

Onlineverkoop in exclusieve distributiesystemen

Een verkenning van de juridische beperkingen voor het geografisch sturen van onlineverkoop

*Mr. E.D. Glerum-van Aalst, mr. drs. J. Smeets en
mr. L.G. Gerding**

1 Inleiding

Op 3 december 2013 deden ambtenaren van de Europese Commissie een onaangekondigde inspectie bij onder andere Philips, Samsung en Media-Saturn op grond van de verdenking dat zij de handel via het internet hebben beperkt door afspraken te maken over de onlineprijsstelling van elektronica-producten en het beperken van het onlineaanbod. Het actief onderzoeken en optreden tegen afspraken over onlineverkoop is een relatief nieuwe ontwikkeling op het gebied van mededinging. De mededingingsautoriteiten zijn er echter scherp op; in ons omringende landen, zoals Duitsland¹ en Frankrijk, zijn al daadwerkelijk hoge boetes opgelegd vanwege onlineverkoopbeperkingen.

Dit onderwerp zal steeds actueler worden nu de populariteit van onlineverkoop aan het toenemen is. Internetbezoekers verplaatsen zich in luttele seconden van een webshop gevestigd in het ene land naar een webshop gevestigd in een ander land om zo te kiezen voor de – in hun ogen – beste leverancier of prijs. Het maakt de consument in principe niet zoveel meer uit in welk land de leverancier gevestigd is. Het aanbod zou zich aan die vraag moeten aanpassen, maar dat is niet altijd in het belang van fabrikanten en leveranciers. Bijvoorbeeld in distributiesystemen waarin iedere distributeur een exclusief geografisch gebied heeft.

Casus. Een fabrikant van wielrenkleding wijst aan een van zijn distributeurs Nederland toe als exclusief gebied, aan een andere

distributeur wijst bij Duitsland toe en een Franse distributeur krijgt Frankrijk als exclusief gebied. Het is de bedoeling dat die gebiedsverdeling ervoor zorgt dat de distributeurs verzekerd zijn van bepaalde inkomsten uit hun exclusieve gebied. Het stimuleert de lokale distributeurs tot het doen van investeringen en het verrichten van andere verkoopinspanningen die de handel bevorderen in de betreffende gebieden.

Omdat onlineverkoop niet aan landsgrenzen is gebonden, kan de geografische exclusiviteit van zo'n distributienetwerk erdoor worden bedreigd. Om het exclusieve netwerk te beschermen zullen leveranciers mogelijk voorwaarden willen stellen aan onlineverkoop. Men kan bijvoorbeeld kiezen voor het inzetten van verschillende methoden en technieken om het verkeer van internetbezoekers in eigen voordeel te sturen. Het is echter de vraag of de leverancier hier goed aan doet, omdat overtreding van het kartelverbod – en daarmee ook (gedeeltelijke) nietigheid van de overeenkomst met zijn distributeurs – op de loer ligt.

In deze bijdrage worden de mededingingsrechtelijke aspecten van onlineverkoop in distributiesystemen waarin sprake is van geografische (exclusieve) gebiedsverdeling behandeld. In 2013 verscheen van de hand van mr. M.A. de Jong een mooi overzichtsartikel over onlineverkoop en mededingingsrecht;² de onderhavige bijdrage zoomt in op exclusieve distributiesystemen en behandelt daarnaast enkele technologische mogelijkheden om het bezoek van consumenten te sturen, om hen zo naar een website te trekken of hen juist te weren. Dat gebeurt vaak met als reden dat de bezoeker niet in het 'juiste' gebied woont. Bijvoorbeeld: na het invullen van de postcode of creditcardgegevens wordt de transactie afgebroken of wordt de bezoeker omgeleid naar een andere website. Was de bezoeker ongewenst? Het enige wat de bezoeker beoogde, was een aankoop doen en de gevraagde vraagprijs betalen. De exacte

* Mr. E.D. Glerum-van Aalst is werkzaam als advocaat bij Kneppelhout & Korthals Advocaten. Mr. drs. J. Smeets was ten tijde van het schrijven van dit artikel werkzaam als Legal Counsel bij T-Mobile Netherlands B.V. Per 1 april 2014 is zij als rechter in opleiding werkzaam bij de Rechtbank Den Haag. Mr. L.G. Gerding is werkzaam als advocaat bij Kneppelhout & Korthals Advocaten.

1. Het Duitse Bundeskartellamt legde in 2009 een boete op van € 11,5 miljoen aan CIBA Vision (contactlenzen) voor het beperken van onlineprijzen en -aanbod. Eind 2012 legde de Franse mededingingsautoriteit voor soortgelijke handelingen een boete op van € 900.000 aan Bang & Olufsen (een Franse entiteit en haar Deense moedermaatschappij).

