

73. Mededingingsrechtelijke aspecten van online verkoopbeperkingen in exclusieve en selectieve distributiestelsels

MR. R. ELKERBOUT LL.M.

Het zal de lezers niet zijn ontgaan; er heeft de laatste jaren een flinke toename van de verkoop van (merk) producten en diensten via het internet (in deze bijdrage ook wel 'online verkoop' genoemd) plaatsgevonden. Online verkoop is booming business.¹

Inleiding

Online winkelen biedt de consument veel voordelen. Technologieën ontwikkelen zich in sneltreinvaart, zodat het steeds leuker en makkelijker wordt. Ook de snelle bezorging van producten bevordert de online verkoop. Het internet zorgt tevens voor toegenomen prijstransparantie, bijvoorbeeld door het gebruik van prijsvergelijkingswebsites, zodat de consument binnen een paar *clicks* weet waar een bepaald (merk)product tegen de laagste prijs verkrijgbaar is.

De groei van online verkoop zorgt voor een veranderd retaillandschap. Een aantal grote retailers dat jarenlang een prominente plek innam in de Nederlandse winkelstraten ging in 2014 op de fles.² De meer traditionele '*brick-and-mortar*' retailers hebben te lijden onder de toegenomen online verkoop. Zij zien hun winkel in toenemende mate gebruikt worden als *showroom*. Klanten maken gretig gebruik van hun faciliteiten om producten te bekijken en te testen om die producten vervolgens schaaamteloos via het internet bij prijsvechters of andere net iets goedkopere alternatieven te kopen. Dergelijke ontwikkelingen zorgen

voor spanningen in de distributieketen. Winkeliers klagen vaker bij hun leveranciers over oneerlijke concurrentie door online prijsvechters en gebrek aan broodnodige marges. Leveranciers hebben op hun beurt vaak moeite met de presentatie en prijsstelling van hun producten op het internet. Een algehele beperking van verkoop via internet is een voor de hand liggende oplossing voor deze problemen, maar die oplossing stuit – zoals ik in deze bijdrage zal toelichten – op sterke mededingingsrechtelijke bezwaren. Een fabrikant/leverancier mag niettemin wel eisen stellen aan het gebruik van internet bij de wederverkoop van zijn merkproducten, in het bijzonder wanneer sprake is van exclusieve of selectieve distributiestelsels. In deze bijdrage bespreek ik de mededingingsrechtelijke status van online verkoop in exclusieve en selectieve distributiestelsels.³ Omdat naar ik begrip niet alle lezers bekend zullen zijn met het algemene mededingingsrechtelijke kader, geef ik daarvan eerst een korte beschrijving.

1. Mededingingsrecht en online verkoop

1.1 Algemeen kader

Het Nederlandse mededingingsrecht is afgeleid van en

¹ Ter illustratie wijs ik op een drietal recente nieuwsberichten. Zo maakte de belangenvereniging voor webwinkels in Nederland, Thuiswinkel.org, onlangs bekend dat er – wegens een groot tekort aan goede mensen met een gedegen e-commerce opleiding – nog dit jaar een e-Academy wordt opgericht. Op 2 december 2014 liet PostNL weten dat zij voor het eerst op één dag meer dan 1 miljoen pakketten ging bezorgen. Tot slot liet Coolblue begin dit jaar weten dat haar omzet over 2014 omhoog is geschoten naar € 360 miljoen; een omzetgroei van 45% ten opzichte van 2013.

² Het gaat bijvoorbeeld om Schoenenreus, Free Record Shop, Siebel, Polare en Halfords.

³ Dit onderwerp heeft de laatste jaren veel aandacht gekregen in diverse tijdschriften. Ik verwijs in willekeurige volgorde naar enkele nuttige en lezenswaardige artikelen van H.H.P. Lugard, '*Click & Brick* Mededingingsrechtelijke aspecten van internetverkoop', *SEW* 2014, p. 432-442; Y. de Vries, 'Kan selectieve distributie de internetdistributeur buiten de deur houden?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2013, nr. 2, p. 75-80; H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heul, 'Beperking van onlinedistributie van merkproducten, waar liggen de grenzen', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2014, nr. 7, p. 18-23; en M.A. de Jong, 'Internetverkoop onder het mededingingsrecht', *Contracteren*, 2013, nr. 1, p. 16-23.

