

Contracten maken

Internetverkoop onder het mededingingsrecht

Mr. M.A. de Jong*

Internetverkoop is de afgelopen jaren onderwerp van discussie geweest in het mededingingsrecht. Verschillende geschillen over producenten die internetverkoop door hun distributeurs probeerden te beperken, zijn voorgelegd aan de Nederlandse rechter en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Daarnaast heeft de Europese Commissie in 2010 nieuwe richtsnoeren vastgesteld waarbij internetverkoop een belangrijk onderdeel was. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft bovendien naar aanleiding van diverse klachten in 2009 een rapport opgesteld over mogelijke mededingingsrechtelijke problemen bij internetverkoop. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot belangrijke verduidelijkingen over welke afspraken rondom internetverkoop mededingingsrechtelijk zijn toegestaan en welke niet. Dit is van belang bij het opstellen van distributiecontracten. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de huidige stand van zaken, waarbij de nadruk ligt op de bespreking van de mogelijke contractuele bepalingen met betrekking tot internetverkoop.

1. Internetverkoop

De toename van de verkoop van producten via internet heeft geleid tot spanningen tussen de verschillende marktpartijen. Het meest bekend is dat distributeurs met fysieke winkels bezwaar maken tegen concurrentie door internetverkopers die de producten tegen een lagere prijs aanbieden. Dit is mogelijk omdat internetverkopers gewoonlijk lagere kosten hebben dan de verkopers met fysieke verkooppunten. Ze hoeven immers geen

winkelpand te huren en hebben geen of weinig verkoop personeel in dienst. Daarbij komt nog dat consumenten zich soms eerst laten voorlichten door deskundig verkooppersoneel in de fysieke winkel, om vervolgens het product tegen de lagere prijs via internet aan te schaffen. De internetverkopers profiteren daarmee van investeringen die door de reguliere winkeliers zijn gedaan, het zogenoemde meelif- of *free riders*-probleem.

In de praktijk kunnen producenten¹ op verschillende manieren proberen de prijsconcurrentie door internetverkopers te beperken, met name:

- door in het geheel geen zaken (meer) te doen met internetverkopers die te lage prijzen hanteren (beëindiging van de relatie of leveringsweigering);
- door voor internetverkopers een hogere prijs in rekening te brengen dan voor reguliere winkels (dubbele prijsstelling of *dual pricing*); of
- door internetverkopers voor te schrijven welke verkoopprijs gehanteerd dient te worden, bijvoorbeeld door het gebruik van minimumprijzen of adviesprijzen, waarbij al dan niet wordt bedreigd de leveringsrelatie te beëindigen als de internetverkoper zich hier niet aan houdt (verticale prijsbinding).

Behalve met betrekking tot de prijs kunnen producenten ook op andere manieren trachten grip te houden op de verkoop van hun producten via internet. De producent of importeur kan er bijvoorbeeld voor kiezen de internetverkoop geheel in eigen hand te houden en de distributeurs niet toe te staan via internet te verkopen. De

1. De begrippen 'producent' en 'leverancier' worden in dit artikel door elkaar gebruikt. Meestal wordt het distributiebeleid bepaald door de producent die zijn producten aan nationale of lokale distributeurs levert. De bepalingen over internetverkoop kunnen echter ook zijn opgenomen in overeenkomsten tussen een leverancier die geen producent is (bijv. een importeur of groothandel) en zijn afnemers (meestal detailhandelaren).

* Mr. M.A. de Jong is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam.

producent kan ook trachten de internetverkoop per land te laten plaatsvinden. Consumenten uit het ene land worden dan belemmerd om via internet in een ander land producten bestellen.

In hoeverre deze maatregelen onder het mededingingsrecht zijn toegestaan, was enkele jaren geleden niet helemaal duidelijk. Inmiddels hebben zowel de Europese Commissie als de NMa en de rechtspraak de mededingingsrechtelijke beoordeling voor een groot deel ingevuld. Voordat ik hier verder op inga, zal ik kort het mededingingsrechtelijke kader weergeven, aangezien niet alle lezers hiermee bekend zullen zijn.

2. Mededingingsrecht

Het mededingingsrecht heeft betrekking op overeenkomsten en gedragingen die de concurrentie tussen ondernemingen kunnen beperken. Deze worden met name beoordeeld onder het verbod van mededingingsbeperkende afspraken, ook wel het kartelverbod genoemd.² Hierbij wordt meestal gedacht aan mededingingsbeperkende afspraken tussen concurrenten (zogenoemde 'horizontale overeenkomsten'), zoals verboden prijsafspraken of marktverdelingsafspraken. Echter ook afspraken tussen leveranciers en afnemers (zogenoemde 'verticale overeenkomsten') vallen binnen de reikwijdte van het mededingingsrecht. Hierbij kan worden gedacht aan beperkingen die de producent of importeur oplegt aan zijn distributeurs, bijvoorbeeld dat de distributeur niet buiten een bepaald gebied mag verkopen of zich dient te houden aan een door de producent voorgeschreven prijs. Het idee is dat ook tussen de verschillende distributeurs die hetzelfde product verkopen concurrentie dient plaats te vinden.³

Een belangrijke uitzondering op het kartelverbod zijn afspraken die binnen een groep worden gemaakt. Overeenkomsten tussen vennootschappen die tot hetzelfde concern behoren vallen buiten het mededingingsrecht. Een leverancier die voor de distributie van zijn producten gebruikmaakt van dochtervennootschappen of eigen filialen, heeft daardoor mededingingsrechtelijk een groot voordeel in vergelijking met leveranciers die gebruikmaken van onafhankelijke distributeurs.

