CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 27 oktober 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze procedure moet het Hof zich mijns inziens uitspreken over de twee volgende vragen, beide in verband met de toepassing van artikel 85, lid 1, op selectieve distributiesystemen:

— is een selectief distributiesysteem onverenigbaar met artikel 85, lid 1, door het feit dat de producent niet erin slaagt te verzekeren dat het sluitend is, waarbij onder niet sluitend zijn wordt verstaan, dat hij niet weet te verhinderen dat de contractsgoederen op eenzelfde markt niet alleen door de erkende dealers worden verkocht, maar ook door distributeurs die niet tot het officiële distributienet behoren?

— heeft een fabrikant het recht om zijn eigen garantie te beperken tot enkel de produkten die via het officiële distributienet worden verkocht, met uitsluiting dus van de produkten die — overigens rechtmatig — door niet tot dat net behorende handelaren worden verkocht?

2. Ik stel voorop, dat deze twee vragen betrekking hebben op het selectief distributiesysteem voor luxe artikelen, Cartierhorloges. Het is evenwel mogelijk, dat de door het Hof geformuleerde criteria vooral — met betrekking tot de omvang van de producentengarantie — een algemener belang krijgen en ook voor andere belangrijke categorieën van produkten zullen gelden die vaak via selectieve distributiesystemen worden verhandeld.

De feiten

3. Beide hierboven weergegeven vragen zijn opgeworpen in het kader van een geschil tussen een vennootschap van het Metroconcern, dat in verschillende Europese landen zelfbedieningsgroothandels volgens het cash and carry-systeem exploiteert, en de onderneming Cartier, mondiaal marktleider voor bepaalde categorieën van luxeartikelen.

De feiten die aan het geschil ten grondslag liggen, zijn tamelijk duidelijk. Cartier verkoopt haar produkten, naar eigen zeggen in de gehele wereld, via een selectief distributienet. Dat stelsel berust op een standaardovereenkomst die door de nationale dochterondernemingen van het concern (of bij ontbreken daarvan door de importeur-groothandelaar) met de verschillende erkende dealers wordt gesloten.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

Ofschoon zij niet tot het officiële verkoopnet behoort, heeft Metro min of meer ononderbroken Cartier-produkten (vooral horloges) kunnen betrekken en deze in haar winkels kunnen verkopen.

4. In de procedure voor de nationale rechter is niet komen vast te staan, van wie Metro deze produkten betrekt. Ter terechtzitting verklaarde Metro in antwoord op een vraag van mij, dat zij de Cartier-horloges koopt bij onafhankelijke tussenhandelaren in Zwitserland die zich op hun beurt bij erkende Zwitserse dealers van het Cartier-distributienet bevoorraden: zulke leveringen zijn naar Zwitsers recht namelijk toegestaan.

In ieder geval wordt niet betwist (noch voor de nationale rechter, noch voor het Hof) dat Metro de Cartier-horloges *rechtmatig* heeft gekocht en verkocht. Voorts blijkt uit de aan het Hof voorgelegde cijfers dat de verkoop van Cartier-produkten door Metro vooral in Duitsland een niet te verwaarlozen omvang heeft bereikt (in een jaar ongeveer 10 % van de totale verkoop van Cartier-produkten).

Tot 1984 verleende Cartier garantieservice op de door Metro verkochte horloges. Daarna, mede na een wijziging in de overeenkomsten met de erkende dealers, weigerde Cartier gratis garantie te verlenen voor horloges die buiten het officiële distributienet om waren verkregen. Op die horloges bleef Cartier de gevraagde reparaties uitvoeren, maar dan voor rekening van de cliënt.

5. De weigering van Cartier om garantie te verlenen op de door Metro verkochte horloges heeft geleid tot een lange en ingewikkelde procedure voor de nationale rechter, die in het rapport ter terechtzitting juist is samengevat. In het bijzonder het Bundesgerichtshof (BGH), dat ten tweede male uitspraak moest doen op het hoger beroep tegen de beslissing van de feitenrechter, verklaarde dat de weigering van garantie niet meer rechtmatig zou zijn, wanneer dat geschiedde in het kader van een niet-sluitend selectief distributiesysteem, dat wil zeggen een systeem waarbij ook handelaars buiten het verkoopnet (hierna: „outsiders") — zoals Metro — rechtmatig contractsprodukten kunnen betrekken. Het BGH heeft de zaak derhalve voor een nadere vaststelling van de feiten terugverwezen naar het Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG).

6. Op grond van deze overwegingen besloot het OLG de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Moet een selectief distributiesysteem voor luxe gebruiksgoederen op de gemeenschappelijke markt (horloges in de hogere en hoogste prijsklasse), waarop artikel 85, leden 1 en 2, EEG-Verdrag niet van toepassing is, de erkenning van de geldigheid worden onthouden op de enkele grond dat in landen buiten de Gemeenschap een selectief distributiesysteem op basis van een soortgelijke contractuele constructie niet bestaat of althans niet sluitend is, zodat de goederen die in de EG onder bedoeld systeem vallen, aldaar door handelaars die niet tot het systeem behoren, vrijelijk kunnen worden gekocht en rechtmatig op de gemeenschappelijke markt kunnen worden gebracht?"