knoopt aan bij de regels van de Europese Unie en de uitleg daarvan in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie (de ‘Commissie’) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het ‘Hof’). Het Nederlandse kartelverbod staat in artikel 6 lid 1 Mededingingswet. Op grond van het kartelverbod is het ondernemings verboden overeenkomsten te sluiten of onderling afgestemde gedragingen te verrichten die (i) de strekking hebben de mededinging te beperken of die (ii) merkbare nadelige gevolgen hebben voor de mededinging. Krachtens artikel 6 lid 2 Mededingingswet zijn dergelijke afspraken (of gedragingen) van rechtswege nietig zonder dat er een mogelijkheid van conversie bestaat.⁴ Artikel 6 lid 3 Mededingingswet voorziet in een individuele vrijstelling van het kartelverbod.⁵

Het kartelverbod heeft een brede reikwijdte, waarmee het beoogt iedere vorm van coördinatie die welbewust een feitelijke samenwerking tussen ondernemers in de plaats stelt van de risico’s van concurrentie te verbieden.⁶ Elke onderneming moet in principe steeds zelfstandig bepalen welk commercieel beleid zij zal voeren. Die eis van zelfstandigheid is de grondgedachte achter het kartelverbod. Bij een mededingingsrechtelijke beoordeling van een afspraak (of gedraging) moet – gelet op de structuur van het kartelverbod – eerst worden nagegaan of die afspraak in objectieve zin de strekking heeft de mededinging te beperken. Anders gezegd, de eerste vraag die ter beoordeling voor ligt is of een afspraak van dien aard is dat deze concreet geschikt is de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen. Niet is vereist dat een afspraak de belangen van concurrenten of consumenten daadwerkelijk schaadt; de mededingingsregels dienen er volgens vaste rechtspraak toe om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.⁷ Pas indien geen sprake is van een afspraak met een mededingingsbeperkende strekking, moet in tweede instantie worden nagegaan of een afspraak daadwerkelijke of potentiële nadelige gevolgen heeft voor de mededinging op de relevante markt. Of een afspraak een mededingingsbeperkende strekking heeft, kan niet *in abstracto* worden beoordeeld, maar hangt af van de subjectieve intentie van partijen en het objectieve doel van die afspraak in het licht van de juridische en economische context ervan.⁸

In Nederland is het de Autoriteit Consument en Markt (‘ACM’) of de Nederlandse rechter die besluit respectievelijk oordeelt dat een afspraak in strijd is met het kartelverbod. Ondernemingen dienen er echter zelf voor te zorgen dat hun afspraken verenigbaar zijn met het kartelverbod (of dat hun afspraken voldoen aan alle voorwaarden voor een vrijstelling van het kartelverbod). Die eigen verantwoordelijkheid kan worden ingevuld op basis van de Europese en Nederlandse rechtspraak, de beschikkingspraktijk van ACM en de Commissie en de Verordeningen, Richtsnoeren, Bekendmakingen en Beleidsregels die inzicht geven in de toepassing van de mededingingsregels.

Het kartelverbod is (anders dan soms gedacht) niet alleen van toepassing op afspraken tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten (zogenoemde horizontale overeenkomsten), maar ook op afspraken in de productie- of distributieketen tussen een fabrikant en een distributeur/wederverkoper (zogenoemde verticale overeenkomsten), bijvoorbeeld over het gebruik van internet bij de verkoop van producten. Het beoordelingskader voor verticale overeenkomsten wordt hoofdzakelijk gevormd door de Europese Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten (de ‘Groepsvrijstelling’)⁹ die krachtens artikelen 12 en 13 van de Mededingingswet doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde alsook door de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (de ‘Richtsnoeren’).¹⁰

1.2 De Groepsvrijstelling

De Groepsvrijstelling creëert een veilige zone voor bepaalde overeenkomsten (dit artikel gaat over exclusieve en selectie distributiestelsels, maar het betreft bijvoorbeeld ook merkexclusiviteit en franchising) waarvan kan worden aangenomen dat deze normaal gesproken efficiëntievoordelen zullen meebrengen die naar hun aard en omvang opwegen tegen de concurrentienadelen die uit deze overeenkomsten en de verticale beperkingen daarin voortvloeien. De marktaandeeldrempel is daarbij gesteld op 30%.¹¹ Indien een van de ondernemingen bij de overeenkomst een marktaandeel heeft van meer dan 30%, dan geldt de Groepsvrijstelling niet en moeten de verticale afspraken individueel beoordeeld worden. Daarmee creëert de Groepsvrijstelling administratieve eenvoud en rechtszekerheid en wordt *over-enforcement* voorkomen. De Groepsvrijstelling kent een zwarte lijst, de zogenaamde *hardcore* beperkingen, die – zodra ze onderdeel vormen van de verticale overeenkomst – het voordeel van de Groepsvrijstelling teniet doen voor de gehele overeenkomst.¹²

