

# Artikel

## Selectieve distributie: mogelijkheden en onmogelijkheden

Mr. S.P.T. Lap\*

### 1. Inleiding

46 Selectieve distributiestelsels; voorheen werden ze vooral gebruikt voor de distributie van luxe cosmeticaproducten en auto's. Producten waarbij het verkooppunt moet passen bij het exclusieve imago van het product en/of het product complex is en de klant de nodige informatie en toelichting moet krijgen bij de aanschaf. Tegenwoordig ziet men selectieve distributiestelsels echter bij allerlei producten, zoals speelgoed, tassen, fietsen en bedden.

Deze toename heeft vermoedelijk te maken met de expliciete en ruime vrijstelling voor selectieve distributiestelsels die sinds 2000 onder de mededingingsregels geldt. Daarnaast hebben sommige leveranciers, met de opkomst van internet, voor selectieve distributie gekozen omdat ze daarmee pure online verkopers buiten de deur kunnen houden. Tot slot heeft ook de huidige economie wellicht invloed gehad. Onder slechtere economische omstandigheden neemt de wens om grip te houden op de distributie toe.

In dit artikel ga ik in op de kenmerken van selectieve distributie, de beoordeling daarvan onder de mededingingsregels en daarmee samenhangend enkele mogelijkheden en onmogelijkheden bij het opstellen van selectieve distributiecontracten. Tevens ga ik in op de vraag of een leverancier die een selectief stelsel hanteert, verplicht is met iedereen die aan de selectiecriteria voldoet

een contract te sluiten. Ik sluit af met een korte conclusie.

### 2. Kenmerken selectieve distributie

Een selectief distributiestelsel is een stelsel waarbij een producent of leverancier zijn wederverkopers op grond van *selectiecriteria* uitkiest. Zo zorgt hij ervoor dat de wederverkopers van zijn producten of diensten aan een bepaalde kwaliteitsstandaard voldoen. Een tweede kenmerk van selectieve distributiestelsels is dat de verkoop door de erkende wederverkopers aan *niet-erkende wederverkopers* verboden wordt. Zo ontstaat een gesloten stelsel van wederverkopers en wordt voorkomen dat het product in de schappen komt te liggen bij partijen die niet aan de kwaliteitseisen voldoen.

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen *zuiver kwalitatieve* selectieve distributiestelsels en *kwantitatieve* selectieve distributiestelsels. In het eerste geval worden er uitsluitend criteria gehanteerd die betrekking hebben op de kwaliteit van de distributeur en diens dienstverlening. Denk bijvoorbeeld aan eisen ten aanzien van de locatie en inrichting van de winkel, de presentatie van de producten en de breedte van het assortiment, opleiding van het verkooppersoneel en verplichtingen op het gebied van pre- en aftersales service.

In een kwantitatief stelsel worden, naast kwalitatieve criteria, ook voorwaarden gesteld die gevolgen hebben voor het aantal distributeurs dat zal worden aangesteld. Hiermee beoogt de leverancier veelal een bepaalde spreiding van de distributeurs over de markt te bewerkstelligen, die hen in staat moet stellen om een zodanige omzet te

\* Suzan Lap is advocaat bij Van Doorne in Amsterdam. Zij is gespecialiseerd in het mededingingsrecht en in vraagstukken op het gebied van distributie.

behalen dat zij de kosten die zij moeten maken om aan de kwaliteitscriteria te voldoen, terug kunnen verdienen.

### 3. Selectieve distributie onder de mededingingsregels

Omdat selectieve distributiestelsels ertoe leiden dat alleen de *geselecteerde* wederverkopers het desbetreffende product mogen verhandelen en de concurrentie van partijen die niet geselecteerd zijn wordt uitgesloten, leidt een dergelijk stelsel in beginsel tot een beperking van de intra-brand concurrentie. Het is om die reden dat selectieve distributiestelsels op gespannen voet kunnen staan met de mededingingsregels.