Het voorwerp van het geding

7. De afbakening van het voorwerp van het geding levert enige problemen op. Strikt genomen vraagt het OLG het Hof enkel, welk belang het criterium dat het distributiesysteem sluitend is, heeft voor de toepassing van artikel 85, lid 1. Opgemerkt zij evenwel dat het OLG deze vraag stelt om uitspraak te kunnen doen over het werkelijke voorwerp van het hoofdgeding, namelijk de vraag of Cartier rechtmatig garantie kan weigeren aan buiten het verkoopnet om verkochte horloges. De rechter is namelijk de mening toegedaan, dat een eventuele onwettigheid van het systeem van Cartier omdat het niet sluitend is, ook de weigering van de garantie onwettig zou maken.

Het is evenwel tamelijk duidelijk, dat de kwestie van de garantie ook zelfstandig kan worden onderzocht, en niet alleen in samenhang met de wettigheid van het distributiesysteem waarvan die garantie een onderdeel uitmaakt. Men kan zich dus afvragen, of de weigering van garantie op zichzelf, onafhankelijk van de wettigheid van het Cartierstelsel, een schending kan opleveren van artikel 85, lid 1. Beide aspecten hangen nauw met elkaar samen, hetgeen overigens wordt bevestigd door het feit, dat alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend (met uitzondering van de Griekse regering), op beide aspecten diepgaand zijn ingegaan.

Zou men zich bepalen tot het probleem van het sluitend of niet-sluitend zijn, zonder na te gaan of de weigering van garantie als zodanig verenigbaar is met artikel 85, lid 1, dan zou zulks betekenen dat de verwijzende rechter een antwoord zou krijgen dat stellig eenvoudiger en sneller, maar zeer onvolledig en van weinig nut voor de oplossing van het aan hem voorgelegde geschil zou zijn. Een dergelijke beperking zou bovendien te minder gerechtvaardigd zijn, nu de discussie zich zowel in de schriftelijke procedure als bij de mondelinge behandeling in hoofdzaak juist op de vraag van de garantie heeft geconcentreerd, waardoor het Hof alle voor een oordeel noodzakelijke gegevens heeft verkregen. Ook om redenen van proceseconomie moet worden aangenomen dat het doelmatig is voor het Hof om in deze procedure *ambtshalve* de vraag van de garantie te onderzoeken.

Gelet op het voorwerp van het geschil en met het oog op de aan de verwijzende rechter voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen criteria die voor de oplossing van de hem voorgelegde rechtsvraag onontbeerlijk zijn, acht ik het in deze zaak derhalve van belang, te onderzoeken — zoals overigens bijna alle partijen in de loop van deze procedure hebben gedaan — of de garantiebeperking op zichzelf een inbreuk op artikel 85, lid 1, kan opleveren.

8. In zijn memorie stelt Metro niet alleen, dat het distributiestelsel van Cartier niet sluitend is en de garantieweigering niet wettig, maar voert zij daarnaast nog een reeks andere bezwaren aan tegen de selectieve distributieovereenkomsten tussen Cartier en haar dealers. Naar haar mening is het systeem van Cartier namelijk om vier redenen in strijd met artikel 85, lid 1:

— de erkende dealers mogen geen produkten bij andere officiële dealers buiten de Gemeenschap betrekken (verbod van kruislingse leveringen vanuit derde landen);

— kruislingse leveringen binnen de Gemeenschap worden in feite verhinderd;

— de criteria voor de selectie van dealers zijn onbillijk en daarom te restrictief;

— het stelsel is niet objectief en leidt niet tot een „zuiver kwalitatieve" selectie.

9. Moet het Hof de gegrondheid van deze bezwaren beoordelen? Mijns inziens moet die vraag ontkennend worden beantwoord. De hierboven weergegeven punten hebben slechts indirect betrekking op het voorwerp van het bodemgeschil, zoals dat hierboven is uiteengezet. Bovendien blijkt niet, dat deze punten door de nationale rechters ooit in een van de verschillende stadia van de procedure zijn beoordeeld. En ten slotte zijn zij evenmin voor het Hof werkelijk onderwerp van discussie geweest: in de schriftelijke procedure heeft alleen Metro er enkele overwegingen aan gewijd, en ter terechtzitting zijn zij in wezen niet ter sprake geweest.