4 Zie HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123 (BP/Benschop c.s.).

5 Om voor een individuele vrijstelling in aanmerking te komen moet aan vier strenge eisen voldaan zijn. De mededingingsbeperkende afspraak moet ten eerste bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Als tweede voorwaarde geldt dat een billijk aandeel in de uit de mededingingsafpraak voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede komt. De derde voorwaarde is dat de mededingingsafpraak geen beperkingen mag bevatten die onmisbaar zijn voor het bereiken van de gewenste verbetering. Tot slot moet voldoende restconcurrentie overblijven. Krachtens artikel 6 lid 4 Mededingingswet rust de bewijslast op de onderneming die zich beroept op de individuele vrijstelling.

6 Zie bijvoorbeeld HvJ EU, zaak C-209/07, *Competition Authority/Beef Industry Development Society en Barry Brothers*, ECLI:EU:C:2008:643, punt 34.

7 Zie recent HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:2204.

8 *Ibid*, punt 53.

9 Verordening (EU) 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

10 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C 130/1.

11 Zie artikel 3 lid 1 van de Groepsvrijstelling.

12 Deze zwarte lijst is neergelegd in artikel 4 van de Groepsvrijstelling. Het gaat dan om (i) verticale prijsbinding, (ii) beperkingen van de wederverkoop, vier uitzonderingen daargelaten, (iii) beperking van de actieve en passieve verkoop aan eindgebruikers door leden van een selectief distributiestelsel, (iv) beperkingen van onderlinge leveringen

Daarnaast kent de Groepsvrijstelling een grijze lijst op grond waarvan een drietal verplichtingen in een verticale overeenkomst van het toepassingsgebied van de Groepsvrijstelling wordt uitgesloten.¹³ De Groepsvrijstelling blijft echter van toepassing op het resterende gedeelte van de verticale overeenkomst indien dat gedeelte kan worden gescheiden van de verplichtingen waarvoor de vrijstelling niet geldt.

1.3 De Richtsnoeren

In de Richtsnoeren worden de beginselen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan het Europese kartelverbod uiteengezet, waaronder ook voorwaarden voor de toepassing van de Groepsvrijstelling. Zoals aangegeven, moeten verticale overeenkomsten die niet kunnen profiteren van de Groepsvrijstelling op basis van een individuele juridische en economische analyse worden getoetst aan het kartelverbod en de individuele vrijstellingsvoorwaarden. De Richtsnoeren bevatten naast een meer algemene beschrijving van de mogelijke positieve en negatieve effecten tevens een handzaam analysekader voor enkele veelvoorkomende specifieke verticale restricties, zoals merkexclusiviteit, alleenverkoop, klantenexclusiviteit, selectieve distributie en franchising.

De Richtsnoeren gaan ook specifiek in op online verkoop.¹⁴ De Commissie geeft aan dat zij internet een machtig instrument vindt om een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten te bereiken dan mogelijk is met de meer traditionele verkoopmethoden. Wanneer een distributeur een website gebruikt om producten te verkopen, wordt dit door de Commissie beschouwd als een vorm van ‘passieve verkoop’.¹⁵ Ik zal dit onderwerp hierna uitvoeriger beschrijven, maar in principe betekent dit dat elke distributeur volgens de Commissie het recht moet hebben om internet te gebruiken ten behoeve van de verkoop van zijn producten. De uitsluiting van het gebruik van internet wordt beschouwd als een *hardcore* beperking van de mededinging. De Richtsnoeren gaan daarnaast ook in op de eisen die leveranciers kunnen stellen in het kader van een selectief distributiesysteem. Ook dit onderwerp komt in het hiernavolgende onderdeel aan de orde.

2. Online verkoop beperkingen in selectieve en exclusieve distributiestelsels

In de inleiding gaf ik al aan dat de toename van online verkoop zorgt voor spanningen in de distributieketen. Het gaat dan bijvoorbeeld om *free-riding* praktijken van

goedkopere webwinkels, te weten het onrechtvaardig profiteren van de promotie-inspanningen van een andere in dit geval *brick-and-mortar* retailer, of, nog vervelender voor de leverancier, *bait-and-switch* praktijken waarbij wederverkopers stunts met verkoopprijzen van bepaalde merken om klanten naar hun webwinkel te lokken om vervolgens andere merken te verkopen.