De mededingingsregels verbieden in beginsel alle afspraken en onderling afgestemde gedragingen tussen ondernemingen die de mededinging merkbaar beperken of vervalsen. Afspraken die in strijd zijn met het verbod, zijn van rechtswege nietig. Bovendien zijn de mededingingsautoriteiten bevoegd om een boete op te leggen. Ook kunnen partijen die schade hebben geleden van de beperkende afspraak deze schade voor de civiele rechter proberen te verhalen. Ondernemingen dienen zelf te toetsen of hun afspraken en handelwijzen niet in strijd zijn met dit verbod. De mededingingsautoriteiten oefenen repressief toezicht uit.

Het is vaste jurisprudentie dat een selectief distributiestelsel waarin *zuiver kwalitatieve criteria* worden gehanteerd de mededinging niet beperkt, en dus niet onder het verbod valt, indien aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de aard van het product het gebruik van een selectief distributiestelsel rechtvaardigen doordat het noodzakelijk is om de kwaliteit van het product en/of de correcte toepassing van het product te waarborgen. Ten tweede moeten de wederverkopers worden geselecteerd aan de hand van objectieve criteria, die op eenvormige wijze voor alle wederverkopers worden vastgesteld en voor allen beschikbaar zijn en zonder discriminatie worden toegepast. Tot slot mogen de vastgestelde selectiecriteria niet verder gaan dan wat noodzakelijk is.

Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, valt een selectief distributiestelsel in beginsel onder het verbod. Op het verbod op mededingingsbeperkende afspraken bestaat echter een uitzondering voor beperkende afspraken waarvan, samengevat, de voordelen opwegen tegen de nadelen voor de concurrentie. Hiertoe moet aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: (1) de overeenkomst draagt bij tot een verbetering van de productie of distributie of leidt tot een technische of economische vooruitgang, (2) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen komt de gebruikers c.q. afnemers ten goede, (3) de beperkingen gaan niet verder dan noodzakelijk is, en (4) er blijft voldoende concurrentie op de markt over.

Omdat van bepaalde typen overeenkomsten wordt aangenomen dat de voordelen over het algemeen opwegen

tegen de nadelen voor de mededinging, heeft de Europese Commissie een aantal groepsvrijstellingen opgesteld. Deze groepsvrijstellingen werken rechtstreeks door binnen de Nederlandse mededingingsregels. Valt een overeenkomst onder een groepsvrijstelling, dan zijn de beperkende afspraken in die overeenkomst automatisch vrijgesteld van het verbod. Een van deze groepsvrijstellingen betreft een groepsvrijstelling voor zogenoemde verticale overeenkomsten (hierna: de Groepsvrijstelling). Dit zijn overeenkomsten tussen partijen die actief zijn op verschillende niveaus van de productie- of distributieketen en die betrekking hebben op de koop of (door)verkoop van goederen of diensten. Deze Groepsvrijstelling is van toepassing op voorwaarde dat (1) het marktaandeel van de betrokken partijen niet meer dan 30% bedraagt, en (2) de overeenkomst geen afspraken bevat die als ‘hardcore’ restrictie worden aangemerkt.

De Groepsvrijstelling verleent een vrijstelling aan zowel kwalitatieve als kwantitatieve selectieve distributiestelsels. Dit ongeacht de aard van het product. Wel wordt er een aantal beperkingen opgesomd die in het kader van een selectief distributiestelsel als ‘hardcore’ restrictie worden aangemerkt. Deze restricties zullen hierna besproken worden.

Op dit moment is er ook nog een specifieke groepsvrijstelling van kracht voor de distributie van auto's (Automobiel Groepsvrijstelling). Deze zal met ingang van 31 mei 2013 komen te vervallen. Hierna valt ook de distributie van auto's onder de algemene Groepsvrijstelling.

Voldoet een overeenkomst niet aan de voorwaarden van een groepsvrijstelling, dan zal op individuele basis getoetst moeten worden of aan de voorwaarden voor een vrijstelling is voldaan. De bewijslast daarvan ligt in dat geval bij de partij die zich op de vrijstelling beroept. Zolang de overeenkomst echter is opgesteld in lijn met de Groepsvrijstelling (maar vanwege het marktaandeel van de leverancier of afnemer daarbuiten valt), geldt geen vermoeden van onwettigheid.