10. Ik meen derhalve, dat die punten buiten het kader van deze procedure vallen. Dat laat natuurlijk de bevoegdheid van Metro onverlet om haar bezwaren tegen het distributiestelsel van Cartier voor te leggen hetzij aan de nationale rechter, die bevoegd is de gegrondheid ervan te toetsen aan artikel 85, leden 1 en 2, hetzij aan de Commissie bij wege van een klacht, als bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 17/62 van de Raad.

Het „niet sluitend zijn" van het stelsel van Cartier

11. Metro stelt dat het stelsel van Cartier niet sluitend is, en zulks zelfs in aanzienlijke mate. Een belangrijke hoeveelheid Cartierartikelen zou worden verkocht door onafhankelijke handelaars, die dus niet tot het officiële net behoren. Dit zou de mededingingsverhoudingen tussen erkende en onafhankelijke dealers vervalsen; beiden verhandelen dezelfde produkten op dezelfde markten, waarbij eerstgenoemden evenwel lasten (in verband met de concentratie van hun assortiment en hun activiteiten voor de contractsprodukten) te dragen hebben die de anderen niet hebben.

12. Cartier brengt daartegen in, dat haar systeem wel sluitend is, zowel in theoretisch als in praktisch opzicht. De verkoop van haar produkten zou zij in de gehele wereld hebben toevertrouwd aan een netwerk van geselecteerde distributeurs, die contractueel verplicht zijn, deze produkten door te verkopen hetzij aan eindgebruikers, hetzij aan *handelaren die tot het officiële net behoren.* In dit laatste geval geldt voor de verkopen een speciale registratieregeling. Het systeem is dus zo opgezet dat wordt gewaarborgd, dat de produkten uitsluitend via het officiële verkoopnet en niet via onafhankelijke handelaars worden verkocht. Het enige geval van onafhankelijke verkoop op de Europese markt is volgens Cartier dat van Metro, die alle middelen waarover zij beschikt, inzet om in derde landen kleine hoeveelheden Cartierhorloges te betrekken, die dan geleidelijk in de diverse winkels van het concern te zamen worden aangeboden. Onderstreept moet overigens worden, dat Cartier ervan heeft

afgezien om *te bewijzen* dat haar stelsel mondiaal sluitend is.

Bovendien heeft Cartier, zoals reeds gezegd, in de procedure waarin zij verwerende partij is, niet gesteld dat de aan- en verkoop van haar produkten door Metro onrechtmatig is en, in het bijzonder, een vorm van oneerlijke mededinging oplevert.

13. Verder verklaart Cartier — daarin gesteund door de Franse en de Griekse regering en met enig voorbehoud door de Commissie — dat het volgens het gemeenschapsrecht hoe dan ook geen essentieel vereiste voor de wettigheid van een selectief distributiesysteem is, dat dit systeem sluitend is. Enige lekken — die tot uiting komen doordat op de markt van een of meer Lid-Staten een zekere hoeveelheid contractsprodukten door onafhankelijke handelaars worden verkocht — moeten worden beschouwd als een element dat de mededinging stimuleert en dus als een factor die het systeem verenigbaar en niet onverenigbaar maakt met artikel 85, lid 1.

14. In dit verband dient allereerst te worden opgemerkt dat selectieve distributiesystemen volgens een welbekende, vaste rechtspraak van het Hof verenigbaar zijn met artikel 85, lid 1, mits de keuze der wederverkopers wordt gerechtvaardigd door eisen die verband houden met de aard van het betrokken produkt en bij deze keuze objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf; verder moeten deze voorwaarden uniform voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast (zie bij voorbeeld het arrest van 11 december 1980, zaak 31/80, L'Oréal, Jurispr. 1980, blz. 3775).

15. In beginsel is het opzetten van een selectief distributiesysteem voor artikelen die, zoals de Cartier-horloges, behoren tot de categorie van luxeartikelen van hoge handwerkskwaliteit, zonder meer gerechtvaardigd. In deze sector is de kanalisering van de distributie via geselecteerde handelaars, die zich verplichten het merk te verkopen, een belangrijk vereiste voor de bevordering van het imago en de commerciële goodwill van het produkt.

16. Nu is vastgesteld, dat het opzetten van een selectief distributiesysteem voor produkten als de Cartier-horloges in beginsel gerechtvaardigd is, moet vervolgens worden bepaald of het feit dat zulk een systeem *niet sluitend is,* de wettigheid ervan kan aantasten.

17. In dit verband moet eerst worden gepreciseerd, dat het criterium van het sluitend zijn een nationaalrechtelijk criterium is. Uit de stukken blijkt, dat dit begrip in het Duitse recht in twee opzichten van belang is. In het eerste, procesrechtelijke, opzicht bewerkstelligt het criterium een omkering van de bewijslast in gevallen, waarin een producent die een selectief distributiesysteem heeft opgezet, een actie wegens oneerlijke mededinging instelt tegen derden, outsiders, die zijn produkten hebben verkocht. Wanneer in zo een geval het distributiesysteem sluitend is, geldt als *vermoeden,* dat de outsider oneerlijk heeft gehandeld, ofwel door een wanprestatie van een erkende dealer uit te lokken, ofwel door eenvoudig van een dergelijke wanprestatie te profiteren. Het vermoeden dat de handelwijze van de outsider

onrechtmatig is, maakt het de producent dus mogelijk de wederverkoop van zijn produkten door die outsider te doen beëindigen en vergoeding van de geleden schade te vorderen.

