

# MP 2014(7) 274 Art. - Beperking van onlinedistributie van merkproducenten, waar liggen de grenzen?

## MP 2014(7) 274 Art. - Beperking van onlinedistributie van merkproducenten, waar liggen de grenzen?

04-11-2014

Auteur(s): Janssen, mr. H.C.E.P.J.; Heul, mr. S. van der

### Beperking van onlinedistributie van merkproducenten, waar liggen de grenzen?

*Distributie via internet neemt een grote vlucht. Leveranciers en producenten van merkproducten zijn hier niet altijd even gelukkig mee en zoeken daarom naar manieren om de onlinedistributie te beperken. Sinds de Hoge Raad in 2011 oordeelde dat Batavus een internethandelaar ten onrechte had uitgesloten van haar selectieve distributienetwerk.*<sup>1</sup>

*Hoge Raad 16 september 2011 (Batavus) ECLI:NL:HR:2011:BQ2213, r.o. 3.8 en 3.10.2.*

*is nationale mededingingsrechtelijke rechtspraak over het beperken van onlinedistributie echter schaars. Het toezicht op verticale distributierelaties (waaronder afspraken over internetverkoop) behoorde tot voor kort niet tot de handhavingsprioriteiten van de Autoriteit Consument & Markt (ACM).*<sup>2</sup>

*Zie bijvoorbeeld Besluit van de NMa van 12 januari 2012 in zaak 7280/14 (Autobedrijf [...] vs Ford Nederland) en NMa 'Sectorscan Signalen internetverkoop 2009'.*

De stilte van de Nederlandse rechters en de ACM staat in schril contrast met de Duitse rechtspraak en de handhavingspraktijk van de Duitse mededingingsautoriteit, het *Bundeskartellamt*. Zij tonen zich zeer kritisch over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van het direct of indirect beperken van onlinedistributie. Zeker omdat ook de ACM inmiddels heeft aangekondigd te zullen gaan kijken naar onlineverkoop, loont een blik over de grens.<sup>3</sup>

J. Kohlen e.a., 'De mededingingsrechtelijke ontwikkelingen in de online-economie', *Mediaforum* 2014-2, p. 26.

Alvorens stil te staan bij de Duitse rechtspraak zal eerst kort worden ingegaan op de Europese mededingingsregels en jurisprudentie op het gebied van internetverkoop. Wij sluiten af met een schets van de mogelijke gevolgen voor de Nederlandse praktijk en de speelruimte die het mededingingsrecht nog biedt voor afspraken over internetverkoop.

#### Exclusieve en selectieve distributie en het kartelverbod

---

Afspraken in het kader van internetverkoop worden voornamelijk gemaakt om exclusieve en selectieve distributiestelsels in stand te houden. In exclusieve stelsels krijgt de distributeur een exclusief (geografisch) gebied (of klantenkring) toegewezen dat mogelijk kan worden doorkruist doordat consumenten bij internetaankopen niet gebonden zijn aan een verkooplocatie. In selectieve stelsels worden distributeurs aangewezen op basis van bepaalde (al dan niet) objectieve kwalitatieve en/of kwantitatieve criteria waardoor een gesloten stelsel van erkende distributeurs wordt gecreëerd. Een selectief stelsel brengt mee dat ook afspraken kunnen worden gemaakt over (de kwaliteit van) internetverkoopkanalen waarvan de distributeur gebruik wenst te maken. Hoewel in een selectief stelsel toewijzing van een exclusief gebied niet is toegestaan, kan de distributeur wel worden verplicht om (ook) vanuit een bepaalde fysieke (winkel)locatie te opereren.

Overeenkomsten waarbij een leverancier één persoon belast met de verkoop van zijn producten binnen een bepaald gebied of aan een bepaalde klantenkring (exclusieve distributie) vallen niet zonder meer onder het kartelverbod, mits de wijze waarop de exclusiviteit wordt geborgd in het concrete geval niet verder gaat dan noodzakelijk.<sup>4</sup>

HvJ 30 juni 1966 (*Société Technique Minière*) zaak 56/65, *Jur.* 1966, p. 413.

Overeenkomsten die een (kwalitatief) selectief distributiestelsel in het leven roepen, beïnvloeden onvermijdelijk de mededinging.<sup>5</sup>  
HvJ 25 oktober 1983, (*AEG/Commissie*) zaak 107/8, r.o. 33.

