

ONTHEFFINGSVERZOEK BREITLING-HORLOGES, ZAAKNUMMERS 701 EN 1122

Besluit van de d-g NMa d.d. 9 februari 2000.

Selectieve distributieovereenkomst, kwalitatieve en niet-kwalitatieve selectiecriteria.

(m.nt. mr H.H.P. Lugard)

Feiten

Deze zaak nam een aanvang met de op 7 mei 1998 door Kamerbeek Juwelier B.V. ('Kamerbeek') ingediende klacht, welke zich richtte tegen de weigering van de Nederlandse exclusieve importeur van Breitling-horloges, M. Koster & Zonen v.o.f. ('Koster') om Kamerbeek toe te laten tot het selectieve distributiesysteem van Breitling-wederverkopers. Na een aantal gesprekken ten kantore van de NMa diende Koster vervolgens op 20 oktober 1998 een ontheffingsverzoek in met betrekking tot de standaard selectieve distributieovereenkomst die Koster als vertegenwoordiger van de Zwitserse fabrikant van Breitling-horloges, Breitling S.A. afsluit met Nederlandse wederverkopers. De NMa besloot daarop de klacht te behandelen in het kader van de ontheffingsaanvraag.

In het besluit constateert de NMa dat, hoewel de markt voor horloges gekenmerkt wordt door een grote verscheidenheid, er toch sprake is van een topsegment dat gevormd wordt door producten van hoge kwaliteit, een overeenkomstige prijs en een bepaald prestige en imago. Tot dit segment behoren onder meer horloges van Rolex, Cartier en Breitling. Horloges uit het topsegment worden dikwijls gedistribueerd door middel van selectieve distributiesystemen. In het topsegment is sprake van een hoge mate van interbrand concurrentie.¹ Koster heeft in Nederland zeventig selectieve Breitling-wederverkopers aangesteld.

De standaard Breitling-distributieovereenkomst bepaalt onder andere dat de wederverkoper gebruik mag maken van het Breitling-merk. Erkende wederverkopers nemen de contractproducten van Koster af, maar zijn eveneens gerechtigd de horloges van andere erkende Breitling-wederverkopers te betrekken. Handel in namaakproducten is niet toegestaan. Breitling-wederverkopers zijn uitsluitend gerechtigd aan eindgebruikers en andere erkende Breitling-wederverkopers te leveren; verkoop aan niet erkende verkopers is niet toegestaan. Voorts dienen de Breitling-distributeurs ten behoeve van een optimale service immer een voldoende minimumvoorraad Breitling-horloges voorhanden te hebben.² Deze verplichting hangt samen met de wenselijkheid een goede presentatie van de producten en een reële afspiegeling van het Breitling-assortiment te waarborgen. Breitling-wederverkopers hebben een niet-exclusieve status.

De crux van deze zaak betreft de door Koster aangelegde criteria voor de erkenning van Breitling-wederverko-

pers. De technisch hoogwaardige en duurzame aard en het daarmee samenhangende kwaliteitsimago van de horloges noodzaken er, aldus Koster, toe het Breitling-distributeurschap voor te behouden aan vakbekwame wederverkopers die een winkel bezitten met een goede ligging en inrichting. Naast de bovengenoemde selectiecriteria van kwalitatieve aard, hanteert Koster echter ook een kwantitatief criterium; de aanstelling van een wederverkoper is mede afhankelijk van het aantal Breitling-wederverkopers dat reeds gevestigd is in een bepaalde regio en de (potentiële) afzetmogelijkheden. Indien er naar het oordeel van Koster reeds voldoende Breitling-wederverkopers in een regio actief zijn, worden nieuwe aanvragen niet gehonoreerd. De kwantitatieve beperking van het aantal wederverkopers, of, met andere woorden, het door Koster gehanteerde spreidingsbeleid, en de daaruit voortvloeiende weigering Kamerbeek te erkennen als Breitling-wederverkoper, vormt de inzet van deze procedure.

Beoordeling door de NMa

Het onderzoek van de NMa verloopt volgens de door het Hof van Justitie geformuleerde uitgangspunten en spitst zich toe op de toelaatbaarheid van de kwantitatieve beperking van het aantal wederverkopers.³

Na vastgesteld te hebben dat de aard van de betrokken producten een systeem van selectieve distributie redelijkerwijs rechtvaardigt, oordeelt de NMa dat de selectie van wederverkopers aan de hand van de afzetmogelijkheden in de betreffende regio een subjectief en kwantitatief criterium in zich bergt en leidt tot een discriminatoir erkenningsbeleid.⁴ De toepassing van een dergelijk kwantitatief criterium brengt in beginsel de toepasselijkheid van het kartelverbod met zich mee. Gelet op het marktaandeel van Breitling op de Nederlandse markt acht de NMa de toepasselijkheid van artikel 6 Mw ook daadwerkelijk gegeven.⁵

De NMa oordeelt niettemin dat aan de vier voorwaarden van artikel 17 Mw voldaan is en dat derhalve de selectieve distributieovereenkomst en de wijze waarop de

1 De NMa is kennelijk van oordeel dat geen der partijen marktmacht heeft. In punt 9 van het besluit heet het dat 'niets er op wijst dat een der bedrijven in deze markt een dusdanige omvang heeft dat zij de variabelen van de markt significant kan beïnvloeden'.