In materieelrechtelijk opzicht vervolgens, is het criterium van het sluitend zijn bepalend voor de *doelmatigheid* van de clausules in een selectieve distributieovereenkomst die de dealer bepaalde verplichtingen opleggen, zoals met name de verplichting om geen contractsprodukten onder de door de fabrikant vastgestelde minimumprijs of aan outsiders te verkopen. Wanneer het systeem niet sluitend is en de erkende distributeur zich daardoor aan de mededinging van onafhankelijke derden ziet blootgesteld, kan hij zich van zijn verplichtingen bevrijden, door tegen de producent *de exceptie van misbruik van recht* op te werpen. Deze exceptie ontneemt de door de producent ingeroepen contractsbepalingen elk rechtsgevolg. Op die manier verliest het systeem waarvan is geconstateerd dat het niet sluitend is, in de praktijk iedere bindende werking jegens de dealers.

Overigens is mijns inziens in de mondelinge behandeling naar voren gekomen, dat het criterium dat het systeem sluitend is, ook in het Duitse recht bij de toepassing van het nationale kartelrecht geen direct belang heeft.

18. Hoe dan ook, welke ook de rol van dit criterium op nationaal niveau moge zijn, de vraag die hier moet worden beantwoord is, of het selectieve distributiesysteem op *communautair niveau* onverenigbaar moet worden geacht met artikel 85, lid 1, om de enkele reden dat het niet sluitend is.

19. Ter zake is gesteld, dat noch de Commissie noch het Hof dit criterium ooit als een van de voorwaarden heeft genoemd waarvan de wettigheid van een selectief distributiesysteem afhangt. Dat is op zichzelf uiteraard niet doorslaggevend. Wel van belang is daarentegen, dat de toepassing van dit criterium in de sfeer van artikel 85 EEG-Verdrag niet gerechtvaardigd lijkt door enig werkelijk vereiste van bescherming van de mededinging.

20. In dit verband lijkt het mij dienstig een feitelijke omstandigheid als uitgangspunt te nemen. Zoals Cartier terecht heeft benadrukt, is het volstrekt normaal dat selectieve distributiesystemen een zeker aantal lekken vertonen. Men denke slechts aan het feit, dat zulke systemen in de praktijk geleidelijk worden opgebouwd: zij kunnen aanvankelijk bepaalde geografische gebieden bestrijken om pas in een later stadium naar andere gebieden te worden uitgebreid. Dat blijkt in het bijzonder voor de Europese markt op te gaan; op deze markt kan het zeer wel voorkomen dat een producent er enkel in slaagt, in enige staten een selectief distributienet op te bouwen, waar zijn produkten bij de consument een grotere bekendheid en prestige genieten en waar dus gemakkelijker distributeurs te vinden zijn die bereid zijn de aan een selectieve distributieovereenkomst klevende verplichtingen en lasten op zich te nemen, terwijl hij in andere staten zijn produkten in ieder geval gedurende enige tijd via onafhankelijke handelaren verkoopt. In dit geval is het volstrekt normaal dat voorzover aan de economische voorwaarden daarvoor

is voldaan, onafhankelijke handelaren in landen met een selectief distributiesysteem zich via parallelimport zullen bevoorraden bij onafhankelijke handelaren in landen waar geen selectieve verkooporganisatie bestaat.

Bovendien is het verschijnsel van verkoop door outsiders in het algemeen moeilijk te voorkomen wanneer het om produkten gaat die door grote aantallen distributeurs worden afgezet. Zo is het weliswaar niet uitgesloten dat bij luxeartikelen, die gewoonlijk via een tamelijk beperkt verkoopnet worden afgezet, de naleving van een selectief distributiesysteem kan worden gecontroleerd en verzekerd (hoewel het voorbeeld van Metro juist het tegendeel lijkt te bewijzen), maar het is ongetwijfeld moeilijker om lekken in de distributiestructuur te voorkomen bij massaconsumptiegoederen als amusementselektronica of kleine elektrische huishoudelijke apparaten, waarvoor in de regel een veel fijnmaziger distributienet wordt gekozen.

21. Wanneer op Europees of zelfs mondiaal niveau de wettigheid van een selectief distributiesysteem ervan afhankelijk zou worden gemaakt dat het systeem sluitend is, dan zou, gelet op deze feitelijke achtergrond, de mededinging eerder worden beknot in plaats van te worden beschermd.