Het verdient dan ook aanbeveling om overeenkomsten in ieder geval op te stellen met inachtneming van de bepalingen in de Groepsvrijstelling.

### 4. Mogelijkheden en onmogelijkheden in selectieve distributiecontracten

Naast de gebruikelijke bepalingen in een distributieovereenkomst, inzake bijvoorbeeld de aanstelling, leveringsvoorwaarden en het gebruik van intellectuele eigendomsrechten, zal men in een selectief distributiecontract de nodige afspraken op willen nemen die het gesloten verkoopstelsel realiseren en die de gestelde kwaliteitscriteria moeten waarborgen. Hierna wordt

besproken welke afspraken, gezien het hiervoor geschetste mededingingsrechtelijke kader, wel en niet kunnen worden gemaakt in een selectieve distributieovereenkomst.

#### 4.1 Een selectief stelsel creëren

De Groepsvrijstelling definieert een ‘selectief distributiestelsel’ als een distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het grondgebied waarop de leverancier heeft besloten het systeem toe te passen.

In de praktijk is de leverancier die het selectieve distributiestelsel in het leven wenst te roepen degene die het contract opstelt. Het spreekt voor zich dat deze in de distributieovereenkomst een bepaling op zal nemen op grond waarvan het de distributeur verboden is om aan niet-erkende wederverkopers te leveren. Een dergelijk verbod wordt vrijgesteld door de Groepsvrijstelling. Dit vormt immers de kern van het selectieve distributiestelsel.

Let daarbij op dat dit verbod beperkt moet zijn tot het gebied waar het stelsel van toepassing is of dat daarvoor gereserveerd is. Met het oog daarop zij opgemerkt dat wanneer het stelsel niet de gehele Europese Economische Ruimte (EER) beslaat, verkopers uit de gebieden waar geen selectieve distributie van toepassing is vrij zijn om de producten aan (niet-erkende) wederverkopers te verkopen. Hierdoor kunnen er dus, ook binnen het gebied waar het selectieve distributiestelsel van kracht is, producten bij niet-erkende wederverkopers in omloop komen. Wil een leverancier een ‘waterdicht’ stelsel, dan zal dat de gehele EER moeten beslaan.

Wat nog wel eens over het hoofd wordt gezien is dat de definitie ook vereist dat de leverancier in het contract toezegt de goederen alleen te verkopen aan wederverkopers die aan de selectiecriteria voldoen.

Tot slot stelt de definitie dat de criteria *vastgesteld* moeten zijn, zodat de precieze inhoud van de criteria kan worden bepaald. Dit betekent waarschijnlijk dat zij op enige wijze op schrift moeten zijn gesteld. Dit kan bijvoorbeeld middels een lijst, die al dan niet in een bijlage bij het contract wordt gevoegd, dan wel door de criteria – op duidelijke wijze – in de contractuele verplichtingen te verwerken. Het Europese Hof van Justitie heeft expliciet bepaald dat de selectiecriteria niet gepubliceerd hoeven worden. Dit zou immers bedrijfsgeheimen kunnen schaden of tot collusie kunnen leiden.

#### 4.2 Beperkingen klantenkring

Waar enerzijds het verbod om aan niet-erkende wederverkopers te verkopen wordt gezien als een essentieel kenmerk van het stelsel, wordt anderzijds iedere, directe of indirecte, beperking van de vrije handel tussen de erkende leden van het stelsel als een hardcore restrictie aangemerkt. Het is om die reden niet mogelijk om een distributeur een exclusieve of minimumafnameverplichting

op te leggen die hem verplicht goederen af te nemen bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen partij. Dit neemt niet weg dat de distributeur, met het oog op de gestelde (kwalitatieve of kwantitatieve) selectiecriteria, wel verplicht kan worden om een minimumvolume om te zetten of een minimumassortiment te voeren.

Daarnaast mogen aan erkende verkopers op retailniveau geen beperkingen worden opgelegd ten aanzien van de eindgebruikers aan wie zij mogen verkopen. Een beperking van die vrijheid vormt een hardcore restrictie. Het (exclusief) toekennen of uitsluiten van klantengroepen of bepaalde verkoopkanalen is dus niet toegestaan. Is de distributeur op groothandelniveau actief, dan mag hem wel een verbod opgelegd worden om aan eindgebruikers te verkopen.