2 Breitling-verkopers dienen zich voorts te onthouden van niet door Koster geautoriseerde promotionele acties. Zie punt 21 van het besluit.

3 Zie, *infra*, noot 14.

4 Onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG, zaak 107/82, AEG vs. Commissie, Jur. 1983, p. 315, oordeelt de NMa dat, nu de Breitling-verkopers op de hoogte zijn van het regionale spreidingsbeleid van Koster, het erkenningsbeleid geacht wordt te vallen binnen de contractuele betrekkingen van Koster en de Breitling-wederverkopers.

5 Zie punt 57 van het besluit. De merkbaarheidstoets is beperkt tot een onderzoek naar het marktaandeel van de producten. Precieze gegevens omtrent dat marktaandeel zijn niet in de publieke versie van het besluit opgenomen. Het besluit vermeldt weliswaar dat het marktaandeel van Breitling-horloges op de Nederlandse horlogemarkt ligt tussen 0 en 10%, maar dat het marktaandeel van Breitling in het luxe segment hoger is. Binnen dat segment behoort Breitling tot de drie meest populaire merken.

A n n o t a t i e s

Breitling-wederverkopers worden geselecteerd voor een ontheffing in aanmerking komen.

Ter rechtvaardiging van de gehanteerde selectiecriteria voerde Koster aan dat het regionale spreidingsbeleid ingegeven werd door het beperkte aantal Breitling-horloges dat Breitling S.A. aan Koster voor de Nederlandse markt ter beschikking stelt, alsmede de omstandigheid dat ieder verkooppunt over een bepaalde minimumvoorraad diende te beschikken. Het wel beleveren van alle Breitling-verkopers die aan de kwalitatieve vereisten voldoen zou tot gevolg hebben dat er per Breitling-verkoper slechts een zeer gering aantal horloges beschikbaar zou zijn. De NMa acht dit argument overtuigend; een zeer gering aantal producten per verkoper leidt tot een drastische vermindering van de keuzemogelijkheid van de consument en de distributie van de horloges, waardoor het imago van Breitling kan worden aangetast. Voorts zou het zeer geringe aantal horloges slechts een lage omzet genereren waardoor Breitling-wederverkopers geen of zeer weinig inspanning tot verkoopbevordering en service zouden leveren. De beperking van het aantal Breitling-wederverkopers is derhalve noodzakelijk om de voordelen van het selectieve distributiesysteem te kunnen waarborgen en dat brengt, aldus de NMa, mee dat bij die kwantitatieve beperking rekening mag worden gehouden met de afzetmogelijkheid binnen een bepaalde regio. Een evenwichtige spreiding van wederverkopers welke in verhouding is met de afzetmogelijkheden van de regio's genereert derhalve een meer efficiënte allocatie, waarbij het maximum aantal consumenten wordt bereikt. De onderhavige beperking van het aantal Breitling-verkopers leidt derhalve tot een verbetering van de distributie van de producten in de zin van artikel 17 Mw.

Aan de andere vereisten van artikel 17 Mw is eveneens voldaan. Ondanks het beperkte aantal producten dat beschikbaar is voor de Nederlandse markt, zijn in elke regio in Nederland een of meerdere Breitling-wederverkopers gevestigd, hetgeen de consument ten goede komt. De beperking van het aantal distributeurs en het regionale spreidingsbeleid is voorts onmisbaar om de genoemde voordelen van de distributie te bereiken. Tot slot is binnen het segment van de horlogemarkt waarop Breitling actief is sprake van veel marktpartijen en uiteenlopende verkoopkanalen, zodat ook aan de laatste voorwaarde van artikel 17, de aanwezigheid van restconcurrentie is voldaan.