Het is geen geheim dat leveranciers sleutelen aan hun distributienetten, bijvoorbeeld door exclusieve of selectieve distributienetten uit te rollen, of daarover nadenken, met het doel prijserosie van hun producten te voorkomen en/of meer controle te krijgen over hun distributienetwerk. Er zijn ook weinig andere reële opties. Het is bijvoorbeeld algemeen bekend dat leveranciers geen wederverkoopprijzen mogen voorschrijven aan hun wederverkopers, bijvoorbeeld door het gebruik van minimumprijzen of spookadviesprijzen, dat wil zeggen adviesprijzen die *de facto* neerkomen op vaste prijzen, bijvoorbeeld omdat wordt bedreigd de leveringsrelatie te beëindigen als de (online) verkoper zich hier niet aan houdt.¹⁶

De Commissie ziet kwalitatieve criteria voor internetverkoop die niet equivalent zijn aan de criteria voor fysieke winkels en die internetverkoop in feite ontmoedigen als hardcore beperkingen.

2.1 Exclusieve distributie

In exclusieve distributiestelsels (ook wel ‘alleenverkoop’ genoemd) krijgt één bepaalde distributeur een (geografisch) gebied of een bepaalde klantenkring exclusief toegewezen van de leverancier voor de wederverkoop van de contractproducten of -diensten.¹⁷ Daarmee wordt de desbetreffende distributeur beschermd tegen verkoop door andere distributeurs in zijn gebied of aan zijn klantenkring. De keerzijde van die bescherming is dat die distributeur beperkt wordt in zijn verkoop in andere (op basis van exclusiviteit toegewezen) gebieden of aan andere klantenkringen. Een algehele beperking van de wederverkoop buiten het toegewezen gebied of klantenkring wordt echter beschouwd als een *hardcore* beperking van de mededinging.¹⁸

In het mededingingsrecht wordt in dat verband een onderscheid gemaakt tussen zogenoemde ‘actieve verkoop’ en ‘passieve verkoop’. Onder ‘actieve verkoop’ verstaat de Commissie het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten, bijvoorbeeld door hen rechtstreeks aan te schrijven, een ongevraagde e-mail te sturen of te bezoeken;

tussen leden van een selectief distributiestelsel en (v) de beperkingen op koop van vervangingsonderdelen door eindgebruikers en onafhankelijke herstellende en dienstverleners bij de producent.

13 Deze grijze lijst is neergelegd in artikel 5 lid 1 van de Groepsvrijstelling. Het gaat dan om (i) niet-concurrentiebedingen met een onbepaalde tijd of een langere duur dan vijf jaar, (ii) een concurrentiebedingen die gelden na afloop van de overeenkomst en (iii) een combinatie van selectieve distributie met merkexclusiviteit.

14 Richtsnoeren, paragraaf 52-56.

15 Richtsnoeren, paragraaf 52.

16 Richtsnoeren, paragraaf 48 en 223-225. Indien bewezen kan worden dat opzegging volgt op dreigementen van andere wederverkopers dan kan onder omstandigheden sprake zijn van een overtreding van het kartelverbod. Zie onder meer HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213 (*Batavus/X*); Hof Leeuwarden 17 januari 2012, ECLI:NL:GHEE:2012:BV1085 (*Koninklijke Auping/Beverlaap*); en Hof Arnhem 18 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC5311 (*M.F. Design/Eastborn*).

17 Richtsnoeren, paragraaf 151-167.

18 Artikel 4(b) van de Groepsvrijstelling.

dan wel het op eigen initiatief benaderen van een specifieke klantenkring of van klanten in een specifiek gebied door middel van specifiek op hen gerichte reclame in de media of op internet, of via andere vormen van promotie.¹⁹ Onder ‘passieve verkoop’ verstaat de Commissie het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten. Algemene reclame of promotie die klanten in de (exclusieve) gebieden of klantenkringen van andere distributeurs bereikt, maar die een redelijke manier is om klanten buiten die gebieden of klantenkringen te bereiken, bijvoorbeeld om klanten binnen het eigen gebied te bereiken, wordt door de Commissie ook beschouwd als ‘passieve verkoop’.²⁰ Niet onbelangrijk is dat de Commissie het gebruik van internet beschouwd als een vorm van ‘passieve verkoop’.