Zou immers als essentieel vereiste worden gesteld dat het systeem sluitend is, dan zou uiteindelijk in de eerste plaats de autonomie van partijen aanzienlijk worden beperkt. De producent en zijn handelspartners zouden met een ingrijpende, en in veel gevallen geen verband met de economische realiteit houdende keuze worden geconfronteerd, namelijk ofwel een volstrekt sluitend systeem opzetten, of geheel van selectieve distributie afzien. In de praktijk zou dit een zekere mate van starheid in de handelsbetrekkingen introduceren, waardoor de partijen niet meer vrij en naar eigen goeddunken de beste distributievorm kunnen kiezen. Waar de geïntegreerde distributievorm voor sommige sectoren — zoals de onderhavige — een belangrijk instrument voor de bevordering van de verkoop van de betrokken produkten blijkt te zijn, zou de producent ten onrechte een belangrijk *wapen* in de *„interbrand"*-mededinging worden ontnomen, wanneer daardoor selectieve distributie voor hem onmogelijk wordt, op de enkele grond dat hij de verkoop door outsiders niet geheel weet te verhinderen.

In de tweede plaats mag niet onvermeld blijven, dat in economische sectoren waar alle grote producenten zich voor hun afzet van selectieve distributiesystemen bedienen, de mogelijkheid van verkoop door outsiders ook een positieve invloed kan hebben; deze mogelijkheid fungeert dan als een veiligheidsklep, in die zin dat zij, zonder dat de wettigheid van selectieve verkoopnetten ter discussie wordt gesteld, gevallen van een ongewenste verstarring, met name in de prijzen, af kan zwakken door een kier open te laten voor een beperkte parallelle handel via buiten het officiële verkoopnet opererende handelaren.

22. Wat dan de verstoring van de concurrentieverhoudingen tussen officiële en onafhankelijke handelaars betreft, die de verkoop door outsiders teweeg kan brengen, moet mijns inziens ook hier de oplossing voor dit probleem aan de autonomie van de betrokken partijen, namelijk de producent en de officiële distributeurs, worden overgelaten. Deze zijn het best in staat om uit te maken of de omvang van de verkoop door outsiders van dien aard is, dat de samenhang

van het selectieve distributiesysteem in gevaar komt. In dat geval zal het in het belang van allen zijn om de distributievorm te herzien en van een gespecialiseerde distributie over te stappen naar een vrije distributie. Dit kunnen partijen uiteraard regelen door de selectieve distributieovereenkomst met onderling goedvinden te ontbinden of, in geval van conflicterende belangen, met behulp van andere instrumenten die het nationale overeenkomstenrecht biedt.

Accepteert men deze oplossing niet, dan dreigt het gevaar van een remedie die erger is dan de kwaal, in die zin dat om een einde te maken aan de verstoring van het selectieve distributiesysteem door outsiders, dit gehele distributiesysteem op grond van artikel 85, leden 1 en 2, nietig wordt verklaard, en zulks paradoxaal genoeg nog wel tegen de zin van betrokkenen, producent en officiële distributeurs, die door de verkopen door outsiders worden benadeeld.

Volledigheidshalve wil ik er voorts op wijzen, dat het criterium dat het systeem sluitend is, in de praktijk moeilijk hanteerbaar kan blijken. Vanaf welke omvang van verkopen door deze outsider en na welke periode kan worden gesteld, dat het selectieve distributiesysteem onverenigbaar is geworden met artikel 85, lid 1? Moet men van een uniforme drempel voor alle sectoren uitgaan, of moet men voor elke sector differentiëren? En in dat laatste geval: op grond van welke maatstaven? Zijn de rechterlijke instanties, inclusief het Hof van Justitie, in staat deze vragen te beantwoorden zonder het risico te lopen, willekeurige beslissingen te geven? Deze onzekerheid bevestigt naar mijn mening, dat de problemen als gevolg van eventuele verkopen door outsiders autonoom door partijen moeten worden opgelost en niet door rechterlijk ingrijpen op grond van artikel 85, leden 1 en 2.

23. Ik geef het Hof derhalve in overweging op dit onderdeel te antwoorden, dat in het geval van een selectief distributiesysteem het enkele feit dat de contractsprodukties op dezelfde markten behalve door de officiële dealers ook door outsiders rechtmatig worden verkocht, dat systeem niet onverenigbaar maakt met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

De beperking van de garantie

24. Metro stelt dat door de beperking van de garantie tot de via de officiële distributeurs verkochte artikelen de verkopen van de onafhankelijke handelaars sterk benadeelt. Deze beperking is volgens haar niet gerechtvaardigd door eisen in verband met de bescherming van de kwaliteit en het prestige van de produkten. Metro legt de nadruk op het feit, dat de diensten in verband met de garantie door de fabrikant worden verleend, terwijl de distributeur zich bepaalt tot eenvoudige handelingen die geen speciale techniek of apparatuur vergen.