Het beoordelingskader voor verticale overeenkomsten wordt met name gevormd door de Europese Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten (de Groepsvrijstelling)⁴ en de bijbehorende Richtsnoeren Verticale

Beperkingen (de Richtsnoeren).⁵ Dit zijn Europese regelingen, maar deze worden ook toegepast in nationale situaties waarin de Nederlandse Mededingingswet van toepassing is.⁶ Wanneer overeenkomsten voldoen aan de voorwaarden van de Groepsvrijstelling, zijn zij mededingingsrechtelijk toegestaan. Een belangrijke voorwaarde daarbij is dat de overeenkomst geen zogeheten *hard-core*-bepalingen mag bevatten.⁷ Dit zijn contractuele bepalingen die als een ernstige mededingingsbeperking worden gezien en die slechts in uitzonderlijke omstandigheden gerechtvaardigd kunnen worden.

De betrokken ondernemingen moeten in principe zelf beoordelen of hun distributieovereenkomst voldoet aan de mededingingsrechtelijke voorwaarden.⁸ Hierbij moeten de partijen zich realiseren dat contractuele bepalingen van rechtswege nietig zijn wanneer zij strijdig zijn met het mededingingsrecht.⁹ Deze nietige contractbepalingen kunnen bovendien niet worden geconverteerd naar een bepaling die mededingingsrechtelijk wel toelaatbaar is, waardoor de nietigheid verstrekkende gevolgen kan hebben.¹⁰ In (civiele) geschillen tussen contractspartijen wordt dan ook regelmatig door een van de partijen een beroep op het mededingingsrecht gedaan in de hoop dat de nietigheid van een bepaalde contractbepaling of van het gehele contract wordt aangenomen. Bij het opstellen van distributiecontracten dient om deze reden zorgvuldig te worden gekeken naar de beperkingen die het mededingingsrecht stelt.

3. Ontwikkelingen

Verscheidene rechters en mededingingsautoriteiten hebben zich de afgelopen jaren gebogen over de mededingingsrechtelijke beoordeling van internetverkoop. De belangrijkste ontwikkeling is dat de Europese Commissie in 2010 een nieuwe Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten met bijbehorende Richtsnoeren heeft vastgesteld.¹¹ Voorafgaand aan de vaststelling van deze nieuwe Groepsvrijstelling had de Commissie een consultatieronde georganiseerd waarbij internetverkoop een

2. Art. 6 Mededingingswet (Mw) en art. 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Bij gedragingen door ondernemingen die een sterke positie op een bepaalde markt innemen kan ook het verbod van misbruik van een economische machtspositie relevant zijn (art. 24 Mw en art. 102 VWEU). Dit verbod wordt in dit artikel niet verder besproken.
3. De concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk wordt ook 'intra-brand concurrentie' genoemd, terwijl concurrentie tussen verschillende merken 'inter-brand concurrentie' wordt genoemd.
4. Verordening (EU) Nr. 330/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, PbEU 2010, L 102/1.

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

6. Art. 13 Mw.

7. Een andere belangrijke voorwaarde voor toepasselijkheid van de Groepsvrijstelling is dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen niet meer dan 30% bedraagt.

8. Het is in de praktijk niet of nauwelijks mogelijk om een overeenkomst ter goedkeuring voor te leggen aan de NMa of de Europese Commissie.

9. Art. 6 lid 2 Mw en art. 101 lid 2 VWEU.

10. HR 18 december 2009, LJN BJ9439 (Prisma).

11. Zie voetnoten 4 en 5 hiervoor. De vorige Richtsnoeren inzake verticale beperkingen uit 2000 (PbEG 2000, C 291/1) noemen internetverkoop al kort, maar gaven geen uitwerking welke beperkingen wel of niet waren toegestaan. Voor een algemene bespreking van de nieuwe groepsvrijstelling wordt verwezen naar M.J. van Joolingen & D.T.A. Noordeloos, De nieuwe groepsvrijstelling verticale overeenkomsten: de contractspraktijk op de schop?, Contracteren 2010/3, p. 99-106.

van de grootste discussiepunten was.¹² Met name de producenten van luxe producten wilden zo veel mogelijk grip kunnen houden op de verkoop van hun producten via internet. Vanuit internetverkooporganisaties zoals eBay en Amazon bestond juist een sterke lobby om internetverkoop zo veel mogelijk vrij te laten. Voor een groot deel werden zij hierin gesteund door de Commissie, die vanuit het oogpunt van een gemeenschappelijke EU-markt en vrije concurrentie kritisch was ten aanzien van beperkingen van internetverkoop. In de Richtsnoeren is dan ook duidelijk gekozen voor het uitgangspunt dat elke distributeur het recht heeft om via internet te verkopen. Niettemin erkent ook de Commissie het gerechtvaardigde belang van de producenten om bepaalde kwaliteitseisen te kunnen stellen aan internetverkoop en om *free riding* op investeringen van de fysieke winkeliers te voorkomen. Dit heeft geresulteerd in soms niet altijd duidelijke compromisteksten.

In Nederland heeft de NMa in 2008 en 2009 uitvoerig onderzoek gedaan naar aanleiding van klachten van internetverkopers dat zij ongunstiger zouden worden behandeld dan reguliere winkeliers. Door middel van een publieke oproep is webwinkels gevraagd mededingingsrechtelijke problemen te melden.¹³ Daarnaast is internetverkoop in twee sectoren – witgoed en horloges – verder onderzocht. De resultaten hiervan zijn neergelegd in het rapport ‘Signalen internetverkoop’.¹⁴ Opvallend is dat de NMa daarbij een aanzienlijk minder strenge uitleg van de mededingingsregels geeft dan de Europese Commissie. Zo ziet de NMa bijvoorbeeld in *dual pricing* geen probleem, terwijl de Commissie dat in principe niet toestaat. Deze verschillen worden hierna verder toegelicht.

Daarnaast zijn de afgelopen jaren verschillende geschillen met betrekking tot internetverkoop voorgelegd aan de Nederlandse en Europese rechter. In de meeste gevallen betrof dit situaties waarin de leverancier, al dan niet onder druk van de reguliere winkeliers, de relatie met een internetverkoper beëindigde in verband met de lage prijs die de internetverkoper hanteerde. Dit deed zich onder meer voor bij de verkoop van bedden, fietsen en cosmetica. In het navolgende zal per type afspraak de rechtspraak worden behandeld.