De beperking van de ‘actieve verkoop’ in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring, gereserveerd voor de leverancier of door de leverancier aan een andere afnemer toegewezen, wordt niet gekwalificeerd als *hardcore* beperking. De beperking van de ‘passieve verkoop’ daarentegen wordt wel als zodanig gekwalificeerd. Dit betekent in beginsel dat elke leverancier – ook degene die gebruikmaakt van een exclusief distributiestelsel – het gebruik van internet door zijn wederverkopers moet dulden. De leverancier kan het gebruik van internet dus ook niet exclusief aan zichzelf voorbehouden. Meer concreet betekent dit dat klanten die bijvoorbeeld in Nederland wonen ongehinderd bepaalde merkproducten moeten kunnen kopen bij een in Duitsland gevestigde exclusieve distributeur via zijn webwinkel. Taal mag daarbij geen barrière zijn. Zo kan die Duitse distributeur een Nederlandstalige versie van zijn webwinkel aanbieden, zonder dat hij daarmee ‘actief verkoopt’ in Nederland. In dat verband beschouwt de Commissie de volgende vier beperkingen van de online verkoop als een *hardcore* beperking:

- (a) het blokkeren van websites voor klanten uit andere landen of het automatisch doorverwijzen naar andere distributeurs;
- (b) het afbreken van transacties van klanten op basis van de herkomst/nationaliteit van de creditcard;
- (c) de beperking van de online verkoop tot een bepaald maximum aantal producten; en
- (d) het betalen van hogere inkooprijzen voor producten die online worden verkocht dan voor producten die in *brick-and-mortar* winkels worden verkocht (ook wel ‘*dual pricing*’ genoemd).²¹

Mag de leverancier dan geen beperking stellen aan het gebruik van internet in een exclusief distributiestelsel? Zo ver wil de Commissie niet gaan. In een exclusief distributiestelsel mag een leverancier de ‘actieve verkoop’ via internet buiten het voor de distributeur aangewezen gebied

verbieden. De Commissie ziet online reclame die specifiek op bepaalde klanten of op een bepaald gebied is gericht als ‘actieve verkoop’ aan die klanten of in dat gebied. Het gaat dan bijvoorbeeld om *spam* of andere vormen van ongevraagde e-mails naar consumenten die in een ander distributiegebied wonen. Maar ook het gebruik van *banners* kan aan banden worden gelegd. Datzelfde geldt voor bepaalde vormen van *Search Engine Advertising* oftewel betaling aan zoekmachines zoals Google en Yahoo om een advertentie specifiek aan gebruikers in een bepaald gebied te laten zien.²² De toegestane restricties zijn dus relatief beperkt in omvang en effectiviteit. Voor de leverancier die meer, met name kwalitatieve eisen wil stellen aan webwinkels, ligt een systeem van selectieve distributie meer voor de hand.

2.2 Selectieve distributie

Een selectief distributiestelsel is in artikel 1(e) van de Groepsvrijstelling gedefinieerd als ‘*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 dat systeem toe te passen*’. Net als bij exclusieve distributiestelsels worden in selectieve distributiestelsels enerzijds het aantal erkende wederverkopers beperkt en anderzijds het aantal wederverkoopmogelijkheden.²³ Het verschil met exclusieve distributie is dat de beperking van het aantal wederverkopers niet afhangt van het gebied of de gereserveerde klantenkring, maar van de vastgestelde selectiecriteria die de leverancier hanteert. Een selectief distributiestelsel functioneert als een gesloten distributiesysteem in de zin dat de geselecteerde wederverkopers niet mogen verkopen aan niet-erkende wederverkopers, zodat alleen erkende wederverkopers en eindgebruikers als mogelijke afnemers overblijven. Een beperking van de verkoop aan één van deze twee categorieën afnemers wordt gezien als een *hardcore* beperking.²⁴

In het mededingingsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen zuiver kwalitatieve selectieve distributie en kwantitatieve selectieve distributie. Bij *zuiver kwalitatieve* selectieve distributie geschiedt de selectie van de wederverkopers uitsluitend aan de hand van criteria die wegens de aard van het product vereist zijn.²⁵ Men kan denken aan de opleiding van het verkooppersoneel, de te verlenen service en de aankleding van winkels. Door de toepassing van dergelijke criteria wordt als zodanig geen limiet aan het aantal wederverkopers gesteld. Zuiver kwalitatieve selectieve distributiestelsels vallen volledig buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod, mits aan drie voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste moet het betrokken product

¹⁹ Richtsnoeren, paragraaf 51.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Richtsnoeren, paragraaf 52. In de Nederlandse rechtspraak is *dual pricing* van keukenapparatuur door Atag Etna Pelgrim door verschillende rechters geoorloofd geacht. Zie hierover A. de Jong, ‘Internetverkoop onder het mededingingsrecht’, *Contracteren*, 2013, nr. 1, p. 16-23.

²² Richtsnoeren, paragraaf 53.

²³ Richtsnoeren, paragraaf 174-188.