#### 4.3 Beperkingen verkoopgebied

De in de vorige paragraaf genoemde vrije handel onder de leden en onbeperkte verkoop aan eindgebruikers leiden ertoe dat geselecteerde distributeurs ook geen beperkingen opgelegd mogen worden ten aanzien van het gebied waarin zij de producten verkopen. Het staat hen vrij om, waar zij willen, marketingactiviteiten te ondernemen, klanten te benaderen en/of op verzoeken van klanten in te gaan.

Een niet onbelangrijke uitzondering daarop vormt het verbod om te werken vanuit een niet-erkende locatie, de zogenoemde locatieclausule. Met de distributeur mag worden afgesproken dat hij zijn bedrijf niet vanuit verschillende vestigingen uit zal oefenen of geen nieuwe vestigingen op een andere locatie zal openen. Voor zover een erkende distributeur vanuit een mobiel verkooppunt werkt, mag een gebied worden afgebakend waarbuiten hij niet zal verkopen. In de praktijk is dus ook bij selectieve distributie een zekere, maar beperkte, mate van ‘gebiedsverdeling’ toegestaan.

Daarnaast mag, voor zover een leverancier – ondanks de hiervoor gesignaleerde bezwaren – in een deel van de EER met selectieve distributie werkt en in een ander deel met exclusieve distributeurs, aan de leden van het selectieve stelsel verboden worden om actief te verkopen in een gebied waar een exclusieve distributeur is aangesteld.

#### 4.4 Exclusiviteit

De leverancier kan ervoor kiezen om in een bepaald gebied slechts één enkele distributeur aan te stellen c.q. een exclusief-selectief contract te sluiten. Voor zover de contracten met de overige geselecteerde wederverkopers voorzien in een locatieclausule, kan voorkomen worden dat deze wederverkopers een verkooppunt openen in het exclusief toegekende gebied. Verder gaande bescherming kan de exclusief-selectieve distributeur echter niet geboden worden. Hij zal zowel passieve verkoop als actieve verkoopactiviteiten (zoals gerichte marketingacties en advertenties, deelname aan beurzen, enzovoort) van andere erkende wederverkopers moeten tolereren. Het kan verstandig zijn deze grenzen van de

exclusiviteit duidelijk in het contract op te nemen, althans vooraf kenbaar te maken.

#### 4.5 Non-concurrentiebeding

Het is mogelijk om een non-concurrentiebeding op te leggen dat de distributeur verbiedt om concurrerende producten te maken of te verkopen. Een dergelijk beding is op grond van de Groepsvrijstelling slechts vrijgesteld voor een maximumperiode van vijf jaar. Daarna zal het beding eventueel opnieuw overeengekomen kunnen worden. Dit dient echter expliciet te geschieden en kan niet door middel van stilzwijgende verlenging.

Een direct of indirect verbod om de producten van een specifieke concurrent te verkopen valt niet onder de Groepsvrijstelling. Van een dergelijk beding zal op individuele basis getoetst moeten worden of het in overeenstemming is met het verbod.

#### 4.6 Verticale prijsbinding

Aan een onafhankelijke wederverkoper mogen geen vaste of minimumwederverkoopprijzen worden opgelegd. Het opleggen van dergelijke prijzen wordt in de Groepsvrijstelling als hardcore restrictie betiteld. In een verticale overeenkomst mag wel worden opgenomen dat de wederverkoper bepaalde maximumverkoopprijzen niet zal overschrijden of dat de leverancier het recht heeft om adviesprijzen te geven. Er mogen echter door de leverancier geen prikkels worden gegeven om niet van die adviesprijzen af te wijken, zoals een leveringsweigering. Dit zou immers weer neerkomen op het opleggen van een vaste wederverkoopprijs.

#### 4.7 Internetverkoop

Het is toegestaan om als selectie criterium te vereisen dat een distributeur over ten minste één fysiek verkooppunt beschikt. Met een dergelijk criterium kunnen pure online verkopers uit het stelsel geweerd worden.