Commentaar

Dit besluit lijkt zich in de eerste plaats te kenmerken door een wat curieuze samenloop van omstandigheden. Deze zaak werd in gang gezet door een klacht tegen de weigering om een onderneming die kennelijk aan de voor het selectieve distributienetwerk van Breitling geldende kwalitatieve eisen voldeed, als wederverkoper aan te wijzen. Gelet op de overwegingen van het besluit, kwam die weigering de NMa gerechtvaardigd voor. Op klachten van belanghebbenden⁶ dient de NMa binnen een redelijke termijn te beslissen⁷ en, aangezien volgens vaste rechtspraak

van het Hof van Justitie beperkingen van het aantal wederverkopers in het kader van selectieve distributiestelsels in beginsel de toepasselijkheid van het kartelverbod met zich brengen⁸, werd de NMa – bij ontstentenis van een ontheffingsaanvraag – kennelijk geconfronteerd met de onmogelijkheid om de klacht af te wijzen en het Breitling-distributienetwerk te sauveren. Die ontheffingsaanvraag werd uiteindelijk enkele maanden na ontvangst van de klacht ingediend, ruim een jaar later gevolgd door de ontheffingsbeschikking.

De vraag rijst of de NMa niet een geheel andere benadering had kunnen kiezen. Immers, ten tijde van het nemen van de beschikking was de nieuwe groepsvrijstelling met betrekking tot verticale overeenkomsten reeds in werking getreden.⁹ Selectieve distributiesystemen die (mede) gebaseerd zijn op kwantitatieve criteria profiteren, indien aan de vereisten van de groepsvrijstelling voldaan wordt, diensgevolge met ingang van 1 juni van dit jaar van een automatische vrijstelling van het kartelverbod. Het Nederlandse selectieve distributiestelsel van Breitling zou derhalve *prima facie* van de generieke vrijstelling kunnen genieten.¹⁰ Het is onduidelijk waarom de NMa deze weg niet opportuun achtte. De noodzaak om te beschikken lijkt in ieder geval niet direct voort te vloeien uit de klacht. De toepasselijkheid van de groepsvrijstelling is echter beperkt tot overeenkomsten waarbij het betrokken marktaandeel minder bedraagt dan 30%¹¹ en, hoewel de tekst van het besluit niet uitsluit dat het marktaandeel van Breitling lager is dan dat percentage, bevat het besluit ook aanwijzingen dat dat marktaandeel aanzienlijk hoger lag.¹² In ieder geval is duidelijk dat onder het regime van de groepsvrijstelling een aanmerkelijk meer gedetailleerde marktanalyse had moeten plaatsvinden, in eerste instantie om te beoordelen of de vrijstelling überhaupt van toepassing zou zijn geweest en, indien dat niet het geval zou zijn, om te bezien of het kartelverbod van artikel 6 Mw zich tegen de afspraken zou verzetten.¹³

Het onderscheidende kenmerk van selectieve distributie betreft de selectie van wederverkopers aan de hand van bepaalde criteria en de op de wederverkoper rustende

6 Zie artikel 1:2 lid 1 Awb. Zie voorts over het begrip belanghebbende bijvoorbeeld Ottow, De obstakels voor het indienen van een klacht bij de NMa, M&M 1999, nr. 1, p. 5-9.

7 Zie artikel 4:13 Awb. De NMa hanteert in beginsel een termijn van één à anderhalf jaar.

8 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, zaak 243/83, Binon vs. AMP, Jur. 1985, p. 2015.

9 Zie artikel 1(d) jo. artikel 4 Verordening (EG) Nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG 1999, L 336/21. Artikel 1(d) bepaalt niet dat de 'vastgestelde' criteria uitsluitend van kwalitatieve aard zijn en op uniforme en niet-discriminatoire wijze dienen te worden toegepast. Deze regeling houdt derhalve een niet geringe wijziging ten opzichte van de huidige praktijk in.

10 Zie artikelen 12 en 13 Mw.

11 Zie artikel 3 lid 1, *supra*, noot 9.

12 Zie, *supra*, noot 5.

13 Zie de Richtsnoeren voor de beoordeling van verticale overeenkomsten die Verordening (EG) Nr. 2790/1999 begeleiden, punten 184-198, n.n.g.

A n n o t a t i e s

verplichting de contractproducten uitsluitend aan eindgebruikers en dealers te leveren die eveneens tot het distributienetwerk zijn toegelaten. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie vloeit voort dat selectieve distributiestelsels in het algemeen verenigbaar met artikel 81 lid 1 geacht worden indien, kort gezegd, de technisch complexe of luxe aard van de betrokken producten een dergelijke wijze van distributie rechtvaardigen, teneinde de kwaliteit en het juiste gebruik van die producten te verzekeren, de keuze van wederverkopers geschiedt op grond van objectieve, kwalitatieve criteria die uniform zijn vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en deze op niet-discriminerende wijze worden toegepast.¹⁴ Deze uitgangspunten berusten op de veronderstelling dat de vermindering van de intrabrand prijsconcurrentie gecompenseerd kan worden door intra brand concurrentie op andere elementen¹⁵ en, meer algemeen, dat intrabrand beperkingen kunnen leiden tot een toename van de interbrand concurrentie. Beperkingen van het aantal aangesloten wederverkopers brengt echter, althans naar het oordeel van de EG Commissie, in het algemeen de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG met zich mee.¹⁶