²⁴ Artikel 4(c) en 4(d) van de Groepsvrijstelling.

²⁵ Richtsnoeren, paragraaf 175.

van zodanige aard zijn dat een selectief distributiestelsel noodzakelijk is. Ten tweede vindt de selectie plaats op basis van objectieve criteria van kwalitatieve aard die op eenvormige wijze voor alle potentiële wederverkopers worden vastgesteld, voor hen allen beschikbaar zijn en zonder discriminatie worden toegepast. Ten derde mogen de selectiecriteria niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is.²⁶ Bij *kwantitatieve* selectieve distributie worden daarnaast nog andere selectiecriteria toegepast die het potentiële aantal wederverkopers op directere wijze beperken, zoals omzet- of voorraadverplichtingen.²⁷

Kortom, selectieve distributie verschaft een leverancier controle over zijn distributiestelsel. Mag een leverancier verbieden of onmogelijk maken dat zijn geselecteerde wederverkopers een webwinkel gebruiken? In beginsel niet. In het belangrijke prejudiciële arrest *Pierre Fabre* uit 2011 heeft het Hof zich voor het eerst uitgelaten over deze kwestie.²⁸ De vraag die voorlag was of een contractsbepaling in een selectieve distributieovereenkomst van Pierre Fabre (een fabrikant van onder meer luxe verzorgingsproducten) op grond waarvan de contractproducten alleen in een fysieke ruimte in aanwezigheid van een gediplomeerde apotheker mochten worden verkocht de strekking heeft de mededinging te beperken. Het Hof oordeelde zakelijk weergegeven dat dit het geval is, indien een dergelijk bepaling niet objectief gerechtvaardigd is gelet op de aard van de producten. Het Hof verwierp het argument van Pierre Fabre dat de restrictie gerechtvaardigd was uit de noodzaak het prestigieuze imago van de betrokken producten in stand te houden.²⁹ Het Hof wees voorts op vaste rechtspraak waarin het de argumenten betreffende de noodzaak om op de persoon toegesneden advies te geven en deze te beschermen tegen een onjuist gebruik bij de verkoop van receptvrije geneesmiddelen en contactlenzen niet heeft aanvaard als rechtvaardiging voor een verbod op het gebruik van internet.³⁰ De Groepsvrijstelling kon ook geen redding bieden.³¹ Zoals ik hiervoor al aangaf, wordt een bepaling die *de facto* de online verkoop beperkt, gezien als een *hardcore* beperking van de mededinging.

Ook binnen een selectief distributiestelsel kan een leverancier online verkoop dus niet categorisch onmogelijk maken. De Richtsnoeren bieden echter nog wel perspectief voor een kortstondige beperking van de online verkoop in het geval een wederverkoper aanzienlijke investeringen heeft moeten doen om een nieuw merk als eerste te verkopen of een bestaand merk als eerste op een nieuwe markt heeft geïntroduceerd.³² De Commissie stelt de grens in dat geval op twee jaar.

Daarnaast kan een leverancier eisen stellen aan het gebruik van internet door zijn wederverkopers.³³

Hij kan ten eerste eisen dat zijn wederverkopers één of meer fysieke winkels of showrooms hebben alsook dat zij ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid producten (in waarde of in volume uitgedrukt) *offline* verkopen om een doeltreffende werking van hun fysieke winkels te waarborgen. Zodoende kan hij de *pure players* (webwinkels zonder fysieke verkooppunten) buiten de deur houden.

Om de verkoop aan niet-erkende wederverkopers te vermijden, kan hij tevens van zijn geselecteerde wederverkopers eisen dat zij niet meer dan een bepaalde hoeveelheid contractproducten aan een individuele eindgebruiker verkopen. Deze eis zou voor de online verkoop strenger kunnen zijn, indien de producten voor niet-erkende wederverkopers gemakkelijker via internet te verkrijgen zijn.

Ten tweede kan hij strikte kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een webwinkel, zoals hij dit ook kan voor fysieke winkels. Het gaat dan bijvoorbeeld om (i) het design van de webwinkel(s), (ii) de navigatiemogelijkheden

Winkeliers klagen vaker bij hun leveranciers over oneerlijke concurrentie van online prijsvechters en gebrek aan broodnodige marges. Leveranciers hebben op hun beurt vaak moeite met de presentatie en prijsstelling van hun producten op het internet.

en (iii) de functionaliteiten, zoals beschikbare talen of een online helpdesk. Daarnaast kunnen specifieke eisen worden geformuleerd voor minimumleveringstermijnen, voor de terugbetaling van de kosten van klanten die het product terugsturen en voor de toepassing van veilige betalingssystemen.