Dergelijke overeenkomsten zijn desalniettemin in overeenstemming met artikel 6 lid 1 Mededingingswet indien aan de vier 'Metro-voorwaarden' is voldaan.<sup>6</sup>

HvJ 25 oktober 1977 (*Metro I*) zaak 26/76, r.o. 20 en 21 en Gerecht 12 december 1996 (*Leclerc/Commissie*) zaak T-19/92, r.o. 112.

1. de eigenschappen van het betrokken product maken een systeem van selectieve distributie noodzakelijk;
2. de keuze van de distributeurs geschiedt op grond van objectieve kwalitatieve criteria die uniform zijn vastgesteld voor alle potentiële distributeurs en op niet-discriminerende wijze worden toegepast;
3. het betrokken systeem beoogt een resultaat te bereiken waardoor de mededinging wordt verbeterd en
4. de voorgeschreven criteria gaan niet verder dan noodzakelijk is.

In het kader van internetverkoop is vooral van belang dat door de Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten (hierna: ‘*de Groepsvrijstelling*’) als hardcorebeperking worden aangemerkt zogenoemde verticale prijsbinding alsmede een beperking ten aanzien van het gebied alwaar of de klanten aan wie de distributeur de producten passief verkoopt (gebieds- en/of klantenbeperking).<sup>7</sup>

Artikel 4 sub a en b i Groepsvrijstelling.

Hardcorebeperkingen hebben een concurrentiebeperkend doel, waardoor deze behoudens uitzonderingen<sup>8</sup> Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, *PbEU* 2010, C 130, nr. 60 - 64. in strijd zijn met het kartelverbod.<sup>9</sup> HvJ 13 december 2012 (*Pierre Fabre*) zaak C-226/11.

Bovendien is het onwaarschijnlijk dat hardcorebeperkingen kunnen profiteren van de wettelijke vrijstelling.<sup>10</sup> Richtsnoeren verticalen, nr. 47.

#### Beperking van onlineverkoop

---

In het kader van distributie wordt onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve verkoop. Onder ‘*actieve verkoop*’ wordt verstaan het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten. Bij ‘*passieve verkoop*’ wordt daarentegen ingegaan op spontane verzoeken van individuele klanten.<sup>11</sup>

Richtsnoeren verticalen, nr. 51.

Een exclusieve distributeur mag worden verboden om actief te verkopen in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring van de leverancier of een andere distributeur.<sup>12</sup>

Artikel 4 sub b onder (i) Groepsvrijstelling.

Passieve verkoop mag in een exclusief stelsel niet worden verboden. Uitgangspunt is dat wanneer een distributeur een website gebruikt om producten te verkopen, dit wordt beschouwd als een vorm van passieve verkoop, omdat het een redelijke manier is om klanten in staat te stellen de distributeur te bereiken.<sup>13</sup>

Richtsnoeren verticalen, nr. 52.

Een absoluut verbod op internetverkoop in het kader van een exclusief distributiestelsel is daarom niet mogelijk.<sup>14</sup> C. Liebscher e.a. *Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen*, Verlag C.H. Beck München, 2012, p. 206-207.

Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie (‘Hof’) blijkt dat ook in een selectief stelsel geen absoluut verbod tot internetverkoop mag worden overeengekomen met een beroep op selectieve kwaliteitscriteria.<sup>15</sup>

HvJ 13 oktober 2013 (*Pierre Fabre*) zaak C-439/09, r.o. 44, 46-47.

Een selectie criterium waarmee cosmeticafabrikant Pierre Fabre zijn distributeurs verplichtte om slechts cosmetica te verkopen in een fysieke winkel met een aanwezige apotheker, voldeed namelijk niet aan de Metro-voorwaarden. Behoud van de goede (merk)naam van het product is volgens het Hof geen rechtvaardiging voor een zuiver kwalitatief stelsel. Bovendien betwijfelt het Hof dat het bij cosmeticaproducten noodzakelijk is dat een op de persoon toegesneden advies wordt gegeven. Uit de bewoordingen van het Hof volgt dat uitsluitend een objectieve rechtvaardiging voor beperkingen van de internetverkoop kan worden ingeroepen als het product anders een gevaar voor de consument zou opleveren. Aangezien beperkingen van de internetverkoop ook in een selectief stelsel volgens het Hof een gebieds- en/of klantenbeperking zijn en dus een hardcorebeperking, wordt ook niet voldaan aan de Groepsvrijstelling en is inbreuk op het kartelverbod aannemelijk.