25. Cartier brengt daar andere argumenten tegen in, in het bijzonder dat alleen de officiële distributeurs over de nodige informaties, materialen en instrumenten beschikken om de produkten in voorraad te houden, en in optimale staat aan de klant af te leveren. Dat vloeit rechtstreeks voort uit de bijzondere contractuele verplichtingen die ieder lid van het officiële net in de selectieve

distributieovereenkomst op zich neemt. Bovendien worden alleen de via het officiële circuit afgezette produkten aan de voor de echtheidsgarantie vereiste controles onderworpen. De gevallen waarin Metro namaakprodukten heeft verkocht, zouden hiervoor het bewijs zijn. De producent zou zijn garantie dus rechtmatig kunnen beperken tot de via het officiële circuit verkochte produkten.

26. Bij de behandeling van deze vraag moet in de eerste plaats worden nagegaan, welke uitwerking de garantiebeperking op de mededingingsverhoudingen heeft. In het algemeen zijn handelaren die de produkten niet met de normaal door de fabrikant verleende garantie kunnen leveren, commercieel sterk in het nadeel; gesteld voor de keuze tussen een produkt mèt of een zonder garantie zal de consument eerder aan het eerste de voorkeur geven, ook omdat het ontbreken van garantie bij de consument twijfel kan doen rijzen over de kwaliteit (of zelfs de echtheid) van het hem aangeboden produkt.

De Commissie benadrukt evenwel, dat de garantiebeperking bij (kwalitatieve) *selectieve* distributiesystemen andere gevolgen heeft dan bij *alleen*verkoop.

Bij alleenverkoop verschaft de weigering van garantie op door nevenimporteurs verkochte produkten de alleenverkoper in het hem toegewezen gebied een onloochenbaar voordeliger positie dan de nevenimporteurs: daar deze laatsten aan hun afnemers geen garantieservice kunnen verlenen, lopen zij in feite het risico, van de markt te worden gedrukt, met als gevolg dat de door de producent aan zijn alleenverkoper verleende exclusiviteit zich geleidelijk ontwikkelt van een louter relatieve tot een nagenoeg absolute exclusiviteit.

Bij (kwalitatieve) selectieve distributie hebben alle wederverkopers die aan de gestelde vereisten voldoen, althans in theorie de mogelijkheid om te worden erkend en de produkten te mogen verkopen; daaruit volgt dat er binnen een bepaald gebied een wisselend en zelfs tamelijk groot aantal erkende distributeurs kan zijn, zonder dat één van hen aldaar een contractueel alleenverkooprecht geniet. Bij selectieve distributie verstrekt een garantieweigering voor buiten het distributiesysteem om verkochte produkten niet een reeds bestaande alleenverkoop, maar beoogt zij enkel de erkende dealers te beschutten tegen de concurrentie van de onafhankelijke handelaren.

Gelet op een en ander zou men licht de conclusie kunnen trekken, dat de garantiebeperking bij een (kwalitatief) selectief distributiesysteem geen beperking van de mededinging tot gevolg heeft. De weigering van garantie voor door outsiders verkochte produkten zou slechts tot gevolg hebben dat die handelaren — de niet-erkende handelaren — worden benadeeld, die in beginsel (dus wanneer het systeem optimaal had gefunctioneerd) de betrokken produkten eigenlijk niet eens hadden mogen verkopen.

27. Ik ontken niet, dat voor deze benadering veel is te zeggen. Bij nader inzien lijkt zij mij echter toch te eng en volstrekt onjuist.

28. Vooraf wil ik, al was het maar terloops, opmerken, dat de *kwalitatieve* selectie een prachtige theoretische constructie is, maar dat het bepaald niet zeker is, of daaraan in de praktijk ook strikt de hand wordt gehouden. Alle door de Commissie genoemde voorzorgsmaatregelen ten spijt — die in het geval van de Cartier-overeenkomsten overigens volstrekt ontbreken — kan het gebeuren dat systemen die in theorie kwalitatief zijn en dus openstaan voor elke wederverkoper die aan de gestelde vereisten voldoet, naderhand in feite veel meer gesloten of stringent blijken te zijn dan was verklaard. Dat zou in het bijzonder het geval kunnen zijn bij produkten zoals luxeartikelen, waar de distributie eerder nogal geconcentreerd is en het moeilijk is vast te stellen of het systeem in werkelijkheid niet op een *kwantitatieve* selectie berust.

Althans zolang de Commissie en het Hof in beginsel gekant blijven tegen elke vorm van kwantitatieve selectie, mag dus worden aangenomen dat de verkoop door outsiders, mits zij rechtmatig is, een soort veiligheidsklep vormt die bescherming verdient, ook wat de garantie betreft.