Het besluit volgt in grote lijnen de door het Hof van Justitie en de Commissie uitgezette lijnen. Het feitencomplex en de inhoudelijke beoordeling komen bijna geheel overeen met die van de eerste Commissiebeschikking terzake van selectieve distributiesystemen, de *Omega*-beschikking.¹⁷ Het eindoordeel van de NMa verwondert derhalve niet. Wel valt op dat een beoordeling van de mogelijke cumulatieve effecten van de selectieve distributiestelsels waarvan kennelijk sprake is in het topsegment van de onderhavige markt, achterwege is gelaten, terwijl die toets in het huidige Commissiebeleid juist een centrale plaats inneemt.¹⁸ Voorts kunnen bij een aantal meer ondergeschikte punten van het besluit vraagtekens geplaatst worden.

In de eerste plaats roepen de overwegingen terzake van het begrip marktmacht, de merkbaarheid van de beperkingen en de aanwezigheid van restconcurrentie, in onderling verband beschouwd, vragen op.¹⁹ Dit hangt deels samen met het ontbreken van een gedetailleerde marktdefinitie. Is het topsegment van de horlogemarkt nu wel of niet een aparte relevante markt?²⁰ Ook de beoordeling van de merkbaarheid is summier en beperkt zich tot een onderzoek naar het marktaandeel van Breitling-horloges op de Nederlandse markt.

Een tweede opmerking betreft de beoordeling van het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereiste. De vervulling van deze derde voorwaarde van artikel 17 Mw en artikel 81 lid 3 EG is het meest subjectief van aard en levert in de praktijk zonder twijfel de meeste problemen op. Buiten kijf staat dat Breitling SA het voor de Nederlandse markt aantal beschikbare horloges doelbewust beperkt.²¹ De NMa oordeelt vervolgens dat het spreidingsbeleid en de verplichting een minimumvoorraad aan te houden onmisbaar zijn om de voordelen van het selectieve distributiesys-

teem te genereren²², maar het besluit gaat niet gedetailleerd in op de vraag waarom deze wijze van distributie in dit specifieke geval niet verder gaat dan noodzakelijk is. Dat is niet geheel bevredigend. Immers, niet is uitgesloten dat de voordelen van het distributiestelsel ook met een minder vergaande beperking van het aantal wederverkopers of minder beperkende voorraadverplichtingen bereikt hadden kunnen worden.

Tot slot kan opgemerkt worden dat deze beschikking waarschijnlijk de laatste beschikking 'oude stijl' in zijn soort is. Vanaf 1 juni is het wachten op een individuele beoordeling van een niet onder Verordening 2970/1999 vrijgesteld selectief distributiesysteem.

14 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, zaak 31/80 L'Oreal vs. De Nieuwe AMCK, Jur. 1980, p. 3775; HvJ EG, zaak 26/76, Metro vs. Commissie, Jur. 1977, p. 1875 en GvEA, zaak T-19/92, Leclerc vs. Commissie, Jur. 1996, p. 1927.

15 Zie bijvoorbeeld HvJ EG, zaak 75/84, Metro vs. Commissie II, Jur. 1985, p. 3021; HvJ EG, zaak 107/82, AEG vs. Commissie, *supra*, noot 4, Jur. 1983, p. 3151, GvEA, zaak T-19/92, Leclerc vs. Commissie, *supra*, noot 14 en T-88/92, Groupement d'Achat Edouard Leclerc vs. Commissie, Jur. 1995, p. 1961.

16 Zie Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, 1999, p. 502. Zie bijvoorbeeld ook HvJ EG, zaak 99/79, Lancôme e.a. vs. Etos e.a., Jur. 1980, p. 2511.

17 Beschikking van 28 oktober 1970, Omega, Pb. EG, L 242/22.

18 Zie, *supra*, noot 13.

19 Vergelijk de punten 9, 57 en 65 van het besluit.

20 Zie ook de vermelding in punt 57 van het besluit van de marktpositie van Breitling met betrekking tot mechanische chronografen, een type geavanceerde horloges met bijzondere functionaliteiten.

21 Deze omstandigheid wordt terecht als gegeven aangemerkt.

22 Zie de punten 62 en 63 van het besluit.