Hoewel een absoluut verbod op internetverkoop niet mogelijk is, maken de Richtsnoeren duidelijk dat een leverancier wel kwaliteitsnormen kan opleggen voor het gebruik van een website voor het doorverkopen van zijn goederen, zoals hij dit ook kan voor een winkel, catalogusverkoop of reclame en promotie in het algemeen. Voorwaarde is wel dat deze normen equivalent zijn aan de criteria voor verkoop in de fysieke winkel.<sup>16</sup>

Richtsnoeren verticalen, nr. 54 en 56.

Tot slot is nog de vraag of de door het Auto 24-arrest<sup>17</sup>

HvJ 14 juni 2012 (*Auto 24*) zaak C-158/11, r.o. 35.

geboden vrijheid gebruikt kan worden om in het kader van een selectief distributiestelsel distributeurs uit te sluiten die op internet zeer actief zijn. In dit arrest oordeelde het Hof dat in een kwantitatief selectief stelsel geen sprake is van een hardcorebeperking als de kwantitatieve selectiecriteria voor fysieke verkoop niet objectief worden gerechtvaardigd. De leverancier kan het aantal distributeurs kwantitatief maximaleren zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging is vereist. De mogelijkheid bestaat dus om op grond van kwantitatieve criteria slechts een kleine kring erkende distributeurs te creëren. Alsdan kan de leverancier van een kwantitatief selectief stelsel ervoor kiezen distributeurs die te actief zijn op internet niet op te nemen in zijn selectieve distributiestelsel.<sup>18</sup>

Zie in deze zin ook: Y. de Vries, 'Kan selectieve distributie de internetdistributeur buiten de deur houden?' *MP* 2013/2, p. 77 en M. Beutelmann, 'Die guten ins Töpffen. . . – Zur Auswahl der Zugelassenen Händler in Selektiven Vertriebssystemen', *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 3/2013, p. 357.

Dit is niet geheel ongevaarlijk. Als de leverancier probeert de onlineverkoop door zijn distributeurs te beperken door gebruik te maken van kwantitatieve criteria, wordt mogelijk (toch) het kartelverbod overtreden.

#### EU te veel gericht op intrabrandconcurrentie?

---

Geconcludeerd moet worden dat Europeesrechtelijke kartelverbod – onzes inziens – een keurslijf heeft gecreëerd voor internetdistributie waarbij online(weder)verkoop niet/nauwelijks kan worden ingeperkt door de leverancier/producent. De strenge Europese lijn staat in schril contrast met de Amerikaanse jurisprudentie over verticale afspraken inzake internetverkoop. Daaruit volgt namelijk bijvoorbeeld dat verticale prijsbinding evenals het verbod om op bepaalde websites te adverteren met de merknaam van de leverancier zijn toegestaan.<sup>19</sup>

MD Products, Inc. v. Callaway Golf Sales Co., 459 F.Supp.2d 434 (2006).

In het algemeen wordt aangenomen dat de Amerikaanse aanpak van verticale beperkingen en internetverkoop beter kan worden gerechtvaardigd door de economische realiteit.<sup>20</sup>

Zie bijvoorbeeld R.J. Van den Bergh, 'Dure boodschappen in België: welke boodschap voor het mededingingsrecht?', *SEW* 2014, nr. 2, februari 2014, p. 50-65.

De strenge Europese handhaving strekt er namelijk vooral toe om zogenaamde intrabrandconcurrentie (ofwel concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk) te garanderen/optimaliseren. Daarmee lijkt onrecht te worden gedaan aan het feit dat een beperking van de intrabrandconcurrentie afnemers niet zal benadelen zolang er voldoende interbrandconcurrentie (concurrentie tussen verschillende merken) bestaat. In weerwil hiervan is ook de Franse rechter die in het vervolg op het arrest van het Hof heeft geoordeeld over het geschil in de Pierre Fabre-zaak, voorbijgegaan aan het feit dat het marktaandeel van Pierre Fabre op het gebied van cosmetica kleiner was dan 20%.<sup>21</sup>

Zie Cour d'Appel de Paris van 31 januari 2013 in zaak RG n° 2008/23812 (*Pierre Fabre Dermo/Cosmétique*).