29. Maar dat is nog niet eens de belangrijkste overweging. Ik meen namelijk, dat ook wanneer het distributiesysteem werkelijk kwalitatief zou zijn, de beperking van de garantie tot de via de officiële distributeurs verkochte artikelen ook een beperking van de concurrentie ten gevolge kan hebben, in de zin van artikel 85, lid 1.

30. Ter zake moet van de — reeds meermaals genoemde — veronderstelling worden uitgegaan, dat de verkoop buiten het verkoopnet om door onafhankelijke distributeurs als Metro rechtmatig is. Zou dat niet het geval zijn, bij voorbeeld wanneer het om nagemaakte produkten gaat, dan is het duidelijk dat het probleem van de garantie zich niet zou stellen, aangezien de producent andere, radicalere middelen dan een weigering van garantie zou kunnen gebruiken om de onrechtmatige verkoop van zijn produkten tegen te gaan. Overigens spreekt het in het algemeen vanzelf, dat de producentengarantie zich alleen tot originele produkten uitstrekt en zeker niet tot namaakartikelen.

Zoals ik reeds heb verklaard, bestrijdt Cartier in casu niet, dat de door Metro verkochte produkten, waaraan zij haar garantie onthoudt, rechtmatig in de handel zijn gebracht: het zijn dus geen namaakartikelen.

31. Daar komt nog bij dat alle partijen — ook Cartier zelf — hebben gewezen op het feit, dat een zekere mate van handel buiten het net om in de economie een volstrekt *normaal* verschijnsel is, dat zonder meer naast de officiële distributiesystemen kan bestaan en, waar het zich voordoet, een *positieve* invloed heeft op de mededinging.

32. Doch wanneer dat zo is, begrijp ik niet, waarom de producent de mogelijkheid zou moeten hebben om de garantieweigering te gebruiken als een instrument, als een wapen, om daarmee nadeel toe te brengen aan handelaren wier activiteiten, naar hijzelf toegeeft, niet alleen rechtmatig zijn, maar zelfs positief voor de mededinging.

Het is een feit, dat het communautaire kartelrecht het recht van de producent erkent en beschermt om selectieve systemen op te zetten en zijn dealers te verplichten de contractsgoederen uitsluitend aan andere erkende handelaars te leveren (afgezien van eindverbruikers). Zodra evenwel om welke reden ook (beperkte geografische omvang van het officiële net, wetgeving in andere landen die een contractueel verbod van verkoop aan outsiders niet toestaat, onmogelijkheid te verzekeren, dat het stelsel sluitend is, of om andere redenen) een *rechtmatig* handelsverkeer buiten het distributienet tot ontwikkeling komt, zie ik niet in waarom die handelsactiviteiten niet evenzeer dienen te worden beschermd als alle andere, ook op het punt van de garantie.

33. Voor deze zienswijze vind ik ook steun in overwegingen van *consumentenbescherming,* overwegingen die bij de uitlegging van artikel 85 EEG-Verdrag niet buiten beschouwing dienen te blijven. Wordt de garantiebeperking namelijk toegestaan, dan betekent zulks dat consumenten die bij een onafhankelijke handelaar *rechtmatig* een *origineel* produkt hebben gekocht, alleen vanwege dat feit niet de normale garantie van de producent voor fabricagegebreken krijgen. Dat is een volstrekt ongerechtvaardigde *discriminatie,* althans voorzover het gaat om gebreken die voor rekening zijn van de producent en niet van de onafhankelijke distributeur die het produkt heeft verkocht.

34. Cartier heeft evenwel betoogd, dat de garantiebeperking gerechtvaardigd is om andere redenen. Volgens haar verhoogt de handel door outsiders de risicofactor die voor de fabrikant aan iedere garantietoezegging is verbonden. Alleen de gespecialiseerde handelaren zijn in staat de produkten optimaal op te slaan en daarmee het risico dat defecten ontstaan, tot een minimum beperken. Een verplichting om ook garantie te verlenen op door outsiders verkochte produkten, zou de producent daarentegen aan onaanvaardbare risico's, en dus kosten, blootstellen. Cartier heeft namelijk gepreciseerd, dat de specifieke bijdrage van de erkende dealer aan een optimale opslag van het produk in wezen neerkomt op het precies en tijdig vervangen van de quartzbatterijtjes, zonodig het inzetten van bepaalde batterijen en soms de vervanging van dichtingen.

35. Persoonlijk denk ik dat de rol van de erkende dealer hier dreigt te worden overschat. Ook outsiders kunnen serieus en vakbekwaam zijn en de nodige kennis en apparatuur hebben om een meer dan correcte opslag en gebruiksklaar maken van de artikelen te garanderen; ik geloof namelijk niet, dat onafhankelijk handelaar synoniem is met niet gespecialiseerd handelaar of, erger nog, handelaar die zijn vak niet verstaat.