De verkoop via internet door de erkende leden van het stelsel mag echter niet verboden of beperkt worden. Een plicht om producten in de fysieke winkel te verkopen, zodat een gediplomeerd verkoopmedewerker advies kan verlenen, vormt dan ook een hardcore klantenbeperking. Wel mogen er kwaliteitseisen gesteld worden ten aanzien van de verkoop op internet, zoals eisen ten aanzien van de inrichting van de site, het gebruik van een bepaald platform of juist de afspraak om een gebruikt platform niet te vermelden. Een verbod om van een bepaald platform, zoals bijvoorbeeld eBay, gebruik te maken is niet toegestaan, tenzij de verkoop via dat platform aantoonbaar niet aan de kwaliteitscriteria voldoet.

De criteria die gelden ten aanzien van online verkoop moeten echter wel equivalent zijn aan de offline criteria. Is hier niet aan voldaan, dan worden zij beschouwd als een hardcore restrictie. Gezien de verschillende kenmerken van de kanalen hoeven de (kwaliteits)eisen die aan online verkoop worden gesteld niet exact gelijk te zijn aan de criteria voor offline verkoop, maar zij moeten wel dezelfde doelstellingen nastreven. Denk bijvoorbeeld aan 24-uurs leveringstermijnen als equivalent voor de directe levering vanuit de winkel of het aanhouden

van een online aftersales helpdesk ter waarborging van de aftersales service.

## 5. Toelatingsplicht?

De vraag komt op of een leverancier die een selectief distributiestelsel hanteert, verplicht is om iedereen die aan de criteria voldoet, en om toelating tot het stelsel verzoekt, te contracteren. De Nederlandse civiele rechter heeft zich de afgelopen jaren verschillende malen uitgesproken over dit onderwerp.

Een van deze zaken betreft een lang slepend conflict tussen fietsenfabrikant Batavus en Vriend's Tweewielcentrum, welke laatste Batavus-fietsen tegen stuntprijzen verkocht op internet. Onder druk van haar andere afnemers zei Batavus de handelsrelatie met Vriend op en weigerde zij Vriend toe te laten tot haar, later opgerichte, selectieve distributienetwerk. De Hoge Raad oordeelde dat de opzegging, mits merkbaar, vanwege de daaraan ten grondslag liggende afstemming tussen Batavus en de andere afnemers nietig was wegens strijdigheid met de mededingingsregels. Ten aanzien van de weigering van Batavus om Vriend tot haar nieuwe distributiestelsel toe te laten overwoog het hof eerder in deze zaak dat een selectief distributiesysteem gebaseerd moet zijn op *objectieve* criteria, en dat distributeurs die daaraan voldoen in beginsel moeten worden toegelaten, behoudens bijzondere omstandigheden. Het hof oordeelde dat de toegang tot het selectieve distributienet *niet op willekeurige of discriminerende wijze* mag plaatsvinden, omdat dit in strijd is met de grondslag voor het vrijstellen van een dergelijk verkoopstelsel van het mededingingsverbod. De advocaat-generaal en de Hoge Raad bevestigden dit oordeel en lichtten toe dat dit betekent dat een leverancier een potentiële afnemer die aan alle vereisten voldoet, niet kan weigeren met een enkel beroep op zijn contracteervrijheid, maar dat deze afwijzing met *nadere legitieme overwegingen gemotiveerd* moet worden.

Tot een vergelijkbare afweging kwamen het Hof Leeuwarden en de Rechtbank Zwolle-Lelystad in de door Beverslaap, respectievelijk Lubbers, aangespannen zaken tegen de opzegging van hun Auping-distributiecontract. Auping had de distributieovereenkomsten met de betreffende distributeurs opgezegd vanwege de introductie van een nieuw kwantitatief selectief distributiestelsel. Zowel het Hof Leeuwarden als de Rechtbank Zwolle-Lelystad achtte het opzetten van een nieuw selectief distributiestelsel op zichzelf een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging, op voorwaarde dat het stelsel op objectieve criteria berust en niet door willekeur wordt gekenmerkt. Hoewel het hof niet toetste of het stelsel van Auping aan de voorwaarden daarvan voldeed, refereerde het wel expliciet aan de Groepsvrijstelling. Ook in deze zaken lieten de rechters zich dus leiden door mededingingsrechtelijke noties. Omdat Auping haar kwantitatieve selectiecriteria nog onvoldoende had uitgewerkt en bovendien niet op objectieve