Pierre Fabre ondervond dus sterke interbrandconcurrentie. Daarnaast lijkt de Europese aanpak weinig aandacht te schenken aan de wens van leveranciers om freeride.<sup>22</sup>

Als een internetverkoper die niet (of onvoldoende) pre- en aftersaleservices aanbiedt, profiteert van de pre- en aftersalesdiensten die door een andere distributeur (of de leverancier) in een (fysieke) winkel worden aangeboden.

en bait-and-switch tactieken.<sup>23</sup>

De tactiek waarbij een internetdistributeur (een aanbieding voor) een product met een grote (merk)aantrekkingskracht gebruikt om klanten naar zijn website te lokken om hen vervolgens op de website te stimuleren andere producten af te nemen van distributeurs te voorkomen.

Niet kan worden uitgesloten dat de strenge Europese leer niet zozeer is ingegeven door mededingingsrechtelijke overwegingen, maar door de verdragsrechtelijke vrij verkeersbepalingen.<sup>24</sup>

P. Buccirossi, Background note to OECD policy roundtable on Vertical Restraints for On-line Sales 2013, te raadplegen via: <http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>

Een beperking of verbod van internetverkoop levert mogelijk immers ook een beperking op van de handel tussen de lidstaten. Een aanwijzing dat het mededingingsrecht (oneigenlijk?) wordt gebruikt voor andere doelstellingen, volgt eveneens uit het arrest van het Hof in de zaak Pierre Fabre. De door Pierre Fabre gestelde kwalitatieve rechtvaardiging van het verbod op internetverkoop wordt namelijk verworpen onder verwijzing naar de zaak Deutscher Apothekerverband.<sup>25</sup>

HvJ 11 december 2003 (*Deutscher Apothekerverband*) zaak C322/01.

In dit arrest had het Hof geoordeeld dat een beperking van de internetverkoop een beperking van het vrij verkeer van goederen opleverde die niet kon worden gerechtvaardigd uit hoofde van veiligheidsoverwegingen.

#### Duitse voorbeelden

---

In Duitsland heeft het *Bundeskartellamt* zich door middel van verschillende beschikkingen en de publicatie van de *Background Paper Vertical Restraints in the Internet Economy* <sup>26</sup>

Bundeskartellamt, Background Paper Vertical Restraints in the Internet Economy Meeting of the Working Group on Competition Law, 10 October 2013, te raadplegen via:

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

uitgelaten over de vraag in hoeverre de onlineverkoop mag worden beperkt zonder in strijd te komen met het kartelverbod.

Daarnaast hebben diverse (internet)distributeurs zich tot Duitse burgerlijke rechters gewend om beperkingen aan te vechten die door leveranciers aan hun internetverkopende waren verbonden.

## Verbod op verkoop via open onlinemarktplaatsen zoals eBay en Amazon

---

### Bundeskartellamt – Adidas

Uit een zaaksbericht van 19 augustus 2014 blijkt dat het *Bundeskartellamt* bij besluit van 27 juni 2014 heeft vastgesteld dat het kwalitatieve selectieve distributiestelsel van Adidas naar het voorlopig oordeel van het *Bundeskartellamt* in strijd is met kartelverbod. <sup>27</sup>

Fallbericht van het Bkarta van 19 Augustus 2014 in zaak B3-137/12.

Onderdeel van de selectiecriteria was een verbod op verkoop via open onlinemarktplaatsen zoals eBay en Amazon. Verkoop via een eigen webwinkel van de distributeur of via gesloten marktplaatsen zoals Otto.de en Zalando.de was wel toegestaan. Na diverse klachten van sportspecialisten, startte het *Bundeskartellamt* een onderzoek naar het open marktplaatsenverbod van Adidas.

Volgens het *Bundeskartellamt* voldeed het selectieve distributiestelsel van Adidas niet aan de hiervoor genoemde Metro-voorwaarden. <sup>28</sup>

Zie voetnoot 8.