Deze kwaliteitsnormen voor webwinkels mogen echter geen verkapt discriminatie tussen fysieke winkels en webwinkels beogen dan wel leiden tot ongerechtvaardigde ontmoediging van de online verkoop. De normen moeten equivalent zijn in de zin dat zij dezelfde doelstellingen en vergelijkbare resultaten nastreven als die voor fysieke winkels en het verschil tussen de twee moet gerechtvaardigd zijn vanwege de verschillende aard van beide verkoopvormen. De Commissie ziet kwalitatieve criteria voor internetverkoop die niet equivalent zijn aan de criteria voor fysieke winkels en die internetverkoop in feite ontmoedigen als *hardcore* beperkingen.³⁴

In de praktijk worstelen leveranciers, toezichhouders en rechters met dit dilemma. Wanneer gaan beperkingen van de online verkoop verder dan noodzakelijk? In dat verband is de vraag of een leverancier zijn wederverkopers kan verbieden om via externe online platformen of marktplaatsen te adverteren of te verkopen. De Rechtbank Midden-Nederland heeft recent geoordeeld dat een

26 *Ibid.*

27 Richtsnoeren, paragraaf 176.

28 HvJ EU 13 oktober 2011, zaak C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.

29 *Ibid.*, punt 46.

30 *Ibid.*, punt 44.

31 *Ibid.*, punt 59.

32 Richtsnoeren, paragraaf 61.

33 Richtsnoeren, paragraaf 54-56.

34 Richtsnoeren, paragraaf 56.

leverancier (in dit geval van vijverpompen) een gerechtvaardigd belang had om eisen te stellen aan het gebruik van internet of internetveilingen (bijvoorbeeld eBay of Marktplaats) door zijn wederverkopers, namelijk om een goede uitstraling en een goede naam van de producten te waarborgen.³⁵ Het ging de rechtbank in casu echter te ver om de verkoop van die producten via internet in zijn algemeenheid afhankelijk te stellen van toestemming van de leverancier zonder concreet aan te geven aan welke voorwaarden, noodzakelijk voor een goede uitstraling en een goede naam, de webwinkels precies moeten voldoen. In dit geschil kon in het midden blijven of de wederverkoper mocht eisen dat online verkoop niet plaats zou vinden via Marktplaats. Over dergelijke prangende, heikele kwesties wordt thans ook in andere lidstaten geprocedeerd. Zo vindt de Duitse mededingingsautoriteit, één van de meest actieve toezichthouders in de EU op dit gebied, dat een verbod op

Het is geen geheim dat leveranciers sleutelen aan hun distributienetten, bijvoorbeeld door exclusieve of selectieve distributienetten uit te rollen, of daarover nadenken, met het doel prijserosie van hun producten te voorkomen en/of meer controle te krijgen over hun distributienetwerk.

via online marktplaatsen in strijd is met het kartelverbod.³⁶ Daarnaast heeft een aantal Duitse wederverkopers civiele procedures aanhangig gemaakt om de hen opgelegde online verkoopbeperkingen aan te vechten.³⁷

3. Afsluitende opmerkingen

De *age of internet* zorgt voor problemen en uitdagingen in de distributieketen. De logische vraag is hoe ACM zich manifesteert met betrekking tot deze dynamiek. De 'online consument' is een van de zes thema's waar ACM zich in de jaren 2014 en 2015 in het bijzonder op zou richten.³⁸ Mededingingsrechtjuristen dachten dat ACM met dit thema in de hand wellicht hard(er) zou gaan optreden tegen mededingingsbeperkende overeenkomsten of afspraken in

