. Barrio, 'The *Coty* Exception: A Luxury for a Selected Few?', *Kluwer Competition Law Blog*, 15 december 2017, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/12/15/coty-exception-luxury-selected/>.

84. Conclusie *Coty*, par. 19. Ook een merk als Asics laat zijn voordeligere modellen verkopen door minder prestigieuze winkels, maar zijn duurste (luxe)modellen kunnen alleen verkocht worden door gespecialiseerde

Verdedigd is dat de bescherming die een selectief distributiestelsel biedt niet slechts gerechtvaardigd is voor een luxeproduct, maar voor alle merkproducten.⁸⁵ Immers, zowel een merk⁸⁶ als een luxeproduct heeft baat bij de functie van een selectief distributiestelsel, namelijk dat het aan de consument de identiteit van de oorsprong van de betreffende producten waarborgt.⁸⁷ *Coty* beslecht dit punt niet, nu het arrest formeel alleen ziet op luxeproducten.⁸⁸

Overigens lijkt de vraag of een product luxe is irrelevant voor alle producenten die dankzij een marktaandeel van minder dan 30 procent van de vrijstelling van Verordening 330/2010 kunnen profiteren, zoals hierna wordt besproken.

Platformverbod niet hardcore: alleen voor luxeproducten?

Van groot praktisch belang is of het platformverbod nu in het kader van Verordening 330/2010 ook is toegestaan voor producten die niet luxe zijn. In het persbericht dat het Bundeskartellamt enkele uren na de publicatie van *Coty* uitbracht, werd gesuggereerd dat dit niet zo is: *Coty* zou alleen gaan over echt prestigieuze producten. Echter, de onderbouwing van het Hof van Justitie waarom het platformverbod geen beperking vormt van de klantenkring van de distributeur noch een beperking vormt van de passieve verkoop, is niet gebaseerd op de aard van de producten.⁸⁹ Immers, het Hof van Justitie beschouwt verkopen via platforms slechts als een specifieke vorm van verkopen via het internet en niet als een algeheel verbod op verkoop via internet als bedoeld in *Pierre Fabre*.⁹⁰ Het geannoteerde arrest laat daarmee geen ruimte om het platformverbod an sich te kwalificeren als hardcore beperking in de zin van artikel 4 sub b of c Verordening 330/2010 – ook niet als de producten niet luxe zijn.

Voor zover het Bundeskartellamt alsnog lijkt te willen proberen het platformverbod als een hardcore beperking onder Verordening 330/2010 te kwalificeren, al dan niet voor niet-luxe producten, is dit zorgelijk. Op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003 zijn strengere nationale regels niet toegestaan voor gedragingen die onder artikel 101 VWEU vallen.⁹¹ Sinds de decentralisatie van de handhaving van het Europese mededingingsrecht is ver-

scheidenheid in interpretatie of toepassing van de arresten uit Luxemburg wellicht onvermijdelijk, het is echter met het oog op de rechtseenheid binnen de EU niet de bedoeling en vormt bovendien een aanslag op de rechtszekerheid van ondernemingen.⁹²

Conclusie

Coty vormt een zeer welkome correctie op *Pierre Fabre*. Ook de helderheid over de ruimte voor een platformverbod bij de verkoop van luxeproducten en over de reikwijdte van Verordening 330/2010, zijn positief. Wat de laatste twee punten betreft, had *Coty* wat mij betreft iets krachtiger leiding kunnen geven door de gemaakte keuzes meer te onderbouwen vanuit een visie op het Europese mededingingsrecht.

Immers, internetverkoop is een controversieel onderwerp. Er bestaat felle weerstand tegen elke beperking van de vrijheid om op internet te verkopen, die ingegeven lijkt door zowel de wens tot bescherming van retailers⁹³ als de bevordering van de consumentenwelvaart.⁹⁴ Advocaat-generaal Wahl gaat in zijn Conclusie op beide punten in.

Wat de bescherming van retailers betreft, stelt de advocaat-generaal terecht, dat voor zover selectieve distributie een ongelijke contractsverhouding laat ontstaan ten nadele van de erkende distributeur, dit voor het onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen niet relevant is.⁹⁵

Wat de bescherming van de consumentenwelvaart betreft, staat buiten kijf dat platforms resulteren in prijsdruk. Maar tegenstanders van beperkingen van de verkoop op het internet begrijpen (consumenten)welvaart misschien iets te nauw als enkel het belang van de laagste prijs.⁹⁶ Advocaat-generaal Wahl merkt op dat het Europese mededingingsrecht niet alleen dient tot het vaststellen van de laagst mogelijke prijzen, maar ook ten dienste staat van differentiatie, kwaliteitsoptimalisatie en stimulering van innovatie.⁹⁷ De beperking van de prijsconcurrentie kan dus gerechtvaardigd zijn voor andere legitieme doelen.⁹⁸

loopwinkels (blijkens de presentatie van een jurist van Asics tijdens het congres Ontwikkelingen Mededingingsrecht van oktober 2014 te Amsterdam).