Het open marktplaatsenverbod was geen kwalitatief criterium dat nodig was voor het beschermen van de kwaliteit van de Adidasproducten of de distributie ervan. Aldus beperkte het betreffende verbod de mededinging. Deze beperking was ook merkbaar omdat de afzonderlijke distributeurs door het verbod beperkt werden in hun mogelijkheden om meer en andere klanten te bereiken. Dit geldt met name voor kleine en middelgrote sportspecialisten. Als zij geen gebruik kunnen maken van onlinemarktplaatsen zijn zij minder goed in staat op het internet gevonden te worden. Overigens is nog interessant te vermelden dat het *Bundeskartellamt* van mening is dat een hogere prijs voor Adidasproducten ook de prijsdruk ten aanzien van andere merken reduceert met als gevolg dat de prijs van sportartikelen in het algemeen stijgt.

Omdat het marktaandeel van Adidas in ieder geval op de markt voor voetbalkleding en voetbalartikelen groter is dan 30%, stelt het *Bundeskartellamt* dat ten aanzien van die markt in ieder geval geen beroep kan worden gedaan op de Groepsvrijstelling. Ook op markten waar het marktaandeel lager is dan 30%, slaagt een dergelijk beroep niet. Een per se marktplaatsenverbod dat los staat van de concrete vormgeving van deze marktplaatsen, mist in de ogen van het *Bundeskartellamt* namelijk een kwalitatieve grondslag.

Het marktplaatsenverbod is ook op grond van de individuele vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU (en de Duitse evenknie daarvan) niet van het kartelverbod vrijgesteld. In de visie van het *Bundeskartellamt* ontbreken er voldoende efficiëntievoordelen. Een gereduceerde prijsconcurrentie kan voor distributeurs weliswaar mogelijk voordelig zijn, maar hogere prijzen vormen voor de eindgebruikers geen verbetering. Een per se marktplaatsenverbod is ook niet het geëigende middel om het 'free rider' probleem op te lossen. Het *Bundeskartellamt* stelt dat het distributiestelsel zo moet worden ingericht dat er voor distributeurs onafhankelijk van het verkoopkanaal, voldoende prikkels zijn om te investeren in de presentatie van het merk en de advisering. Eventuele problemen ten aanzien van internetverkoop, dienen door kwalitatieve criteria geadresseerd te worden. Dit is precies wat Adidas inmiddels gedaan heeft. Adidas heeft het marktplaatsenverbod vervangen door voorschriften met betrekking tot zowel de vormgeving van de webshop als het zoekproces op marktplaatsen. Als gevolg hiervan heeft het *Bundeskartellamt* het onderzoek gestaakt.

Het *Bundeskartellamt* vermeldt verder dat naar haar voorlopige oordeel niet kan worden uitgesloten dat het marktplaatsenverbod mededingingsbeperkende gevolgen heeft. In dat kader overweegt het *Bundeskartellamt* dat de inter-brandconcurrentie mogelijk zal worden beperkt omdat concurrerende producenten, zoals Asics, vergelijkbare verboden hanteren. Naar hen wordt eveneens individueel onderzoek gedaan. <sup>29</sup>

Uit een persbericht van 28 april 2014 blijkt dat het Bundeskartellamt inmiddels een onderzoek is gestart naar de beperking van de onlineverkoop die Asics haar distributeurs oplegt.

Uit een interview met voorzitter Andreas Mundt van het *Bundeskartellamt* blijkt dat het *Bundeskartellamt* de belangen van het Duitse Midden- Kleinbedrijf (MKB) meeweegt in de mededingingsrechtelijke beoordeling. <sup>30</sup>

Germany seeks solution with Asics in Pus for online sales competition, MLex 2 juli 2014, te raadplegen via: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Interviews/MLex\\_Aasics.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Interviews/MLex_Aasics.pdf?__blob=publicationFile&v=2). Volgens hem zal juist voor het MKB een marktplaatsen- en zoekmachinesverbod de facto een verbod tot internetverkoop tot gevolg kunnen hebben.

Private handhaving – Casio, Deuter, Scout (en Coty)

Evenals Adidas hanteerden zowel Casio<sup>31</sup>

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht van 5 juni 2014 in zaak 16 U Kart 154/13.

(producent van fotocamera's) als Deuter<sup>32</sup>

Landgericht Frankfurt Am Main van 18 juni 2014 in zaak 2-03 O 158/13.

(een producent van speciale sportrugzakken), Scout<sup>33</sup>

Kammergericht Berlin van 29 september 2013 in zaak 2 U 8/09 Kart.

(een producent van schooltassen) en Coty<sup>34</sup>

Landgericht Frankfurt am Main van 31 juli 2014 in zaak 2-03 O 128/13.