2. M.A. de Jong, *Internetverkoop onder het mededingingsrecht*, Contracteren 2013, afl. 1, p. 16-23.

reden waarom dat niet lukt, blijft vaak onduidelijk voor de bezoeker.

2 Achtergrond en context

Een onlinedistributeur die een internetbezoeker weigert op basis van de wetenschap dat die niet in het 'juiste' gebied woont, zal over het algemeen zijn onderworpen aan een distributiesysteem waarin de distributeurs ieder een eigen, exclusief verkoopgebied hebben. Het mededingingsrecht spreekt in dit verband over exclusieve distributiesystemen.

Exclusieve distributiesystemen beperken de vrije handel en zijn daardoor in beginsel concurrentiebeperkend. Dergelijke systemen vallen daarom onder de werking van het kartelverbod. Wordt het kartelverbod overtreden, dan lopen leverancier en distributeur niet alleen kans op hoge boetes, opgelegd door de Autoriteit Consument en Markt³ of de Europese Commissie, de overeenkomst is daarnaast op grond van art. 6 lid 2 van de Mededingingswet (Mw) van rechtswege (geheel of gedeeltelijk) nietig. Het is dus zaak hiervan weg te blijven.

De Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten (hierna: Groepsvrijstelling Verticalen) voorziet in een vrijstelling van het kartelverbod voor exclusieve distributiesystemen indien en zolang is voldaan aan strikte voorwaarden. De gedachte achter die algemene vrijstelling is dat bepaalde overeenkomsten, zoals distributieovereenkomsten, de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen kunnen bevorderen en dat het in dat geval bevorderlijk kan zijn als bepaalde concurrentiebeperkingen, zoals exclusieve gebiedsafspraken, zijn vrijgesteld van het kartelverbod. Een van de noodzakelijkheden om gebruik te kunnen maken van een systeem van exclusieve gebiedsverdeling onder de groepsvrijstelling is, kort gezegd, dat die distributeurs zich moeten onthouden van actieve verkoopinspanningen in gebieden die exclusief aan andere distributeurs zijn toegewezen of die de leverancier aan zichzelf heeft voorbehouden.⁴ Er is wel een belangrijke voorwaarde: als een klant zich uit eigen beweging wendt tot een exclusieve distributeur, dan moet het de distributeur altijd vrijstaan om die klant te belevaren, ongeacht waar die klant woont of gevestigd is. Alleen actieve sales en marketing door de distributeurs in het gebied van een andere distributeur mag worden beperkt. Dit vereiste geldt zowel voor offlineverkoop vanuit fysieke winkels (*bricks*) als voor onlineverkoop via websites (*clicks*).

Aangezien onlinehandel per definitie de landsgrenzen overstijgt, wringt daar de schoen voor partijen die deel uitmaken van een exclusief distributiesysteem: er doet zich veel gemakkelijker dan bij offlineverkoop de situatie voor dat een klant zich uit eigen beweging wendt tot een distributeur over de

grens. Hierdoor wordt (indirect) de exclusiviteit van het distributienetwerk bedreigd. In de situatie waarin de gebiedsbescherming was bedoeld om distributeurs te stimuleren tot het verrichten van (additionele) verkoopinspanningen en de exclusiviteit dus compensatie moest bieden voor investeringen die zij anders misschien niet zouden hebben gedaan, moet men zich serieus gaan afvragen of deze aanname nog wel realistisch is. In hoeverre neemt onlineverkoop die bescherming weg en kan deze een bedreiging vormen voor de te verwachten opbrengsten van de lokale distributeur? Wordt de afname van verkopen binnen het 'beschermde' gebied gecompenseerd door een toename van de verkopen in het 'buiten'-gebied? Uiteraard zal de leverancier op deze ontwikkeling willen inspelen. Hij zal er belang bij hebben om de (mate van) onlineverkoop van zijn producten in banen te leiden.

De makkelijkste oplossing voor de leverancier lijkt misschien om de mogelijkheid voor distributeurs om zijn producten via het internet te verkopen, uit te sluiten en de onlineverkoop eventueel in eigen beheer te houden. Een dergelijk verbod is echter principieel in strijd met het kartelverbod: het hindert de inzet van een verkoopkanaal en werkt dus als een afzetbeperking.

3 Juridisch kader

3.1 Het kartelverbod en vermogensrechtelijke consequenties bij overtreding

Een exclusief distributiesysteem behoort te voldoen aan de vereisten die het mededingingsrecht daaraan stelt. Doel van het mededingingsrecht is het bevorderen van de marktwerking en het beschermen van de welvaart van consumenten. Het mededingingsrecht is dus een middel om de nationale en gemeenschappelijke markt optimaal te laten functioneren. Er is sprake van een verbodsstelsel: concurrentiebeperkende overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn verboden *tenzij* men een beroep kan doen op een vrijstelling of uitzondering.