4. Contractuele bepalingen

In dit onderdeel wordt per type contractuele bepaling of gedraging aangegeven of deze mededingingsrechtelijk is toegestaan.

4.1 Verticale prijsbinding

Verticale prijsbinding houdt in dat de leverancier (gewoonlijk de producent of importeur) aan de internetverkoper een vaste verkoopprijs of een minimumverkoopprijs oplegt. De leverancier kan rechtstreeks voorschrijven welke verkoopprijs moet worden gehanteerd, maar prijsbinding kan ook indirect worden bereikt, bijvoorbeeld door het vaststellen van de marge voor de distributeur of door het maximaliseren van de kortingen die de distributeur mag hanteren ten opzichte van een bepaald prijsniveau. Een dergelijke prijsbinding wordt volgens de Groepsvrijstelling in beginsel beschouwd als een verboden *hardcore* mededingingsbeperking.¹⁵

Bepalingen met betrekking tot de door de internetverkoper te hanteren prijzen die wel zijn toegestaan, zijn het hanteren van een maximumprijs en van een adviesprijs die op geen enkele wijze wordt afgedwongen.¹⁶ Bij maximumprijzen en adviesprijzen heeft de distributeur immers de vrijheid om met zijn prijs te dalen. Wanneer de leverancier echter door middel van druk of prikkels probeert in feite een vaste prijs of minimumprijs te bereiken, kan een adviesprijs toch worden beschouwd als een verboden verticale prijsbinding. Hierbij kan worden gedacht aan intimidatie, dreiging met opzegging van het contract, vertraging of achterstelling bij leveringen en dergelijke, om ervoor te zorgen dat de internetwinkel zich houdt aan de adviesprijs.¹⁷

Onder verticale prijsbinding kan ook worden begrepen de situatie dat een leverancier de relatie met een internetverkoper beëindigt onder druk van reguliere winkeliers die ontevreden zijn over de lage internetverkoop-prijzen. Deze situatie heeft in Nederland al twee keer geleid tot vergaand ingrijpen door de rechter, omdat dit werd geacht strijdig te zijn met het mededingingsrecht. Het ene geval betrof fietsenfabrikant Batavus, die door vakhandelaren onder druk werd gezet om niet meer te leveren aan een internetverkoper.¹⁸ Het andere geval betrof beddenfabrikant Eastborn, die, in afstemming met dealers met alleen een fysieke winkel, de leveringsrelatie met een hybride dealer had beëindigd.¹⁹ In beide zaken werd de beëindiging van de leveringsrelatie met als doel een bepaald prijsniveau in de markt te houden, gezien als een vorm van indirecte verticale prijsbinding,

12. In 2009 werden belanghebbenden uitgenodigd hun visie te geven op een ontwerpversie van de Groepsvrijstelling en de Richtsnoeren (IP/09/1197). Daaraan voorafgaand (in 2008) had de Commissie al een aparte consultatie gehouden over online commercie (http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/online_issues_paper_annex.pdf).

13. Onderzoeksbureau Ecosys is daarbij gevraagd een economische literatuurstudie te doen ter ondersteuning van het onderzoek van de NMa. Dit heeft geresulteerd in het rapport ‘Leveringsvoorwaarden internetwinkels, Economische literatuurstudie’, Ecosys Nederland, 4 december 2008.

14. Sectorscan Signalen internetverkoop, NMa, juni 2009, te vinden op www.nmanet.nl.

15. Art. 4(a) Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten.

16. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 48.

17. Contactlazenproducent CIBA heeft bijv. in 2009 een boete van € 11,5 miljoen gekregen van de Duitse mededingingsautoriteit wegens het onder druk zetten van internetverkopers (besluit Bundeskartellamt 25 september 2009, zaak B 3-123/08). CIBA benaderde o.m. alle internetverkopers die meer dan 10-15% onder de door CIBA gehanteerde adviesprijs verkochten met het doel het prijsniveau te verhogen.

18. HR 16 september 2011, LJN BQ2213, NJ 2011, 572 (Batavus/X).

19. Hof Arnhem 18 december 2007, LJN BC5311 (M.F. Design B.V./Eastborn Slaapsystemen B.V.).

ook al was er contractueel geen verkoopprijs voorgeschreven. De beëindiging werd daardoor aangemerkt als een *hardcore* mededingingsbeperking. Op grond daarvan moest de opzegging als nietig worden beschouwd en diende de leveringsrelatie te worden hersteld.

Aan de andere kant bevatten de Richtsnoeren een uitzondering die in bepaalde gevallen ongewenste prijsconcurrentie door internetverkopers zou kunnen voorkomen.²⁰ Deze uitzondering maakt deel uit van drie in de Richtsnoeren beschreven gevallen waarin verticale prijsbinding mogelijk kan worden gerechtvaardigd.²¹ Gesteld wordt dat verticale prijsbinding efficiëntieverbeteringen kan opleveren wanneer deze de detailhandelaar in staat kan stellen (bijkomende) presaleservice aan te bieden. De Richtsnoeren maken duidelijk dat in het bijzonder bij 'ervaringsproducten of complexe producten' een probleem kan ontstaan wanneer bepaalde detailhandelaren een hoog niveau aan presaleservice bieden, maar de producten vervolgens worden gekocht bij verkopers die deze presaleservice niet bieden. Gedacht kan worden aan de verkoop van bedden of technische producten waarbij offlineverkopers investeringen doen in showrooms en deskundig verkooppersoneel, terwijl de producten vervolgens goedkoper online worden gekocht. Op termijn kan dit leiden tot het verminderen of verdwijnen van de presaleservice. Verticale prijsbinding kan dan helpen dit *free ride*-probleem op te lossen en de presaleservice in stand te houden. Gelet op de beperkte omschrijving van deze uitzondering, wordt echter aangeraden voorzichtig te zijn met de toepassing hiervan.