(een leverancier van luxe parfums) een kwalitatief selectief stelsel waarbij verkoop via openbare internetmarktplaatsen omwille van kwaliteitswaarborging werd verboden. Verkoop via een eigen website is daarentegen wel toegestaan. Naast het marktplaatsenverbod verbood het selectieve distributiestelsel van Deuter bovendien dat zonder voorafgaande toestemming van Deuter samen werd gewerkt met prijsvergelijkingsites (zoekmachinesvoorbehoud).

De Duitse rechters merken onder verwijzing naar het Piere Fabre-arrest steevast op dat de instandhouding van het luxe imago van een merk alleen onvoldoende is om de invoering van een selectief distributiestelsel te rechtvaardigen. Hoewel er in de Duitse literatuur wordt getwist over de vraag of een absoluut marktplaatsenverbod mededingingsrechtelijk toelaatbaar is, zijn de Duitse rechters van mening dat een absoluut marktplaatsenverbod zonder enige kwalitatieve rechtvaardiging in strijd is met het kartelverbod. Zij kijken echter ook of de producten in kwestie een selectief distributiestelsel rechtvaardigen. Ten aanzien van de producten van Casio en Deuter komen zij tot de conclusie dat dit niet het geval is. In het geval van Scout tenslotte werden de kwaliteitscriteria discriminatoir toegepast. Scout verkocht namelijk zelf restproducten, uitlooptmodellen en modellen uit een eerder seizoen via marktplaatsen als eBay en Amazon.<sup>35</sup>

Opmerkelijk is dat het Oberlandesgericht Karlsruhe in een vonnis van 25 november 2009 in zaak 6 U 47/08 Kart ten aanzien van het door Scout gehanteerde marktplaatsenverbod tot een totaal tegengesteld oordeel kwam. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam het Oberlandesgericht München in een vonnis van 2 juli 2009 in zaak U (k) 4842/08.

Anders dan het *Bundeskartellamt* in haar besluit over Adidas, oordeelden de Duitse rechters (het Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht ten aanzien van Casio, het Landgericht Frankfurt Am Main ten aanzien van Deuter en Coty en het Kammergericht ten aanzien van Scout) in hun uitspraken niet dat hun marktaandeel groter is dan 30%. Desondanks is de Groepsvrijstelling volgens hen niet van toepassing omdat het marktplaatsenverbod en het zoekmachinevoorbehoud hardcorebeperkingen zijn die zonder meer de mededinging beperken.

De uitspraken van de Duitse rechters kunnen van bijzonder belang blijken omdat zij verder lijken te gaan dan de Richtsnoeren aanbevelen. Volgens de Richtsnoeren zou de leverancier namelijk onder omstandigheden *'kunnen verlangen dat de klanten de website van de distributeur niet bezoeken via een site die de naam of het logo van het platform van de derde draagt'*.<sup>36</sup>

Richtsnoeren verticalen, nr. 54. Dit wordt door de Duitse rechters de 'logo clause' genoemd.

Een situatie die zich voordoet als via een marktplaats of een prijsvergelijkingsite moet worden doorgelinkt naar de website van de selectief distributeur. In weerwil van de Richtsnoeren, zijn de Duitse rechters van mening dat een per se marktplaatsenverbod en zoekmachinesvoorbehoud, niet toelaatbaar zijn. Het Landgericht Frankfurt Am Main oordeelt zelfs uitdrukkelijk dat de geciteerde passage inmiddels is achterhaald door het Pierre Fabre-arrest. Met deze uitleg lijkt het Landgericht Frankfurt Am Main aan te sluiten bij het standpunt van het *Bundeskartellamt*. Hoewel de Background Paper verwijst naar de Richtsnoeren, plaatst het *Bundeskartellamt* uitdrukkelijk vraagtekens bij de toelaatbaarheid van overeengekomen beperkingen aan een marktplaatsenverbod.<sup>37</sup>

Background Paper, p. 23.

Het enige belang dat een leverancier heeft om te verbieden dat zijn producten onder een vreemd logo worden aangeboden, is volgens het Landgericht Frankfurt Am Main gelegen in het voorkomen van verwarring. Bij verkoop via marktplaatsen als eBay en Amazon bestaat dit verwarringsgevaar niet. Ook als er wel verwarringsgevaar dreigt, is het de vraag of een per se verbod toelaatbaar is. Verwarring kan blijkens de Adidas-zaak mogelijk worden voorkomen door speciale eisen aan de website te stellen.