Meer specifiek gaat het om het verbod op concurrentiebeperkende afspraken dat is neergelegd in art. 6 Mw en art. 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). De artikelen 6 Mw en 101 VWEU zijn inhoudelijk vrijwel gelijk; zij bevatten beide een verbod op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of tot gevolg hebben de mededinging merkbaar te hinderen, beperken of vervalsen. Art. 101 VWEU stelt als

3. Voorheen de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

4. Art. 4 (b)(i) Verordening 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

extra vereiste dat er een (potentieel) ongunstig effect moet zijn op de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie.⁵

Overtreding van het kartelverbod leidt, zoals gezegd, in beginsel tot nietigheid van rechtswege van de betreffende overeenkomst.⁶ Er hoeft echter niet altijd sprake te zijn van volledige nietigheid. Als de strijdige bepaling geen wezenlijk onderdeel uitmaakt van de overeenkomst, zal slechts sprake zijn van gedeeltelijke nietigheid. Alleen de bepaling zelf is dan nietig (zie ook art. 3:41 van het Burgerlijk Wetboek (BW)). Maakt de bepaling wel een wezenlijk deel van de overeenkomst uit, dan zal volledige nietigheid op haar plaats zijn (zie art. 3:40 lid 1 BW). Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om dit te beoordelen.⁷

Daarbij is het de vraag of de rechter gehouden is het mededingingsrecht ambtshalve toe te passen.⁸ Op grond van art. 25 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) heeft de Nederlandse rechter de verplichting om in beginsel zelfstandig en onafhankelijk van juridische beschouwingen van partijen te onderzoeken aan de hand van welke rechtsregels de toewijsbaarheid van de vordering en de gegrondheid van het verweer moeten worden beoordeeld. Daarbij is hij gebonden aan de 'grenzen van de rechtsstrijd',⁹ tenzij sprake is van toepassing van recht van openbare orde.¹⁰ Als het mededingingsrecht moet worden beschouwd als recht van openbare orde, zal de rechter gehouden zijn dit ambtshalve toe te passen. Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) in het arrest *Eco Swiss/Benetton* geoordeeld dat art. 81 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag) (nu art. 101 VWEU) onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Het zal in beginsel dus moeten worden beschouwd als van openbare orde, waardoor de rechter bevoegd is tot ambtshalve toepassing ervan.¹¹

Hoewel art. 6 Mw kan worden beschouwd als het nationale equivalent van art. 101 VWEU, mag deze lijn van ambtshalve toepassing niet zonder meer worden doorgetrokken. Uit het arrest *Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*¹² van de Hoge Raad blijkt dat art. 6 Mw voor de Nederlandse markt niet een in alle opzichten overeenkomstige functie vervult. Binnen de

nationale rechtssfeer zou de noodzaak tot ondersteuning van de integratie van de interne markt niet aan de orde zijn, waardoor geen sprake is van recht van openbare orde en dus ook niet van ambtshalve toetsing door de nationale rechter. Overigens wordt doorgaans aangenomen dat de rechter in geval van toepassing van art. 101 VWEU wel bevoegd is, maar geen verplichting heeft tot ambtshalve toepassing.¹³

Tot slot is ook voor conversie van een strijdige bepaling in het algemeen geen plaats. Zie r.o. 4.31 van de *Rechtbank Den Bosch* van 28 maart 2007:¹⁴

'Op grond van artikel 3:42 BW kan de rechter in bepaalde gevallen een nietige rechtshandeling omzetten in een rechtsgeldige rechtshandeling. (...) de rechtbank is met [gedaagde] van oordeel dat conversie hier ook niet aan de orde kan zijn. Artikel 6 Mw. strekt immers tot bescherming van de markt, en niet tot bescherming van de partijen bij de mededingingsbeperkende overeenkomst. Het doel van artikel 6 Mw. is om te voorkomen dat door ondernemingen overeenkomsten worden gesloten die de mededinging beperken. De absolute nietigheidssanctie van artikel 6 lid 2 Mw. is bedoeld om partijen te stimuleren om aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer conversie wordt toegestaan en partijen hooguit het risico lopen dat hun niet geoorloofde overeenkomst wordt omgezet in een overeenkomst die nog net binnen de grenzen van artikel 6 Mw. valt.'

3.2 *Individuele vrijstellingen*

Een wettelijke uitzondering op het kartelverbod is opgenomen in art. 6 lid 3 Mw (idem: art. 101 lid 3 VWEU). Een concurrentiebeperkende afspraak is niet verboden indien een onderneming kan aantonen dat:

1. een afspraak bijdraagt aan de verbetering van de productie of de bevordering van technische of economische vooruitgang; en
2. de voordelen van de afspraak ten goede komen aan de afnemers; en
3. de beperking daadwerkelijk nodig is om het doel van de afspraak te bereiken; en
4. de afspraak de concurrentie niet (grotendeels) uitschakelt, maar er voldoende restconcurrentie overblijft.