In het onderhavige geval nu is het dienstig te herinneren aan wat het OLG in zijn beschikking van 20 december 1988 overwoog (sub f), namelijk dat „de onderhouds- en garantieservice waartoe de dealer zelf is gehouden, niet verder gaat dan technisch tamelijk ondergeschikte zaken, terwijl ingrepen in het ‚hart' van het horloge aan de fabrikant blijven voorbehouden" en dat de door de dealer te verlenen service ongetwijfeld een minimum aan technische uitrusting vergt. Het zou evenwel te betwijfelen zijn, of „een dergelijke uitrusting hogere technische, professionele of financiële eisen stelt dan waaraan het gros van de overige detaillisten in de

horlogevakhandel of de grote warenhuizen met gespecialiseerde afdelingen en geschikt personeel kunnen voldoen".

36. Gelet op deze overwegingen is het meer dan twijfelachtig, of de verkoop van Cartier-horloges door Metro dusdanige technische risico's inhoudt, dat het door de fabrikant opgezette garantiestelsel zou worden ondermijnd.

37. Maar ook onafhankelijk van dit aspect, is er nog een andere overweging die ik van wezenlijk belang vind. Nemen wij aan, dat de erkende dealers technisch gecompliceerde prestaties verrichten die de niet-erkende handelaar niet kan aanbieden, en dat die prestaties beslissend zijn om te voorkomen dat zich *problemen* en technische defecten voordoen; dit is een zuiver feitelijk aspect dat uiteraard de nationale rechter dient op te helderen.

In zo een geval zal de producent zonder twijfel de garantie mogen weigeren voor defecten die het *gevolg* zijn van het feit dat de onafhankelijke handelaar die prestaties niet of onoordeelkundig heeft verricht.

Er is daarentegen geen enkele reden om de producent toe te staan, geen garantie te verlenen voor defecten die geen enkel verband houden met die verrichtingen en, met andere woorden, even goed hadden kunnen optreden wanneer het produkt door een erkende dealer was verkocht.

38. Deze oplossing lijkt mij de verschillende tegenover elkaar staande belangen te kunnen verzoenen: enerzijds het belang dat de producent erbij heeft om niet te hoeven instaan voor defecten die zouden zijn voorkomen, wanneer het produkt via het officiële kanaal was afgezet, en anderzijds het belang dat de onafhankelijke handelaars en hun afnemers erbij hebben, dat door outsiders verkochte artikelen op het punt van de garantie niet ongerechtvaardigd worden gediscrimineerd; een dergelijke discriminatie zou zich stellig voordoen, wanneer de producent de garantie ook kan weigeren voor defecten die beslist niet zijn te wijten aan handelingen van de onafhankelijke handelaar.

Zo zou Cartier in de onderhavige zaak — wanneer haar conclusies juist blijken — de garantie kunnen weigeren voor een schade die verband houdt met het niet of onoordeelkundig vervangen van dichtingen, maar zij zou haar garantie niet kunnen weigeren voor een schade die bij voorbeeld door materiaalgebreken is ontstaan.

Een en ander zou temeer moeten gelden, nu de garantie van Cartier een garantie voor „fabricagefouten" is; de verplichting die de producent tegenover de verkrijger op zich heeft genomen — zoals omschreven in het „garantiecertificaat" dat bij ieder verkocht horloge wordt afgegeven — zou in ieder geval niet de defecten behoeven te dekken die aan handelingen van de onafhankelijke handelaar zijn toe te schrijven.

39. Ik ben derhalve van mening, dat de in het „garantiecertificaat" neergelegde verplichting van de producent om in te staan

voor fabricagefouten ook geldt tegenover consumenten die het betrokken produkt gekocht hebben bij een niet-erkende handelaar, met uitzondering alleen van defecten die het gevolg zijn van het feit dat de niet-erkende handelaar de prestaties die normaal door de erkende dealer worden verricht, niet of niet correct uitvoert.

40. Deze oplossing hoeft uiteraard niet alleen te gelden voor de onderhavige produkten, maar kan in voorkomend geval ook gelden voor andere categorieën van produkten die via selectieve distributie worden afgezet en door een garantie van de producent worden gedekt.

41. Op grond van een en ander geef ik het Hof in overweging, uitspraak te doen als volgt:

„1) In het geval van een selectief distributiesysteem kan het enkele feit, dat de contractsprodukten op dezelfde markten behalve door de officiële dealers ook door outsiders rechtmatig worden verkocht, dat systeem niet onverenigbaar maken met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

2) Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verzet zich ertegen, dat een producent in het kader van een selectief distributiesysteem eendrachtig met de erkende dealers rechtmatig door niet-erkende handelaren verkochte produkten van de garantie voor fabricagefouten uitsluit. Deze garantie kan de koper echter niet inroepen voor defecten of schade die het gevolg zijn van het feit dat de niet-erkende handelaar de prestaties die normaal door de erkende dealer worden verricht, niet of niet correct uitvoert."