Beperking via *dual pricing*

---

Gardena<sup>38</sup>

Fallbericht van het Bkarta van 5 december 2013 in zaak B5-144/13.

(tuingereedschap), Dornbracht<sup>39</sup>

Fallbericht van het Bkarta van 13 december 2011 in zaak B5-100/10.

(sanitair) en Bosch Siemens Hausgeräte<sup>40</sup>

Fallbericht van het Bkarta van 23 december 2013 in zaak B7-11/13.

(huishoudelijke apparatuur) hanteerden alle een ‘*dual pricing*’ systeem, waarbij voor producten die online worden verkocht, een hogere prijs wordt gevraagd dan voor de producten die in een fysieke winkel worden verkocht. De producenten stelden zich op het standpunt dat verkoop via een webwinkel afbreuk doet aan het imago van het product. Bovendien zou ‘*dual pricing*’ *free riding* door ondernemingen die uitsluitend via internet distribueren voorkomen.

In lijn met de Richtsnoeren stelt het *Bundeskartellamt* dat de Groepsvrijstelling niet van toepassing is omdat dual pricing een hardcorebeperking is. Bovendien heeft dual pricing het doel de mededinging te beperken waardoor het kartelverbod wordt overtreden. Van een individuele vrijstelling is geen sprake omdat partijen niet hebben kunnen aantonen dat dual pricing noodzakelijk is om het door hen gesignaleerde free rider probleem op te lossen.

De afwijzende houding van het *Bundeskartellamt* ten opzichte van dual pricing contrasteert met de Nederlandse praktijk. Twee lagere Nederlandse rechters en de ACM hebben voorafgaand aan de publicatie van de Richtsnoeren geoordeeld dat dual pricing niet in strijd is met het kartelverbod als verkoop via een webwinkel bij de leverancier aantoonbaar tot hogere kosten leidt.<sup>41</sup>

Zie Rb. Arnhem 7 juli 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU1726, Vznr. Rb. Zutphen 6 augustus 2007,

ECLI:NL:RBZUT:2007:BB7225 en NMa ‘Sectorscan Signalen internetverkoop 2009’. Voor een nadere toelichting zie ook: Y. de Vries, ‘Kan selectieve distributie de internetdistributeur buiten de deur houden?’ MP 2013/2, p. 77.

Evenals Adidas hebben Gardena, Dornbracht en Bosch Siemens Hausgeräte een boete van het *Bundeskartellamt* weten te voorkomen door hun internetverkoopvoorwaarden aan te passen.

#### Slotopmerkingen: De Nederlandse dimensie

---

Tot op heden heeft de ACM weinig interesse getoond in toezicht op afspraken over onlineverkoop, hetgeen in lijn is met de economische conventie dat verticale afspraken over het algemeen weinig potentieel hebben de concurrentie te beperken. Zoals altijd biedt het verleden weinig garantie voor de toekomst en er zijn concrete aanwijzingen voor een naderende verschuiving in het beleid van de ACM. In de eerste plaats heeft bestuursvoorzitter Chris Fonteijn van de ACM, onder verwijzing naar de handhavingspraktijk van het *Bundeskartellamt* in een speech van 2 oktober 2014 laten weten dat de opkomst van e-commerce tot een verandering van het beleid zal leiden.<sup>42</sup>

Speech Chris Fonteijn bij congres ‘Ontwikkelingen Mededingingsrecht’ 2014, 2 oktober 2014, te raadplegen via:

<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13381/Speech-Chris-Fonteijn-bij-congres-Ontwikkelingen-Medingingsrecht-2014-Apollohotel-Amsterdam/>.

Hij heeft daarbij aangekondigd om ‘guidance’ te geven door in een ACM-publicatie een breder kader te schetsen over de juridische en economische aspecten van verticale restricties. Het lijkt erop dat de ACM het voorbeeld gaat volgen dat het *Bundeskartellamt* heeft gegeven met de publicatie van het Background Paper. Bovendien heeft de ACM de digitale consument op haar agenda van 2014-2015 gezet. Eerste observaties over de ACM sinds haar oprichting lijken erop te wijzen dat mededingingstoezicht van ondergeschikt belang is in vergelijking met consumentenbescherming.<sup>43</sup>

Zie bijvoorbeeld T. Ottervanger, ‘Bespiegelingen over mededinging toen en nu (3)’, *M&M* 2014-3, p. 75-78.

