

**Jugd 2012/01 Arrest van het Hof van de Europese Unie (zaak C-439/09) d.d. 13 oktober 2011 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS tegen Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi**

**Jugd 2012/01 Arrest van het Hof van de Europese Unie (zaak C-439/09) d.d. 13 oktober 2011 - Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS tegen Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi**

Jugd 2012/01 d.d. 12-01-2012

**Auteur(s):** mw. mr. N.J. Linssen, Bird & Bird LLP, Den Haag.

**Verbod op verkoop via internet in een selectief distributiestelsel in strijd met het mededingingsrecht**

In de zaak die heeft geleid tot bovengenoemd arrest van het Hof van de Europese Unie ('Hof'), is een principiële vraag beantwoord. De cour d'appel de Paris had het Hof de vraag gesteld of een, in het kader van een selectief distributiestelsel, opgelegd verbod om producten via internet te verkopen naar zijn strekking een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VwEU is die niet onder de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten valt, maar eventueel wel voor een individuele vrijstelling krachtens artikel 101, lid 3, VwEU in aanmerking kan komen.

**Het arrest**

De zaak speelde zich af in Frankrijk. Zoals vele producenten in de cosmeticasector, verkocht Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS ('**Pierre Fabre**') haar producten in Frankrijk door middel van een selectief distributiestelsel. Hoewel het verbod op internetverkoop niet expliciet in de distributieovereenkomsten was opgenomen, vloeide dit verbod voort uit het vereiste dat de cosmetische en lichaamsverzorgende producten moesten worden verkocht in een fysieke ruimte in aanwezigheid van een gediplomeerde apotheker. Dit vereiste sloot *de facto* elke vorm van internetverkoop uit. De Franse mededingingsautoriteit achtte dit verbod in strijd met artikel 81 EG Verdrag (thans artikel 101 VwEU) en artikel L. 420-1 van de code de commerce. In het beroep van Pierre Fabre heeft de verwijzende rechter een prejudiciële vraag gesteld die in drie deelvragen uiteen valt. Ten eerste: strekt het verbod voor erkende distributeurs om de producten via internet aan eindgebruikers te verkopen ertoe de mededinging te beperken? Ten tweede: kan een zodanige beperking het voordeel genieten van de groepsvrijstelling van de Verordening verticale overeenkomsten ('Verordening')? Ten derde: indien dat niet het geval is, kan er dan een individuele vrijstelling krachtens artikel 101, lid 3, VwEU worden verleend?

**Mededingingsbeperkende strekking**

Wat betreft de eerste deelvraag herinnert het Hof er aan dat een overeenkomst slechts onder het kartelverbod kan vallen indien zij 'ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst'. Een selectief distributiestelsel moet bij gebreke van een objectieve rechtvaardiging worden geacht 'ertoe te strekken de mededinging te beperken'. In de rechtspraak is evenwel erkend dat er legitieme vereisten zijn die een beperking van de mededinging door een selectief distributiestelsel rechtvaardigen, aldus het Hof. Hoewel de verwijzende rechter moet onderzoeken of het verbod op internetverkoop gerechtvaardigd kan worden op grond van een legitiem vereiste, geeft het Hof de verwijzende rechter door uitleg aanwijzingen om een uitspraak te kunnen doen.

Volgens Pierre Fabre is het verbod op internetverkoop in ieder geval objectief gerechtvaardigd om redenen van veiligheid en volksgezondheid. Onjuist gebruik van de producten zou schadelijk kunnen zijn voor de consument en om die reden zou een legitieme behoefte bestaan aan advies van een gediplomeerde apotheker. Volgens het Hof moet, nadat is vastgesteld dat de wederverkopers worden gekozen op basis van objectieve criteria van kwalitatieve aard, die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers, worden nagegaan of met het verbod evenredige legitieme doelstellingen

worden nagestreefd. In dat kader merkt het Hof op dat in eerdere arresten de noodzaak om op de persoon toegesneden advies te geven en deze te beschermen tegen een onjuist gebruik van de producten, in het kader van receptvrije geneesmiddelen en contactlenzen, niet als rechtvaardiging voor een verbod op internetverkoop is aanvaard. De door Pierre Fabre aangevoerde doelstelling om het prestigieuze imago van de betrokken producten in stand te houden, kan een beperking van de mededinging volgens het Hof evenmin rechtvaardigen.