4.2 Dual pricing

Dubbele prijsstelling of *dual pricing* houdt in dat de leverancier voor internetwinkels hogere (inkoop) prijzen hanteert dan voor reguliere winkels. Dit kan een directe hogere prijs zijn of een indirecte, bijvoorbeeld door het hanteren van lagere kortingen of bonussen in vergelijking met de reguliere winkels. Bij *dual pricing* blijft de internetwinkelier vrij zijn verkoopprijzen te bepalen (geen verticale prijsbinding), maar door de hogere inkoopprijs zal het verschil in de verkoopprijs met de reguliere winkels afnemen of verdwijnen.

In de Nederlandse rechtspraak is er tot nu toe van uitgegaan dat *dual pricing* geoorloofd is. Door verschillende rechtbanken is geoordeeld dat het *dual pricing*-systeem zoals dat werd gehanteerd door de keukenapparatuur-

fabrikant Atag Etna Pelgrim (AEP) was toegestaan.²² AEP had daarbij gewezen op de toegevoegde waarde die keukenvakzaken bieden aan de consument, zoals de persoonlijke en deskundige advisering in de winkel en het verzorgen van professionele installatie thuis. Bij apparatuur die via internet werd verkocht moest AEP vaak na de aanschaf nog adviseren over het gebruik en het onderhoud en moest haar servicedienst bij consumenten thuis de problemen oplossen die waren veroorzaakt door ondeskundige installatie. Deze aftersaleskosten werden door AEP gedragen. De rechtbanken vonden het in dat licht gerechtvaardigd dat AEP voor internetverkopers een hogere prijs hanteerde.²³

In het rapport 'Signalen internetverkoop' is ook de NMa van mening dat *dual pricing* op zich niet verboden is, waarbij wordt gewezen op de contractsvrijheid van de ondernemer.²⁴

De Europese Commissie is echter kritischer dan de Nederlandse rechter en de NMa. De Richtsnoeren nemen als uitgangspunt dat *dual pricing* niet is toegestaan.²⁵ De Commissie geeft echter aan dat in bepaalde gevallen uitzonderingen mogelijk zijn. Ten eerste wijst de Commissie erop dat het is toegestaan dat de leverancier aan de distributeur een vaste vergoeding betaalt om offlineverkoop te ondersteunen. Een reguliere winkelier kan dus voor zijn showroom en verkooppersoneel een vergoeding ontvangen van de producent. De Richtsnoeren bepalen echter uitdrukkelijk dat dit geen variabele vergoeding mag zijn waarbij de vergoeding wordt verhoogd naargelang de gerealiseerde offlineomzet. Dit zou immers indirect weer neerkomen op een dubbele prijsstelling.

Daarnaast stelt de Commissie dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin onlineverkoop voor de producent tot aanzienlijk hogere kosten leidt dan de offlineverkoop.²⁶ Als voorbeeld geeft de Commissie het geval dat bij offlineverkoop de installatie ter plaatse door de distributeur is inbegrepen, terwijl dit bij onlineverkoop niet het geval is. Voor de producent kunnen de onlineverkopers dan tot meer klachten en garantieclaims leiden, wat een rechtvaardiging kan zijn voor het hanteren van verschillende prijzen.

Deze redenering van de Commissie sluit gedeeltelijk aan bij de overwegingen van de Nederlandse rechter in de AEP-zaken. Als de internetverkoop leidt tot extra kosten voor de producent (met name aftersaleskosten zoals klachten, extra reparaties en garantieclaims), dan is een hogere prijs voor internetverkopers volgens zowel de

20. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 225. Deze uitzonderingen zijn het resultaat van een uitgebreide discussie voorafgaand aan de nieuwe Europese Groepsvrijstelling over de vraag of het verbod op verticale prijsbinding zou moeten vervallen. De nadelen hiervan voor de mededinging zijn namelijk doorgaans beperkt en in bepaalde situaties kan verticale prijsbinding zelfs positieve effecten op de mededinging hebben. Uiteindelijk heeft de Europese Commissie het verbod in stand gelaten, maar enkele beperkte uitzonderingen geformuleerd.

21. De andere situaties die worden genoemd zijn: (1) verticale prijsbinding tijdens de introductieperiode van een nieuw product wanneer dat nodig is om de promotie-inspanningen op te voeren, en (2) verticale prijsbinding bij een gecoördineerde kortlopende prijsverlagingsactie binnen een franchisesysteem.

22. Rb. Zutphen 8 augustus 2007, LJN BB7225 (Groen Trend B.V. en Schouten Keukens B.V./Atag Etna Pelgrim Home Products B.V.); Vzv. Zutphen 30 december 2005, LJN AU8878 (Groen Trend B.V. en Schouten Keukens B.V./Atag Etna Pelgrim Home Products B.V.); Vzv. Arnhem 7 juli 2005, LJN AU1726 (Keukenland Design Franeker e.a./Atag Etna Pelgrim Home Products B.V.).

23. Het was daarbij ook toegestaan dat deze hogere prijs in rekening werd gebracht bij keukenvakzaken die de door hen (onder gunstige voorwaarden) bij AEP ingekochte producten doorleverden aan internetverkopers, dat wil zeggen die als 'doorgeefluik' fungeerden.

24. Sectorscan Signalen internetverkoop, p. 5.

25. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 52(d).

26. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 64.

Commissie als de Nederlandse rechtspraak gerechtvaardigd. De vraag is of dit ook opgaat als de extra kosten (met name presaleskosten) niet worden gedragen door de producent, maar door de fysieke winkeliers. In de praktijk worden zij vaak het meeste benadeeld door de *free ride* op hun investeringen in showrooms en verkooppersoneel.

De Commissie staat hier, zoals gezegd, alleen een vaste vergoeding voor de winkelier toe en geen lagere inkoop-prijs of variabele vergoeding. Dit lijkt onlogisch. Waarom mag bij een dubbele prijsstelling alleen rekening worden gehouden met de extra kosten aan de zijde van de producent en niet met die van de fysieke winkelier? Dit sluit ook niet aan bij de commerciële praktijk waarin leveranciers in hun prijsstelling vaak rekening houden met diensten die de distributeur levert.