wijze had toegepast, oordeelde de rechter dat het belang van de distributeur bij voortzetting van het contract diende te prevaleren boven het belang dat Auping had bij de opzegging. Auping werd veroordeeld om met Beverslaap en Lubbers een contract voor één jaar aan te gaan, waarna een nieuwe afweging gemaakt zou kunnen worden.

Het Europese Hof van Justitie heeft recent een uitspraak gedaan waaruit volgt dat de door de Nederlandse rechters gehanteerde norm wellicht te streng is.

In de zaak Land Rover draaide het om de vraag of kwantitatieve selectieve distributiestelsels alleen van de Automobiël Groepsvrijstelling kunnen profiteren indien het stelsel uitgaat van objectief gerechtvaardigde criteria die op non-discriminatoire wijze worden toegepast.

Auto 24 was de exclusieve dealer voor het merk Land Rover in Périgeux (Frankrijk). In 2002 introduceerde Land Rover Frankrijk een kwantitatief selectief distributiestelsel dat uitging van 72 distributeurs met in totaal 109 vestigingsplaatsen. Daarbij was geen vestiging gepland in Périgeux. Auto 24 mocht onder het nieuwe stelsel als reparateur aanblijven, maar kreeg geen aanstelling als distributeur. In 2006 opende een van de geselecteerde Land Rover-distributeurs een nevenvestiging aan de rand van Périgeux. Hierop stapte Auto 24 naar de rechter en vorderde een schadevergoeding.

De Automobiël Groepsvrijstelling kent afzonderlijke definities voor kwalitatieve selectieve distributiestelsels en kwantitatieve stelsels. De definitie van kwalitatieve stelsels spreekt over een stelsel met criteria die noodzakelijk zijn wegens de aard van het contractgoed, eenvormig zijn vastgelegd en niet discriminerend worden toegepast. De definitie van kwantitatieve stelsels spreekt slechts over het gebruik van 'gespecificeerde criteria'. Dit onderscheid heeft te maken met het feit dat kwalitatieve stelsels door de Groepsvrijstelling worden vrijgesteld, ongeacht het marktaandeel van de betrokken partijen. Voor kwantitatieve stelsel geldt wel een markt-aandele grens.

Het Europese Hof van Justitie oordeelde zeer expliciet dat, nu de definitie dat niet vereist, om van de Automobiël Groepsvrijstelling te kunnen genieten een kwantitatief stelsel *niet* hoeft te berusten op objectief gerechtvaardigde criteria die eenvormig en zonder onderscheid worden toegepast op eenieder die om toelating verzoekt. Het Hof bevestigt hiermee de met de groepsvrijstellingen gecreëerde 'veilige haven'.

Daarnaast herhaalde het Hof, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, dat het feit dat niet aan alle voorwaarden voor vrijstelling is voldaan op zich een leverancier niet kan dwingen om een distributeur die zich bij het stelsel aan wil sluiten op te nemen. Uit het mededingingsrecht vloeit dus geen contracteerplicht voort.

Hoewel het in de Land Rover-zaak ging om de Automobiël Groepsvrijstelling, is de uitspraak ook buiten deze sector van belang. De definitie voor selectieve distributiestelsels in de algemene Groepsvrijstelling is immers gelijklopend aan de definitie voor kwantitatieve stelsels in de Automobiël Groepsvrijstelling. Bovendien geldt ook de vrijstelling van de algemene Groepsvrijstelling

slechts tot een bepaald marktaandeel. Gezien deze gelijkens valt niet in te zien waarom de Land Rover-uitspraak niet *mutatis mutandis* zou gelden voor de algemene Groepsvrijstelling.