Deze voorwaarden gelden cumulatief. Het gegeven dat de onderneming die op de vrijstelling een beroep wenst te doen de bewijslast draagt, vergt vaak dat een economische onderbouwing aanwezig is.

Het is van groot belang dat de juiste keuzes worden gemaakt bij de inrichting van een distributiesysteem en de plaats die

5. Ongunstige beïnvloeding is niet vereist: aan het vereiste is voldaan indien de vrije handel tussen de lidstaten van de Europese Unie op zodanige wijze beïnvloed kan worden dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad. EC Bekendmaking Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/07, 24 april 2004.

6. Zie art. 101 lid 2 VWEU of art. 6 lid 2 Mw.

7. P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak & M.S. Mulder, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 72.

8. Op grond van art. 25 Rv.

9. Zie art. 24 Rv.

10. HR 16 januari 2009, C07/170HR (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*).

11. HvJ EU 1 juni 1999, C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*).

12. HR 16 januari 2009, C07/170HR.

13. HR 16 januari 2009, C07/170HR, r.o. 2.8 en 2.13 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*).

14. Rb. Den Bosch 28 maart 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA2126, r.o. 4.31.

onlineverkoop daarin krijgt. De leverancier moet zelf inschatten of een beperking van het onlineafzetkanaal zinvol en toegestaan is. Dit kan door het implementeren van nieuwe technieken ook telkens veranderen. Tegenover die lastige, onzekere afweging staan significante risico's: boetes kunnen oplopen tot 10% van de netto jaarlijkse (groeps)omzet en afspraken die verboden blijken te zijn, zijn nietig, zodat de betrokkenen in feite hun gang kunnen gaan.

3.3 *Vrijstelling op basis van de Groepsvrijstelling Verticalen*

Gelukkig voor de leverancier bestaat er zoals gezegd de Groepsvrijstelling Verticalen, die een vrijstelling biedt voor verticale overeenkomsten, waaronder distributieovereenkomsten.¹⁵ Verticale overeenkomsten kunnen, zo overweegt de Europese Commissie in de Groepsvrijstelling Verticalen, de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen vergroten doordat zij een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk maken, wat weer kan leiden tot lagere transactie- en distributiekosten. Om die reden creëert de Groepsvrijstelling Verticalen een veilige haven voor bepaalde concurrentiebeperkende afspraken in verticale overeenkomsten. Deze vrijstelling werkt op grond van de Mw ook door in louter nationale situaties.¹⁶ Een van de voorwaarden voor toepassing van de vrijstelling is dat er voldoende concurrentie op één of meer handelsniveaus overblijft. Dit komt tot uitdrukking in het vereiste dat het marktaandeel van de betrokken onderneming ten opzichte van de relevante product- en geografische markt niet groter mag zijn dan 30%. Daarnaast mag de overeenkomst géén *hardcore* beperkingen bevatten.^{17,18} Voor de strekking van deze bijdrage is het voldoende om een van die 'zwarte lijst'-beperkingen te bespreken: art. 4 sub b van de Groepsvrijstelling Verticalen beschouwt markt- en klantverdelingsafspraken als ernstige concurrentiebeperkingen, die zijn uitgezonderd van de toepassing van de vrijstelling. Daarvan is uitgezonderd (art. 4 sub b onder i Groepsvrijstelling Verticalen) een verbod voor distributeurs om *actief* te werven in de gebieden die exclusief aan andere distributeurs zijn toegewezen of die de leverancier uitdrukkelijk aan zichzelf heeft voorbehouden. De keerzijde is dat *passieve* verkoop nooit mag worden verhinderd.¹⁹ Dit onderscheid tussen actieve en passieve verkoop is ook van belang voor online-

verkoop. Hierna zal het verschil tussen actieve en passieve verkoop wat uitgebreider worden toegelicht.

3.4 *Richtsnoeren Verticalen*

Van ondernemingen wordt verwacht dat zij zelfstandig toetsen of een (online)verkoopbeperking is vrijgesteld van het kartelverbod. Reden waarom de Europese Commissie op 19 mei 2010 de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (hierna: de Richtsnoeren Verticalen) heeft gepubliceerd.²⁰ Sinds 2010 bevatten deze eveneens richtlijnen voor onlineverkoopbeperkingen. Er is bijvoorbeeld in opgenomen dat een leverancier die prijsdifferentiatie toepast door een hogere prijs te vragen voor producten die online worden doorverkocht, in strijd handelt met de geest van de Groepsvrijstelling Verticalen, met als gevolg het risico dat men in strijd handelt met het kartelverbod.