Naar mijn mening zouden beide soorten kosten verdisconteerd mogen worden in de dubbele prijsstelling zolang de hogere prijs voor de internetverkoper in redelijke verhouding staat tot de totale kosten (presales-, sales- en aftersaleskosten) waarop de internetverkoper meelift. Vanuit haar behoefte internetverkoop te stimuleren heeft de Commissie echter een strikter standpunt ingenomen. Het is de vraag of de Nederlandse rechter dit striktere standpunt zal volgen bij toekomstige geschillen over *dual pricing*. Hoe dan ook, door producenten die het zekere voor het onzekere willen nemen en de Richtsnoeren willen volgen, zal een omslag gemaakt moeten worden naar meer vaste vergoedingen voor de fysieke winkels die investeren in een showroom en verkooppersoneel.

4.3 Beëindiging en weigering levering

Leveringsweigering kan inhouden dat de leverancier weigert de internetverkoper te leveren of hem een dealership toe te kennen. Dit kan zijn omdat de internetverkoper te lage prijzen hanteert, maar ook omdat hij niet beschikt over een showroom of niet voldoet aan andere kwalitatieve eisen. Bij internetverkopers die reeds een contractuele relatie met de leverancier hebben, kunnen dit voor de leverancier redenen zijn om de relatie te beëindigen.

Uit de Richtsnoeren kan worden afgeleid dat het is toegestaan om pure internetverkopers te weren. De Commissie stelt immers dat van de afnemer kan worden verlangd dat hij ten minste een bepaalde hoeveelheid producten offline verkoopt, wat pure internetverkopers uitsluit.²⁷ Daarnaast is ook de NMa is van mening dat een leveringsweigering op zich niet verboden is.²⁸

Bij hybride distributeurs, die zowel online als offline verkopen, is het echter lastig om de leveringsrelatie te beëindigen op de grond dat te veel producten via internet worden verkocht of dat daarbij te lage prijzen worden gehanteerd. De Commissie gaat namelijk uit van het principe dat elke distributeur het recht heeft via internet te verkopen. De Richtsnoeren stellen daarom uitdrukkelijk dat de leverancier niet het aandeel van de internet-

verkoop in de totale verkoop van de distributeur mag beperken.²⁹

Zoals hiervoor in paragraaf 4.1 is besproken, dient er ook rekening mee te worden gehouden dat een beëindiging van een leveringsrelatie in verband met het feit dat de internetverkoper te lage prijzen hanteert, kan worden aangemerkt als een verboden verticale prijsbinding. De opzegging van de overeenkomst kan dan als nietig worden beschouwd. De vraag daarbij is wel of de internetverkoper kan bewijzen dat de opzegging tot doel heeft om het gewenste hogere prijsniveau te handhaven of te herstellen. Dit kan een lastige bewijspositie zijn. In de hiervoor genoemde zaken met Batavus en Eastborn waren er voldoende bewijzen dat de producent onder druk was gezet door de fysieke winkeliers om op te treden tegen de betreffende internetverkopers.³⁰ In andere zaken lukte het de internetverkopers echter niet om dit bewijs te leveren.³¹

Bij het beëindigen van een bestaande leveringsrelatie dient bovendien rekening te worden gehouden met andere omstandigheden die dit lastiger kunnen maken. In het geval van een selectief distributiestelsel zal de beëindigingsgrond bijvoorbeeld ook moeten passen binnen de voor het stelsel geldende kwalitatieve en kwantitatieve criteria.³² Een pure internetverkoper die reeds deel uitmaakt van het selectieve distributiestelsel kan bijvoorbeeld niet zonder meer worden uitgesloten als niet eerst voor het gehele netwerk de voorwaarde is gesteld dat de distributeurs een bepaalde hoeveelheid producten offline moeten verkopen. Daarnaast moet bij het beëindigen van een relatie uiteraard ook rekening worden gehouden met de gebruikelijke verbintenisrechtelijke kaders, zoals de verplichting tot het hanteren van een redelijke opzegtermijn en/of vergoeding van de schade bij beëindiging van een duurovereenkomst.

Het weigeren te leveren wanneer er nog geen leveringsrelatie bestaat, is eenvoudiger. Op grond van het beginsel van contractsvrijheid kan een leverancier in principe niet worden gedwongen te leveren. Alleen als de leverancier beschikt over een economische machtspositie, kan een leveringsweigering in uitzonderlijke gevallen worden aangemerkt als het maken van misbruik van die machtspositie.³³

4.4 Geografische beperkingen

Binnen distributienetwerken wordt aan distributeurs vaak een exclusief gebied toegekend, dat wil zeggen een gebied waar niet tevens andere distributeurs worden

27. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 52(c). Zie par. 4.5 hierna voor verdere uitleg over deze bepaling.

28. Sectorscan Signalen internetverkoop, p. 5.

29. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 52(c).

30. HR 16 september 2011, LJN BQ2213, NJ 2011, 572 (Batavus/X); Hof Arnhem 18 december 2007, LJN BC5311 (M.F. Design B.V./Eastborn Slaapsystemen B.V.).

31. Bijv. Hof Leeuwarden 17 januari 2012, LJN BV1085 (Koninklijke Auping B.V./Beverlaap B.V.); V.zr. Zwolle 29 december 2011, LJN BV2294 (Het Langedijker Bed B.V./Koninklijke Auping B.V.).

32. Voor uitleg over het begrip 'selectieve distributie' wordt verwezen naar par. 4.7.

33. Hier wordt niet verder op ingegaan. Niet veel leveranciers beschikken over een economische machtspositie. Bovendien betreffen de gevallen waarin een leveringsweigering is aangemerkt als misbruik niet de distributie van reguliere producten, maar de levering van licenties of de toegang tot informatie of toegang tot bepaalde infrastructuur.

benoemd.³⁴ Leveranciers kunnen daarbij ook een bepaald gebied aan zichzelf voorbehouden.