verticale context. Dat lijkt echter vooralsnog niet het geval. Op papier kunnen leveranciers en retailers zwaar bestraft worden voor een buitenproportionele beperking van de online verkoop, maar in de praktijk lijkt dat boeterisico erg beperkt.³⁹ Anders dan haar collega kartelwaakhonden in de EU, zoals de Duitse, Franse en Engelse mededingingsautoriteiten, doet ACM weinig tot niets met deze kwestie. ACM heeft – ondanks diverse signalen en klachten (voor zover uit publieke bronnen bekend uiteraard) – de laatste jaren geen boetes opgelegd aan ondernemingen wegens het sluiten van ongeoorloofde verticale overeenkomsten. Dat is wellicht het logische gevolg van de visie van ACM op de schadelijke effecten van mogelijke verticale beperkingen. In 2009 trad de toenmalige voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa (de rechtsvoorganger van ACM) tijdens een congres in Brussel op als pleitbezorger van een moderne, op economische leest gestoelde toetsing van mededingingsrechtelijke problemen, in het bijzonder van verticale beperkingen.⁴⁰ Hij koketteerde zelfs een beetje met het liberale beleid van de toezichthouder met betrekking tot verticale prijsbinding, toch een *hardcore* beperking. Deze en andere uitlatingen van de toezichthouder hebben – wellicht onbedoeld – gezorgd voor onzekerheid bij bedrijven over de handhaving van en het toetsingskader voor (*hardcore*) verticale restricties. Circa vijf jaar later, in november 2014, sprak de huidige bestuursvoorzitter van ACM wederom over dit onderwerp tijdens een speciale bijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht.⁴¹ Voor menig mededingingsrechtjurist die had gehoopt op meer duidelijkheid over het toekomstige beleid van ACM was zijn bijdrage enigszins teleurstellend. De bestuursvoorzitter van ACM gaf – zakelijk weergegeven – aan dat ACM slechts prioriteit geeft aan verticale zaken waar een duidelijk risico op *consumer harm* aanwezig is. Dit is volgens ACM eerder het geval in zaken waarbij verticale restricties, zoals verticale prijsbinding, worden gebruikt als instrument om collusie tussen leveranciers (dus op horizontaal niveau) te faciliteren en in zaken waarbij sprake is van beperkte *inter-brand* concurrentie tussen leveranciers. Hoe ACM precies kijkt naar de in Duitsland verboden *intra-brand* beperkingen van de online verkoop kwam nauwelijks ter sprake. Een voor begin dit jaar aangekondigd *position*

35 Rechtbank Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6156.

36 Zie het persbericht van 2 juli 2014, zaak B3-137/12 9, waarin het *Bundeskartellamt* meldt dat zij het onderzoek naar de online verkoopbeperkingen van Adidas heeft gesloten alsook het persbericht van 28 april 2014 waaruit blijkt dat het *Bundeskartellamt* een onderzoek is gestart naar beperkingen van de online verkoop door Asics.

37 Zie Kammergericht Berlin van 29 september 2013 in zaak 2 U 8/09 Kart; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht van 5 juni 2014 in zaak 16 U Kart 154/13; Landgericht Frankfurt Am Main van 18 juni 2014 in zaak 2-03 O 158/13; en Landgericht Frankfurt Am Main van 31 juli 2014 in zaak 2-03 O 128/13. Zie meer uitgebreid over deze procedures H.C.E.P.J. Jansen en S. van der Heul, 'Beperking van onlinedistributie van merkproducten, waar liggen de grenzen', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2014, nr. 7, p. 18-23.

38 Zie www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/acm-agenda-2014-2015/de-online-consument/.

39 De boete voor verboden beperking van de online verkoop kan op papier oplopen tot € 450 000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de jaaromzet van de onderneming. In juli 2014 is een concept wetsvoorstel verhoging boetemaxima ACM ter consultatie gelegd. Op overtreding van de Mededingingswet komt een hogere boete te staan. Voor overtredingen van het kartelverbod wordt de maximumboete verhoogd van tien procent van de jaaromzet naar tien procent van de omzet over de jaren van overtreding met een maximum van vier jaar.

40 P. Kalbfleisch, 'Competition law and policy for multinationals in global context: issues for agencies and business', www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/6765/Speech-Pieter-Kalbfleisch-Wall-street-Journal-Competition-Summit-2009-4-december-2009/.

41 C. Fonteijn, 'Speech Vereniging voor Mededingingsrecht meeting November 25th 2014: ACM's strategy regarding enforcement of vertical restraints', www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13592/Speech-Chris-Fonteijn-bij-Vereniging-voor-Medingingsrecht-over-verticale-overeenkomsten/.

paper moet meer concrete aanknopingspunten bieden over de visie van ACM met betrekking tot de thema's en dilemma's die in deze bijdrage aan de orde komen.

Het kartelverbod wordt ondertussen meer en meer als zwaard gebruikt in civiele procedures om contracten open te breken, de ontbinding van contracten terug te draaien en toegang te eisen tot een (selectief) distributiestelsel van een leverancier. Alleen al daarom is het raadzaam voor leveranciers om zorgvuldig om te springen met hun ver-

antwoordelijkheid tot het doen van *self-assessment* van (voorgenomen) beperkingen van de online verkoop. Onwetendheid en nonchalance bij fabrikanten/leveranciers en hun adviseurs kan leiden tot klachten bij ACM en civiele procedures.

Over de auteur

Mr. Ruben Elkerbout LL.M. is advocaat bij Stek.