Bij het geografisch sturen van klanten in distributiesystemen waar sprake is van exclusieve gebiedsverdeling is het onderscheid tussen *actieve* en *passieve verkoop* van essentieel belang. *Actieve verkoop* hinderen is toegestaan, *passieve* verkoop hinderen niet. Wat houden die begrippen nu precies in?

Uit de Richtsnoeren Verticalen blijkt dat onder *actieve verkoop* wordt verstaan het 'op eigen initiatief benaderen van individuele klanten'.²¹ Hier is (niet limitatief) sprake van wanneer klanten rechtstreeks worden aangeschreven, hun een ongevraagde e-mail wordt gestuurd of zij ongevraagd worden bezocht. Onder *actieve verkoop* valt ook het op eigen initiatief benaderen van klanten in een specifiek gebied door specifiek op hen gerichte reclame of via andere vormen van promotie. Reclame of promotie die alleen aantrekkelijk is voor de distributeur wanneer deze (ook) klanten binnen een specifiek gebied bereikt, wordt beschouwd als *actieve verkoop* aan de klanten in dat bepaalde gebied.

Onder *passieve verkoop* wordt verstaan het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten. De situatie dat door algemene reclame of promotie klanten worden bereikt in de (exclusieve) gebieden of klantenkringen van andere distributeurs, indien die reclame of promotie een redelijke manier is om klanten binnen het eigen gebied te bereiken, valt ook onder *passieve verkoop*. Ook wanneer de investeringen voor de distributeur eveneens aantrekkelijk zijn indien daarmee geen klanten in de (exclusieve) gebieden van andere distributeurs zouden worden bereikt.

De vraag is hoe het mededingingsrecht doorwerkt in de onlineverkoop in exclusieve distributiestelsels. Oftewel: hoe moet worden omgegaan met de mogelijkheden van de per definitie grensoverschrijdende handel via internet in distributiesyste-

15. Verticale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen die zich op verschillende niveaus in de productie- en distributieketen bevinden en die zien op de koop, verkoop of doorverkoop van goederen en/of diensten. Horizontale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen (potentiële) concurrenten.

16. Art. 12 Mw.

17. Een *hardcore* beperking is een zware mededingingsbeperking die er zonder meer toe leidt dat de groepsvrijstelling voor de hele overeenkomst buiten toepassing blijft. Denk aan vaste prijzen en markt- en klantverdeling (met uitzondering van het verbod op actieve verkoop in een exclusief distributiesysteem – de spil van dit artikel).

18. Groepsvrijstelling Verticalen, o.a. randnr. 7, 8 en 10.

19. Verkopen in gebieden die niet aan exclusieve distributeurs zijn toegewezen en evenmin uitdrukkelijk aan de leverancier zijn voorbehouden, moeten zijn toegestaan.

20. Richtsnoeren van 19 mei 2010 inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C 130/01.

21. Richtsnoeren van 19 mei 2010 inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C 130/01, randnr. 51.

men waar distributeurs het exclusieve recht hebben 'op' een bepaald geografisch gebied? Mag een distributeur bijvoorbeeld door een leverancier worden gedwongen om zijn webshop slechts te exploiteren in de taal die in zijn gebied wordt gevoerd? Zijn onlineverkoop en geografische exclusiviteit absolute tegenpolen of zijn ze te combineren?

Casus. De distributeur die Nederland als exclusief gebied heeft, heeft last van een reclamecampagne voor de wielrenkleding die de Duitse distributeur via zijn website voert: deze reclames zijn ook voor Nederlandse consumenten goed te begrijpen, en dat blijkt ook, want de Nederlandse distributeur ziet zijn omzet tijdens deze campagne substantieel teruglopen. Is nu sprake van actieve verkoop door de Duitse distributeur in Nederland, ofwel mag de leverancier van zijn Duitse distributeur eisen dat hij die reclame staakt om de Nederlandse distributeur te beschermen? Of is sprake van passieve verkopen die steeds moeten zijn toegestaan?

Bij de beoordeling staat de vraag centraal of, en zo ja, wanneer onlineverkoop moet worden beschouwd als actieve verkoop, en wanneer nog slechts sprake is van passieve verkoop. Hierover zijn de Richtsnoeren Verticalen op zichzelf beschouwd helder:

'Internet is een machtig instrument om een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten te bereiken dan met de meer traditionele verkoopmethoden; daarom worden bepaalde beperkingen op het gebruik van internet behandeld als (weder)verkoopbeperkingen. In principe moet elke distributeur het recht hebben om internet te gebruiken voor de verkoop van producten. *Over het algemeen geldt, dat wanneer een distributeur een website gebruikt om producten te verkopen, dit wordt beschouwd als een passieve vorm van verkoop*, omdat het een redelijke manier is om klanten in staat te stellen de distributeur te bereiken (...) Wanneer een klant de website van een distributeur bezoekt en die distributeur benadert en wanneer dat contact tot een verkoop met inbegrip van levering leidt, wordt dit als passieve verkoop beschouwd'²² [cursivering van auteurs].