Dergelijke gebiedsafspraken worden beoordeeld op basis van de Groepsvrijstelling. Belangrijk hierbij is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen ‘actieve verkoop’ en ‘passieve verkoop’. Onder ‘actieve verkoop’ wordt verstaan het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten, bijvoorbeeld door specifiek op hen gerichte reclame, door hen aan te schrijven, te bezoeken of ongevraagd e-mails te sturen of door het oprichten van een verkooppunt in een specifiek gebied. Onder de Groepsvrijstelling is het toegestaan dat ieder van de distributeurs wordt verboden actief te verkopen buiten het eigen toegewezen gebied.³⁵ Het is echter niet toegestaan om beperkingen op te leggen aan passieve verkoop buiten het toegewezen gebied. Onder ‘passieve verkoop’ wordt daarbij verstaan het ingaan op verzoeken tot levering die niet specifiek zijn uitgelokt, dat wil zeggen waarbij het initiatief bij de klant ligt.

Internetverkoop wordt in beginsel als passieve verkoop beschouwd.³⁶ Het uitgangspunt van de Europese Commissie is dat elke distributeur ongehinderd gebruik moet kunnen maken van internet om zijn producten aan te prijzen of te verkopen. Wanneer dus een klant van buiten het aan de distributeur toegewezen gebied de website van deze distributeur bezoekt en producten bestelt, wordt dit gezien als passieve verkoop die niet beperkt mag worden. Hetzelfde geldt wanneer een klant ervoor kiest om op de hoogte te worden gehouden door de distributeur – bijvoorbeeld door online mailings – en dit leidt tot een verkoop.

Bovendien verandert het feit dat op de website voor verschillende talen kan worden gekozen niet het passieve karakter van de verkoop. Als dus bijvoorbeeld een Spaanse distributeur een Nederlandstalige versie van zijn website aanbiedt en de bestellingen en andere communicatie in het Nederlands kunnen worden gedaan, wordt dat door de Commissie niet aangemerkt als actieve verkoop in Nederland, maar als passieve verkoop vanuit Spanje. Dit illustreert hoe ver de Commissie gaat in haar standpunten teneinde grensoverschrijdende internetverkoop zo min mogelijk te belemmeren.

In dat licht worden ook de volgende bepalingen door de Commissie beschouwd als verboden beperkingen:

- de verplichting voor de (exclusieve) distributeur om te verhinderen dat in een ander gebied gevestigde klanten zijn website bezoeken of om websitebezoekers uit een ander gebied automatisch door te sturen naar de website van de producent of van andere (exclusieve) distributeurs. Het is wel toegestaan dat wordt overeengekomen dat de distributeur op zijn website een aantal links heeft naar de websites van de andere distributeurs of van de leverancier;

- de verplichting voor een (exclusieve) distributeur om transacties van klanten via internet af te breken zodra uit de creditcardgegevens blijkt dat hun adres niet binnen het (exclusieve) gebied van de distributeur valt.

Internetverkoop wordt echter niet altijd als passieve verkoop aangemerkt. De Commissie beschouwt online-reclame die specifiek op bepaalde klanten of op een bepaald gebied is gericht als een vorm van actieve verkoop aan die klanten of in dat gebied.³⁷ Voorbeelden hiervan zijn:

- ongevraagd e-mails versturen naar potentiële klanten die in een ander gebied zijn gevestigd;
- het gebruik van op een ander gebied gerichte banners op websites van derden, wat wordt gezien als actieve verkoop in het gebied waar deze banners verschijnen;
- betaling van een aanbieder van zoekmachines (bijvoorbeeld Google) of een aanbieder van onlinereclame om een reclameboodschap specifiek aan gebruikers in een bepaald gebied te laten zien.

Deze actieve verkoop via internet buiten het voor de distributeur aangewezen gebied mag door de leverancier worden verboden.³⁸ Al met al zijn deze toegestane restricties echter beperkt. Door het beleid van de Commissie om internetverkoop binnen de EU te stimuleren zijn er weinig mogelijkheden voor geografische beperkingen.

4.5 Internetverkoop beperkt in hoeveelheid

De Richtsnoeren staan niet toe dat de leverancier aan de distributeur beperkingen oplegt met betrekking tot de hoeveelheid producten die hij via internet verkoopt.³⁹ Aan hybride distributeurs die zowel online als offline verkopen kan dus geen maximum worden voorgeschreven in absolute hoeveelheden die via internet mogen worden verkocht (bijvoorbeeld niet meer dan 1.000 producten per jaar) of als een percentage van de totale verkoop van de distributeur (bijvoorbeeld dat niet meer dan 50% van de producten mag worden verkocht via internet).

Het is wel toegestaan dat de leverancier van de distributeur verlangt dat hij ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid producten offline verkoopt ‘om een doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te waarborgen’, zonder daarbij internetverkoop van de distributeur te beperken. Deze minimumhoeveelheid voor offlineverkoop kan gelijk zijn voor alle distributeurs of voor elke distributeur afzonderlijk worden vastgesteld op basis van objectieve criteria, zoals de omvang van de distributeur. Zoals hiervoor is gesteld, kan uit deze bepaling worden afgeleid dat het is toegestaan om pure internetverkoopers te weren.

In het geval de leverancier gebruikmaakt van een selectief distributiestelsel, bestaat er nog een andere beperkte uitzondering.⁴⁰ In dat geval mag de leverancier zijn

34. Hetzelfde kan worden gedaan met de toewijzing van een klantenkring, bijv. dat de distributeur zich uitsluitend moet richten op de consumentenmarkt of afnemers in een bepaalde sector. Gebieden en klantenkringen kunnen ook worden gecombineerd.

35. Art. 4 (a)(i) Groepsvrijstelling.

36. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 52.

37. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 53.