In de Richtsnoeren bij de Groepsvrijstelling wordt weliswaar overwogen dat de toepassing van de Groepsvrijstelling ingetrokken zou kunnen worden indien stelsels die niet gerechtvaardigd zijn of waarin criteria worden gehanteerd die niet gerechtvaardigd zijn, tot een merkbare beperking van de mededinging leiden. Een dergelijke intrekking heeft – voor zover bekend – tot op heden echter nog nooit plaatsgevonden. Bovendien zou zij slechts effect hebben *ex nunc*. Daarbij is de vraag of de enkele discriminatoire toepassing van op zichzelf gerechtvaardigde criteria voldoende aanleiding zou kunnen vormen voor een intrekking.

Daarnaast zou wellicht nog gewezen kunnen worden op de jurisprudentie waaruit voortvloeit dat een op zichzelf toegestaan selectief stelsel toch in strijd met de mededingingsregels kan zijn, indien het in de praktijk op een met deze regels ontoelaatbare wijze zou worden toegepast. Hiermee wordt echter bedoeld op situaties waarin de leverancier een structureel (weigerings)beleid voert dat erop gericht is om een mededingingsbeperkend doel te bereiken, zoals het hoog houden van de prijzen of het uitsluiten van partijen die via internet verkopen. Ook hieruit kan niet worden afgeleid dat een leverancier de selectiecriteria onder alle omstandigheden op non-discriminatoire wijze toe moet passen en iedere distributeur die daaraan voldoet toegang moet verlenen tot het stelsel.

Men mag dan ook aannemen dat een selectief distributiestelsel in beginsel gewoon van de Groepsvrijstelling kan profiteren, ook indien het niet op objectief gerechtvaardigde criteria is gebaseerd of niet op non-discriminatoire wijze wordt toegepast.

Voor zover de Nederlandse rechters hun oordeel dat een leverancier verplicht is iedere distributeur die aan de criteria voldoet op non-discriminatoire wijze tot het stelsel toe te laten op mededingingsrechtelijke overwegingen baseerden, lijkt dit standpunt niet langer gerechtvaardigd.

De vraag is of een weigering, nu dit niet in strijd is met de mededingingsregels, zuiver op grond van de redelijkheid en billijkheid en/of wellicht het vraagstuk van de onrechtmatige daad tot een contracteerplicht of aansprakelijkheid kan leiden. Indien het verzoek tot toelating van een nieuwe partij komt waarmee de leverancier geen bestaande relatie heeft, lijkt dit zeer onwaarschijnlijk. Waar het een bestaande relatie betreft, kan het risico wellicht niet volledig worden uitgesloten. Derhalve blijft het raadzaam om, in lijn met de Batavus-uitspraak, een opzegging of weigering op meer dan enkel een beroep op de contracteervrijheid te baseren. Daarbij kan een zorgvuldige formulering van de selectiecriteria behulpzaam zijn, die de leverancier op onderdelen nog ruimte laat om te beoordelen of een concrete aspirant-distributeur aan het criterium voldoet.

## 6. Conclusie

Door middel van een selectief distributiestelsel kan een leverancier een gesloten stelsel van kwalitatief hoogwaardige distributeurs samenstellen. Tot de marktaandeeldrempel van 30% hoeft een selectief stelsel niet objectief gerechtvaardigd te zijn door de aard van het product. Uit de Europese rechtspraak volgt voorts dat de mededingingsregels in dat geval ook niet vereisen dat de gehanteerde criteria objectief gerechtvaardigd zijn en op non-discriminatoire wijze worden toegepast.

Het optuigen van een selectief distributiestelsel vergt echter wel een goede voorbereiding. Niet alleen zullen de kwalitatieve en eventuele kwantitatieve selectiecriteria op zorgvuldige wijze bepaald en vastgelegd moeten worden, ook een strategische afweging ten aanzien van het distributiebeleid voor de gehele EER lijkt op zijn plaats. Daarnaast is het bij het opstellen van de concrete contracten zeer raadzaam om de grenzen van de Groepsvrijstelling in acht te nemen en te voorkomen dat deze contracten bepalingen bevatten die als hardcore restrictie kunnen worden aangemerkt.