Als uitgangspunt moet worden genomen dat onlineverkoop via het web een vorm is van passieve verkoop die niet mag worden verboden. Juist doordat onlineverkoop de landsgrenzen snel overstijgt, wordt echter de exclusiviteit van de distributeurs extra bedreigd. Een leverancier zal om die reden sturing willen geven aan onlineverkoop, om zo de distributeurs te kunnen blijven stimuleren om te investeren in (de verkoopinspanningen voor) zijn product. *Passieve verkoop* mag de leverancier niet tegengaan, maar welke voorwaarden of beperkingen mag de leverancier wel opleggen zonder het kartelverbod te overtreden?

22. Richtsnoeren van 19 mei 2010 inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C 130/01, randnr. 52.

Ook op dit punt bieden de Richtsnoeren Verticalen aanwijzingen. Zo mag een leverancier niet van een distributeur verlangen dat deze zijn klanten (al dan niet automatisch) omleidt naar de website van een andere distributeur als deze klanten niet in het aan hem toegewezen gebied wonen.

Casus. De Nederlandse consument brengt een volgend bezoek aan de Duitse distributeur. Hij heeft een aantal wielrenshirts en -broeken in zijn winkelmandje gedaan en gaat naar de kassa. Na het invoeren van zijn creditcardgegevens wordt de transactie afgebroken. Wat de Nederlandse consument ook probeert, het blijkt niet mogelijk om de transactie te sluiten en de wielrenkleding te kopen.

Dit lijkt een slimme truc, maar is naar onze mening mededingingsrechtelijk gezien een zeer risicovolle. Indien het onderdeel is van een overeenkomst tussen ondernemingen, is die bepaling in strijd met het kartelverbod. Gekoppeld aan de casus is een eventueel verweer van de Duitse distributeur dat hij dit uit eigen beweging c.q. eenzijdig heeft gedaan, allerm minst aannemelijk, aangezien een 'vrije' handelaar er normaal gesproken geen enkel belang bij zal hebben om een klant te negeren die al bij de kassa staat.

Hiervoor is al aangegeven dat een leverancier van zijn distributeur geen hogere prijs mag vragen voor onlineverkopen ten opzichte van de prijs die hij in rekening brengt voor offlineverkopen. Een dergelijke beperking wordt soms verdedigd met het argument dat verkopen vanuit fysieke winkels hogere kosten met zich brengen (huurkosten, kosten van winkelinrichting en training van personeel). Prijsdifferentiatie mag echter geen onderdeel zijn van een afspraak tussen leverancier en distributeur.

Een andere 'no go' is een beperking van het aandeel van de onlineverkopen ten opzichte van het aandeel offlineverkopen.

Casus. De fabrikant en leverancier van de wielrenkleding heeft genoeg van de nimmer aflatende strijd tussen zijn Duitse en Nederlandse distributeurs. Hij verplicht hen om minimaal 70% van hun verkopen af te zetten via fysieke winkels. Resteert 30% voor online- en andere verkoopkanalen.

Zodra de distributeurs deze maatregel aanvaarden, is sprake van een overeenkomst die niet (langer) kan profiteren van de Groepsvrijstelling Verticalen. Het kartelverbod herleeft. Toch is de Europese Commissie niet helemaal ongevoelig voor de hogere kosten van fysieke winkels en het *freeriden* van 'pure internet players' op de inspanningen, de service en de investeringen van concurrenten die een fysieke winkel draaiende moeten houden. De Richtsnoeren Verticalen bepalen namelijk dat wél mag worden overeengekomen dat een *vooraf vastgestelde, absolute* hoeveelheid producten offline wordt verkocht.

Casus. In de distributieovereenkomst is opgenomen dat de offlineverkooptarget wordt gesteld op 50.000 stuks fietskleding

(shirts, broeken en schoenparen) per kalenderjaar. Daarnaast bepaalt die overeenkomst dat de distributeur zonder nadere ingebrekestelling in verzuim is indien die doelstelling niet wordt bereikt, en dat de leverancier dan het recht heeft de overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen.

Deze bepalingen in de overeenkomst staan niet in de weg aan toepassing van de Groepsvrijstelling Verticalen. Op deze manier worden de distributeurs van de wielrenkleding gedwongen om te blijven investeren in fiets(kleding)winkels en kunnen zogenaamde 'pure online players' uit het distributienetwerk worden geweerd. Dit heeft met name toegevoegde waarde in situaties waarin de *look-and-feel* van een product belangrijk is; in dat geval is de fabrikant sterk afhankelijk van de aanwezigheid van zijn producten in fysieke winkels.