38. Art. 4(a) Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten.

39. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 52(c).

40. Voor uitleg over het begrip ‘selectieve distributie’ wordt verwezen naar par. 4.7.

erkende distributeurs verbieden dat de producten worden doorverkocht aan niet-erkende distributeurs. Om te voorkomen dat dergelijke niet-erkende partijen gemakkelijk via internet grote hoeveelheden producten bestellen om vervolgens door te verkopen, kan de leverancier van de erkende distributeurs eisen dat via internet niet meer dan een bepaalde hoeveelheid producten aan een individuele afnemer wordt geleverd.⁴¹ Dit kan een effectieve maatregel zijn om het gesloten systeem van selectieve distributie in stand te houden.

4.6 Internetverkoop exclusief door producent/leverancier

Het exclusief voorbehouden van internetverkoop aan de producent of leverancier is niet toegestaan. Zoals gezegd, geldt als uitgangspunt dat elke distributeur via internet zijn producten moet kunnen verkopen.

De leverancier kan voor zichzelf wel een bepaald geografisch gebied exclusief voorbehouden, maar hij zal niet kunnen voorkomen dat klanten uit zijn gebied via internet de producten bij een distributeur in een ander gebied bestellen. De enige bescherming die hij overeen kan komen met zijn distributeurs in andere gebieden is dat zij zich met hun internetverkoop actief richten op zijn gebied. Voor verdere uitleg over bescherming van geografische gebieden wordt verwezen naar paragraaf 4.4 hiervoor.

Exclusieve internetverkoop door de producent is alleen te realiseren wanneer geen gebruik wordt gemaakt van onafhankelijke distributeurs. Indien de distributie geheel door de producent zelf wordt gedaan, kan gebruik worden gemaakt van de intragroep-uitzondering en zijn de mededingingsregels niet van toepassing.⁴²

4.7 Kwalitatieve eisen internetverkoop

Het is de leverancier toegestaan om kwalitatieve eisen te stellen aan de websites die de distributeurs gebruiken voor hun internetverkoop, net zoals ook kwaliteitsnormen gesteld kunnen worden aan fysieke winkels, catalogusverkoop of reclame.⁴³

Dergelijke kwaliteitsnormen zijn in het bijzonder van belang wanneer sprake is van 'selectieve distributie'. Dit is een vorm van distributie waarbij de distributeurs moeten voldoen aan bepaalde kwalitatieve eisen, zoals vakkundig personeel of bepaalde aankleding en uitstraling van de winkellocatie. Dit wordt met name gebruikt voor de verkoop van luxe of technische producten. Binnen het selectieve distributienetwerk kan de leverancier ervoor zorgen dat de producten alleen worden verkocht via de tot het netwerk toegelaten verkopers.

Als de leverancier gebruikmaakt van selectieve distributie, kan hij voorschrijven aan welke eisen de websites van de distributeurs dienen te voldoen. Gedacht kan worden aan eisen aan de uitstraling van de website, de verplichting dat de website bepaalde informatie over de producten bevat of dat gebruik wordt gemaakt van een veilig betalingssysteem. De leverancier kan ook eisen dat

de internetverkoper bepaalde leveringstermijnen in acht neemt of over aanvullende diensten beschikt, zoals een telefonische helpdesk of een installatie- en onderhoudservice.

De Commissie gaat er daarbij van uit dat voor internetverkoop alleen verplichtingen opgelegd kunnen worden die 'equivalent' zijn aan de verplichtingen die gelden voor fysieke winkels.⁴⁴ De criteria hoeven niet identiek te zijn, maar ze moeten wel dezelfde doelstellingen en vergelijkbare resultaten hebben. Ze mogen ook niet onnodig strikter zijn voor internetverkoop. Bijvoorbeeld, als een merkproduct in de fysieke winkel tezamen met andere merken wordt verkocht (bijvoorbeeld in een parfumerie of warenhuis), dan is in principe niet toegestaan dat de voorwaarde wordt gesteld dat internetverkoop uitsluitend mag plaatsvinden via een website alleen voor het betreffende merkproduct.

De Commissie lijkt hierbij aan te nemen dat voor onlineverkoop eenvoudig vergelijkbare kwaliteitsnormen gesteld kunnen worden als aan offlineverkoop, terwijl sprake kan zijn van wezenlijke verschillen. Eisen met betrekking tot persoonlijke en deskundige advisering van de klant zoals dat in een fysieke winkel kan plaatsvinden, zijn vaak niet op een vergelijkbare wijze te realiseren bij internetverkoop. De distributeur kan verplicht worden te zorgen voor een telefonische klantenservice met deskundig personeel, maar dat is in de praktijk meestal geen volwaardig substituum voor persoonlijke advisering in de winkel. Volgens de Richtsnoeren kan de leverancier van de distributeurs wel verlangen dat zij één of meer winkels of showrooms hebben, zodat de consument desgewenst de producten ziet, uitprobeert en/of persoonlijk advies kan krijgen.⁴⁵ Het is voor de leverancier echter niet mogelijk te voorkomen dat consumenten direct en zonder persoonlijke advisering de producten via internet kopen. Het is dan ook de vraag of de kwalitatieve eisen die de uitstraling en het imago van een merk moeten waarborgen bij een fysieke winkel, altijd op *equivalente* wijze toegepast kunnen worden bij een website.

4.8 Absoluut verbod op internetverkoop

Een absoluut verbod op internetverkoop is in beginsel niet toegestaan. In uitzonderlijke gevallen kan een absoluut verbod mogelijk worden gerechtvaardigd, maar de ruimte hiervoor is zeer beperkt.

De toelaatbaarheid van een absoluut verbod op internetverkoop is door Hof van Justitie van de EU beoordeeld in de zaak *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.⁴⁶ Deze zaak betrof een Franse cosmetica-producent die, ten behoeve van het prestigieuze imago van het merk en een goede voorlichting van de consumenten, wilde dat zijn producten uitsluitend in apotheken werden verkocht. Door te bepalen dat verkoop diende plaats te vinden in een fysieke ruimte in aanwezigheid van een apotheker, werd internetverkoop door de distributeurs feitelijk uitgesloten. De Franse mededingingsautoriteit was van mening

41. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 56.