85. Zie opnieuw Witt 2016, p. 435-461. Zie ook Bottema en Barrio 2017 en P. Ibáñez Colomo, 'Case C-230/16, Coty Germany GmbH: common sense prevails', *Chilling Competition*, 6 december 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/12/06/c%E2%80%911230-16-coty-germany-gmbh-common-sense-prevails/>.

86. *Copad*, r.o. 22.

87. *Coty*, r.o. 25-27 en 46.

88. Merk op dat vragen 3 en 4 van de verwijzende rechter niet beperkt zijn tot luxeproducten (*Coty*, r.o. 20). Het Hof van Justitie laat zich echter niet verleiden tot een formeel oordeel over andere dan luxeproducten.

89. *Coty*, r.o. 65-68.

90. Ook A-G Wahl zegt dit heel expliciet in punt 138 van zijn Conclusie: het hoofd van een selectief distributienetwerk moet de nodige vrijheid hebben bij het vaststellen van de modaliteiten voor het aanbieden van zijn producten.

91. Art. 3 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003.

92. Botteman en Barrio 2017. Zie ook Competition & Markets Authority, 'Summary note of the CMA roundtable on vertical restraints 16 January 2015', waaruit blijkt dat deze zorg jegens de CMA geuit is.

93. De voorzitter van het Bundeskartellamt Andreas Mundt heeft herhaaldelijk gesteld dat het platformverbod met name ook bestreden moet worden om de noodlijdende kleine winkelier op het Duitse platteland te helpen (Rede gegevens tijdens de IBA 21ste Annual Competition Conference op 8 en 9 september 2017 te Florence). Deze zou dankzij verkoop via platforms zijn inkomsten kunnen aanvullen.

94. Monti 2013, p. 489-512.

95. Conclusie *Coty*, par. 48. Ook het Oberlandesgericht Frankfurt zou in zijn persbericht bij de zaak *Deuter* – zie noten 63 en 80 – gesteld hebben dat Deuter geen taak heeft kleine retailers te helpen. Ik kon dat persbericht helaas niet terugvinden.

96. Opgemerkt wordt dat consumenten niet altijd de laagste prijs, maar juist ook de luxe service willen. Zie bijvoorbeeld De Faveri 2014, p. 163 en Witt 2016, p. 435-461.

97. Conclusie *Coty*, par. 33 en 46.

98. Conclusie *Coty*, par. 33, onder verwijzing naar *Metro*, r.o. 21. Ook het Hof van Justitie erkent (impliciet), aldus de A-G, door de rechtmatigheid

Dit inzicht is sinds de modernisering van de groepsvrijstellingen daarin vastgelegd. Verordening 330/2010 werkt niet meer met een keurslijf, maar met een zwarte lijst waarbuiten elke afspraak is toegestaan. Mits geen sprake is van een machtspositie of horizontale afspraken wordt erop vertrouwd dat de werking van de markt zal leiden tot de optimale uitkomst.⁹⁹ De toon van de handhaving zoals die momenteel in de Unie vooral door de Duitse mededingingsautoriteit wordt gezet, lijkt eerder dat de speelruimte voor leveranciers beperkt moet worden.

Coty kan gezien worden als een (her)bevestiging door het Hof van Justitie, met de verwijzing naar *Copad*, dat producenten zelf hun distributiemodel moeten kunnen kiezen.¹⁰⁰ Met een uitgebreider en principiëler onderbouwing, zoals de advocaat-generaal wel gaf, had het arrest aan de nodige zeggingskracht en gezag kunnen winnen.

van selectieve distributiestelsels die gebaseerd zijn op kwaliteitscriteria te accepteren, dat een verminderde (prijs)concurrentie tussen aanbieders binnen een merk (*intra-brand* concurrentie) toelaatbaar kan zijn wanneer zij noodzakelijk is ter bevordering van de concurrentie tussen verschillende merken (*inter-brand* concurrentie). Zie Conclusie *Coty*, par. 38, 42 en 43. Zie ook par. 32-34, waar de A-G wijst op eerdere arresten waarin de instandhouding van gespecialiseerde handel een legitieme beperking van de prijsconcurrentie wordt geacht (onder verwijzing naar HvJ 25 oktober 1983, 107/82, *AEG-Telefunken/Commissie*, ECLI:EU:C:1983:293, r.o. 33 en *Pierre Fabre*, r.o. 40.)

99. Monti 2013, p. 489-512 en Witt 2016, p. 435-461.

100. Ibáñez Colomo 2017.