Ook de distributeur profiteert van deze verplichting: er zullen minder (of zelfs geen) pure internethandelaars zijn die de wielrenkleding via het internet verkopen en van wie de prijzen over het algemeen lager zijn omdat hun kosten veel beperkter zijn. Niets is frustrerender voor een detaillist dan dat een klant zich uitgebreid in zijn fiets(kleding)winkel laat adviseren en vervolgens zijn aankoop doet bij een pure internethandelaar, of de verkoper onder druk zet met het argument dat de onlineprijzen lager zijn.

Wat betreft exclusieve distributiesystemen wordt uit de Richtsnoeren Verticalen nog duidelijk dat de leverancier het zijn distributeurs mag verbieden om onlinereclame specifiek op regio's of klantgroepen te richten die niet exclusief aan hem zijn toegewezen. De technologische mogelijkheden die men zich hierbij moet voorstellen, zijn het gebruik maken van zoekmachines of het plaatsen van gerichte banners.²³ Van belang blijken de structuur, inhoud, methoden en technische mogelijkheden van een website.²⁴ Zijn één of meer van die factoren erop gericht om klanten uit het 'buiten'-gebied te winnen, dan kan sprake zijn van actieve verkoop die mag (en zelfs moet: zie par. 4) worden tegengegaan.

Verschillende technieken kunnen worden ingezet om sturing te geven aan het verkeer van bezoekers van (en naar) een website. Het belang hiervan voor de juridische praktijk is om te herkennen wanneer sprake is van actieve verkoopinspanningen en wanneer sprake is van louter passieve verkoop. Ook voor de leveranciers is van belang te weten welke technieken zij mogen opleggen – of juist aan banden leggen – en welke niet. Dit belang is groot, aangezien zij de poortwachters zijn van de geldigheid van hun eigen exclusieve distributiesystemen: om onder de toepassing van de vrijstelling voor exclusieve distributiesystemen te blijven vallen is nodig dat de leverancier de exclusiviteit van zijn distributeurs ook daadwerkelijk beschermt. Dit brengt met zich dat hij maatregelen dient te nemen tegen distributeurs die (online) actief zijn in het exclu-

sieve gebied van een ander. Leveranciers dienen er dus goed van op de hoogte te zijn of een onlinesturingsmechanisme van een distributeur inderdaad als actieve verkoop in het 'buiten'-gebied moet worden beschouwd. In paragraaf 4 wordt hier nader op ingegaan.

De kanttekening die moet worden gemaakt, is dat de Richtsnoeren Verticalen stammen uit 2010. In 2012 groeide de Europese onlineomzet van producten en diensten met 19% naar € 311,6 miljard. Tegen het einde van 2016 verwacht Ecommerce Europe (<www.ecommerce-europe.eu>) dat de Europese b2c-e-commercemarkt, gedreven door een toenemend vertrouwen en een groeiend aantal onlinekopers, gaat verdubbelen, tot een omzet van € 625 miljard.²⁵ Het wordt voor leveranciers en distributeurs dus steeds belangrijker om de onlinemarkt te beïnvloeden. Tegelijkertijd maken de technologische ontwikkelingen het makkelijker om sturing te geven aan internetverkeer. Het is daarom de vraag of het nog wel actueel is om, zoals nu wordt gedaan in de Richtsnoeren Verticalen, als uitgangspunt te nemen dat het gebruik van een website valt te bestempelen als passieve verkoop.

4 Technische mogelijkheden om geografisch te sturen

Voor leveranciers en distributeurs zijn er inmiddels tal van mogelijkheden om hun klanten te sturen naar de juiste website, of om de website die door de internetter wordt bezocht dusdanig in te delen dat voor die bezoeker enkel bepaalde informatie zichtbaar is. Dat is ook niet zo vreemd. Een Nederlandse consument zal er doorgaans weinig aan hebben om informatie in beeld te krijgen in de Spaanse, Poolse of Portugese taal. Door middel van *digital rights management* – waarbij bepaalde websites of specifieke content juist helemaal niet toegankelijk is voor bezoekers uit bepaalde landen – speelt het sturen van een bezoeker op basis van de geografische locatie een heel belangrijke rol. Door te kijken naar (digitale) indicatoren omtrent de herkomst van de bezoeker wordt voorkomen dat wij als Europese bezoekers tv-series op de Amerikaanse versie van Uitzending Gemist kunnen bekijken.