42. Zie par. 2 hiervoor.

43. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 54.

44. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 56.

45. Richtsnoeren Verticale Beperkingen, par. 54.

46. HvJ EU 13 oktober 2011, zaak C-439/09, n.n.g.

dat dit de facto verbod van internetverkoop strijdig was met het mededingingsrecht. Zij legde hiervoor een boete op en gebod Pierre Fabre zijn distributiecontracten aan te passen. In de beroepsprocedure werd door middel van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voorgelegd of een absoluut verbod onder het mededingingsrecht geoorloofd kan zijn in verband met een goede voorlichting van de consument, de uitstraling of het imago van het product of andere rechtvaardigingen. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat een absoluut verbod op verkoop via internet de strekking heeft de mededinging te beperken en niet is toegestaan onder de Groepsvrijstelling. Het houdt immers een verdergaande beperking van passieve verkoop in dan is geoorloofd.⁴⁷ Zonder toepasselijkheid van de Groepsvrijstelling moet vervolgens worden beoordeeld of het verbod op internetverkoop op individuele basis vrijgesteld kan worden. Hiervoor moet – kort gezegd – worden beoordeeld of er een objectieve rechtvaardiging is voor het verbod en of deze beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is om het gewenste doel te bereiken.⁴⁸ Het Hof van Justitie heeft zich niet uitgelaten over de vraag of Pierre Fabre voldeed aan deze criteria.⁴⁹ Uit de strenge bewoordingen in het arrest kan echter worden afgeleid dat er zeer weinig ruimte lijkt te zijn voor een absoluut verbod.⁵⁰

5. Conclusies

De rechtspraak en publicaties van de Europese Commissie en de NMa die de afgelopen jaren zijn verschenen, hebben een aanzienlijke bijdrage geleverd aan de

verdere invulling van de mededingingsrechtelijke beoordeling van internetverkoop. Dit is zonder meer positief te noemen. Bij het opstellen van distributiecontracten worden op de meeste punten goede handvatten geboden.

In de Richtsnoeren van de Commissie is een aantal duidelijke keuzes gemaakt over beperkingen van internetverkoop die wel of niet zijn geoorloofd. Deze gaan uit van het beginsel dat de distributeurs vrij moeten zijn via internet te verkopen. Dit is te begrijpen vanuit het idee van de Commissie dat moet worden gestreefd naar een interne markt met onbelemmerde handel tussen de lidstaten. Voor ondernemingen die beperkingen willen opleggen aan internetverkoop – bijvoorbeeld om consumenten persoonlijk te kunnen adviseren of voor het in stand houden van een prestigieus imago – is dit echter minder gunstig. Deze ontwikkeling heeft de producenten van luxe merkproducten dan ook niet blij gestemd. Sommige vragen over wat is toegestaan bij internetverkoop zijn nog niet geheel uitgekristalliseerd. Het is bijvoorbeeld nog niet geheel duidelijk in welke situaties *dual pricing* is toegestaan. In Nederland is *dual pricing* tot nu toe geaccepteerd, maar daar zal onder invloed van de Europese Richtsnoeren waarschijnlijk strenger naar worden gekeken. Een ander belangrijk punt is de toepassing van kwaliteitsnormen op internetverkoop. Merkproducenten zullen goed moeten nadenken hoe ze de uitstraling en het imago van hun producten in stand kunnen laten als internetverkoop door hun distributeurs niet zonder meer verboden kan worden.

Bovendien kan worden verwacht dat de gebruikte technieken voor en contractuele bepalingen over internetverkoop zich de komende jaren nog zullen blijven ontwikkelen. Dit zal ongetwijfeld nieuwe rechtspraak of nieuw beleid van de mededingingsautoriteiten opleveren.

47. Pierre Fabre had daarbij gesteld dat internetverkoop aangemerkt diende worden als verkoop vanuit een 'niet-erkende vestigingsplaats', wat door de leverancier verboden kan worden in geval van een selectief distributiestelsel (art. 4(c) Groepsvrijstelling). Volgens het Hof van Justitie is met de term 'niet-erkende vestigingsplaats' echter niet internetverkoop bedoeld.
48. Voor een individuele vrijstelling dient op grond van art. 101 lid 3 VWEU te worden voldaan aan vier cumulatieve voorwaarden: (1) verbetering van de productie of distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang, (2) een billijk deel van de daaruit voortvloeiende voordelen moet aan de gebruiker ten goede komen, (3) de op te leggen beperkingen moeten niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen, en (4) er moet voldoende concurrentie op de markt overblijven.
49. Deze beoordeling is overgelaten aan de nationale Franse rechter die de prejudiciële vragen had gesteld. Recent heeft deze de door Pierre Fabre aangedragen rechtvaardigingsgronden verworpen (arrêt Cour d' Appel de Paris Pôle 5, Chambre 5-7, 31 januari 2013, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique/Autorité de la concurrence).
50. Dat een absoluut verbod op internetverkoop slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden is toegestaan, blijkt ook uit de opmerkingen van de Europese Commissie van 11 juni 2009 voor de Cour d'Appel de Paris (JURM(2009) 4123) en de opinie van de A-G in de Pierre Fabre-zaak (opinie A-G Mazák, 3 maart 2011, zaak C-439/09, par. 54-55). De A-G wijst erop dat beoordeeld zal moeten worden of er geen minder vergaande maatregelen denkbaar zijn om het gewenste doel te bereiken. Bijv. of het mogelijk is om op afstand geïndividualiseerd advies aan de consument te geven over gebruik van het product waarbij de consument vragen kan stellen zonder naar een apotheek te gaan. Voor individueel advies zou ook verwezen kunnen worden naar bepaalde fysieke winkels.