Het Hof oordeelt uiteindelijk dat artikel 101, lid 1, VwEU zo moet worden uitgelegd dat een contractsbepaling die in het kader van een selectief distributiestelsel de verkoop van producten aan eindgebruiker via internet verbiedt, de strekking heeft de mededinging te beperken indien, na een individueel en concreet onderzoek van de bewoordingen en het oogmerk van deze contractsbepaling en de juridische en economische context waarbinnen zij moet worden geplaatst, naar voren komt dat deze contractsbepaling, gelet op de eigenschappen van de betrokken producten, niet objectief gerechtvaardigd is. Volgens vaste rechtspraak hoeven de gevolgen in dat geval, dat wil zeggen van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking, niet meer te worden onderzocht.

### **Groepsvrijstelling niet van toepassing, individuele vrijstelling wel mogelijk**

De groepsvrijstelling is volgens het Hof niet van toepassing op een selectieve distributieovereenkomst die het gebruik van internet als verkoopmethode verbiedt. Het Hof verwijst naar artikel 4, sub c, van de Verordening dat de vrijstelling niet van toepassing verklaart op overeenkomsten die de actieve en passieve verkoop door erkende distributeurs beperken. Het verbod van Pierre Fabre heeft de strekking de passieve verkoop van producten door erkende distributeurs aan eindgebruikers te verbieden en kan dus niet onder de groepsvrijstelling vallen.

De stelling van Pierre Fabre dat het verbod op internetverkoop gelijk te stellen is aan een verbod om vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn, dat op grond van de Verordening een wel toegestane beperking is, wijst het Hof ook van de hand. Met 'een plaats van vestiging' doelt artikel 4, sub c, van de Verordening op verkooppunten waarin directe verkopen plaatsvinden. Voor een ruimere uitleg is volgens het Hof geen plaats. Een verbod op internetverkoop kan volgens het Hof wel voor toepassing van de uitzondering in artikel 101, lid 3, VwEU in aanmerking komen, mits aan de voorwaarden van die bepaling is voldaan.

### **Conclusie**

Het arrest bevestigt het strikte beleid van de Commissie in het voordeel van internetverkoop. Dit beleid was weliswaar al in de oude richtsnoeren, bij Verordening 2790/1999 waar het arrest naar verwijst, opgenomen maar is meer expliciet geworden in de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen uit 2010 ('**Richtsnoeren**'). In deze Richtsnoeren stelt de Commissie dat wederverkopers binnen een selectief distributiestelsel ongehinderd actief en passief producten aan alle eindgebruikers moeten kunnen verkopen, ook via internet. De Commissie beschouwt alle verplichtingen die erkende wederverkopers ontmoedigen om producten via internet te verkopen door criteria voor internetverkoop op te leggen die niet equivalent zijn aan de criteria voor verkoop in de fysieke winkel, als hardcore beperkingen en dus in strijd met het kartelverbod.

Dit betekent echter niet dat een leverancier geen eisen mag stellen aan de verkoop van zijn producten via internet. In het kader van een selectief distributiestelsel mogen kwalitatieve eisen worden gesteld, bijvoorbeeld aan het ontwerp en de kwaliteit van de website. Ook kan een leverancier volgens de Commissie van zijn distributeurs verlangen dat zij één of meer fysieke winkels of showrooms hebben als voorwaarde om lid van het distributiesysteem te worden.

Slotsom van het arrest is dat selectieve distributiestelsels verkoop via internet door erkende distributeurs moeten toestaan. Een verbod op internetverkoop is alleen toegestaan indien objectief gerechtvaardigd. Zoals volgt uit het arrest van het Hof zal daarvan niet snel sprake zijn. De noodzaak om persoonlijk advies te geven, de bescherming tegen onjuist

gebruik van producten en de instandhouding van het imago van een merk vormden in elk geval geen rechtvaardiging voor het verbod van Pierre Fabre. Is een beroep op een objectieve rechtvaardiging wellicht alleen mogelijk in geval van gevaarlijke producten of geneesmiddelen op recept? De toekomst zal moeten uitwijzen of het begrip 'objectieve rechtvaardiging' zo eng moet worden uitgelegd. In elk geval geldt dat zonder een objectieve rechtvaardiging clauses in selectieve distributieovereenkomsten met een verbod op internetverkoop verboden en van rechtswege nietig zijn.