Dat doel is in lijn met de hiervoor besproken Europese en Duitse zaken waarin ook de internetmogelijkheden van consumenten worden benadrukt in plaats van de concrete gevolgen van beperkingen aan de (internet)verkoop voor de (interbrand)concurrentie. Tot slot is ACM niet actief in een vacuüm. Zij werkt samen met de mededingingsautoriteiten uit andere lidstaten van de Europese Unie alwaar internetverkoop (zoals blijkt uit de Duitse internetzaken) wel op de agenda van de toezichhouders staat. Deze samenwerking heeft in het verleden al tot gecoördineerde acties geleid.<sup>44</sup>

Zie bijvoorbeeld K.M. Marchand, ‘De Belgische meelzaak: wiens broodje werd gebakken?’, *MP* 2014/165.

Gelet op hun grensoverschrijdende karakter, zijn internetverkoppen daarvoor natuurlijk ook bij uitstek geschikt.

Het spreekt voor zich dat eventuele terughoudendheid van de ACM private handhaving onverlet laat. Met het kartelverbod strijdige afspraken zijn nietig en kunnen dus ook onderwerp zijn van een civiel geschil tussen distributeur en leverancier. Onder invloed van veel bekritiseerde<sup>45</sup>

G. Oosterhuis, ‘Allianz: een beetje vaag en heel ongelukkig’, *NiER* 2014-1, p. 25-32, C.L. Nagy, ‘The Distinction between anti-competitive object and effect after Allianz: the end of coherence in Competition Analysis?’, *World Competition* 36, no 4 (2013): 541-564.

uitspraken van het Hof,<sup>46</sup>

HvJ 14 maart 2013 (*Allianz Hungária*) zaak C-32/11.

heeft de Hoge Raad laten zien dat hij er niet voor terugdeinst om verticale afspraken als met het kartelverbod strijdige doelbeperking aan te merken.<sup>47</sup>

Zie bijvoorbeeld: HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745 en HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123.

Al deze omstandigheden dragen ertoe bij dat een mededingingsrechtelijke beoordeling van bepalingen over internetverkoop bij de inrichting van een distributiestelsel niet lichtvaardig mag geschieden. In de (volgens Landgericht Frankfurt Am Main op het punt van de 'logo clause'<sup>48</sup>

Zie voetnoot 34.

achterhaalde) Richtsnoeren heeft de Commissie ten behoeve van exclusieve distributiestelsels een aantal beperkingen van internetverkoop geformuleerd die worden aangemerkt als toegestane beperking van de actieve verkoop. Voor verkoop in met name selectieve distributiestelsels geldt dat aan de verkoop op (eigen) websites voorwaarden mogen worden verbonden die equivalent zijn aan de voorwaarden die zijn verbonden aan verkoop in fysieke winkels. De Duitse internetzaken duiden erop dat ook deze equivalentietoets vrij beperkt wordt uitgelegd en dat het niet is toegestaan om kwaliteitscriteria oneigenlijk in te zetten met het doel om hogere wederverkooprijzen op internet te bewerkstelligen. Zulke beperkingen van de internetverkoop zullen al snel als hardcorebeperking worden aangemerkt die het doel hebben de concurrentie te beperken.

Hoewel de drempel hoog is, kunnen beperkingen van de onlineverkoop op grond van de individuele uitzondering zijn toegestaan als de betrokken partijen kunnen aantonen dat de efficiëntievoordelen voor de consument opwegen tegen het nadeel dat hij ondervindt van de (daarvoor noodzakelijke) beperking van de mededinging. Tot nog toe zijn er ons geen voorbeelden bekend van producenten die in rechte een succesvol beroep hebben gedaan op deze wettelijke uitzondering. Natuurlijk betekent dat niet dat zij niet bestaan. Distributiestelsels waaraan een zorgvuldige mededingingsrechtelijke en economische beoordeling ten grondslag ligt, lopen namelijk een beduidend kleiner risico om te worden aangevochten. Ondanks de strikte benadering toch weer voer voor juristen én economen!

#### ***Over de auteurs***

*Mr. Eric Janssen en mr. Sjaak van der Heul zijn werkzaam als advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen. Schrijvers bedanken Selma van Ramele voor haar commentaar.*