Wanneer de content van een website afhangt van *geografische* indicatoren wordt dit *geotargeting* genoemd. *Geotargeting* is een methode waar op basis van de locatie van de bezoeker, bijvoorbeeld aan de hand van de door de gebruiker zelf ingevoerde postcode in het bestelproces, de *internet service provider* (ISP) via welke het dataverkeer wordt ontsloten of IP-adresgegevens, door de website selectieve informatie op het scherm kan worden getoond. Niet elke indicatiemethode is even betrouwbaar. Juist een combinatie van diverse methoden – en slimme achterliggende algoritmen die deze informatie kunnen verwerken – leidt tot zeer betrouwbare informatie omtrent de geografische locatie of nationaliteit van de bezoeker.

23. Richtsnoeren van 19 mei 2010 inzake verticale beperkingen, PbEU 2010, C 130/01, randnrs. 52 e.v.

24. J. Everaert, Distributie en internethandel, Computerrecht 2001, p. 11.

25. D. Oosterveer, 23 mei 2013 (<www.marketingfacts.nl>).

Bijzondere *geotargeting*-methoden waar binnen de e-commerce gebruik van wordt gemaakt, zijn GeoIP en Browser Language. GeoIP is een methode die achterhaalt waar een websitebezoeker zich bevindt door het scannen van het digitale adres: je IP-adres. Door dit te koppelen aan een database – een soort IP-adrestelefoonboek – is te achterhalen in welk geografisch gebied de bezoeker zich bevindt. Bij Browser Language wordt gekeken naar de taalinstellingen van de browser van de bezoeker. Daarmee kan bijvoorbeeld ervoor worden gezorgd dat een specifieke content of advertentie aan de bezoeker wordt getoond.

Casus. De Nederlandse klant die op de website van een Duitse distributeur wielrenkleding wilde aanschaffen, kan te maken hebben gehad met geotargeting door zijn Nederlandse taalinstellingen in de browser of het IP-adres, wat tot gevolg kan hebben gehad dat de transactie niet kon worden voltooid.

5 Juridische aanknopingspunten voor het richten op een geografisch gebied

De hiervoor genoemde beschrijvingen uit de Richtsnoeren Verticalen van actieve en passieve verkoop geven handvatten om het onderscheid ook in minder evidente gevallen te maken. Echter, de ontwikkelingen in de techniek hebben sinds 2010 niet stilgestaan. De vraag of het richten op een geografisch gebied is toegestaan, is daarom zeker niet altijd *sec* aan de hand van de tekst van de Richtsnoeren Verticalen te maken.

Nu in het mededingingsrecht nog maar zeer beperkt jurisprudentie bestaat ten aanzien van het onderscheid tussen actieve en passieve verkoop, kan voor het bepalen of er sprake is van het ‘richten op’ een bepaald land wellicht aansluiting worden gezocht bij andere rechtsgebieden. In het internationaal privaatrecht (hierna: IPR) komt locatiegerelateerde problematiek meer aan de orde, alhoewel daar ook nog niet wordt ingegaan op de technische mogelijkheden van vandaag de dag, maar toch geeft het een aardig inzicht in hoe er juridisch kan worden omgegaan met het begrip ‘zich richten op’ een geografisch gebied.

Kanttekening daarbij is dat de hierna aangehaalde arresten uitspraken zijn van het Hof van Justitie, waarbij het gaat om het sluiten van een overeenkomst met een consument in het kader van art. 15 lid 1 sub c Verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Vo). Het betreft geen arresten over (exclusieve) distributienetwerken. Desalniettemin kunnen de arresten aanwijzingen geven bij de beantwoording van de mededingingsrechtelijke vraag wanneer een website respectievelijk onderneming haar handelsactiviteiten richt op een bepaalde lidstaat en wanneer sprake is van het zich actief of passief richten op een bepaalde markt of een bepaald geografisch gebied.

In jurisprudentie van het Hof van Justitie worden (niet-limitatieve) voorbeelden gegeven van aanwijzingen die erop kunnen wijzen of een activiteit ‘gericht is op’ een bepaalde lidstaat.

In het arrest Pammer en Alpenhof²⁶ speelt voor het eerst de vraag voor welke rechter de onlineaanbieder kon worden gedaagd. Het Hof van Justitie heeft allereerst vastgesteld dat voor het ‘gericht zijn op een lidstaat’ vereist is dat de onderneming haar wil tot uitdrukking heeft gebracht om commerciële betrekkingen aan te knopen met consumenten in één of meer andere lidstaten, waaronder die waar de consument woonplaats heeft.²⁷ Bijgevolg dient bij de beoordeling van een overeenkomst tussen een ondernemer en een bepaalde consument te worden onderzocht of er vóór sluiting van de overeenkomst met deze consument aanwijzingen waren dat de ondernemer van plan was om handel te drijven met consumenten die woonplaats hebben in andere lidstaten, waaronder die waar deze consument woonplaats heeft, in die zin dat hij bereid was om met deze consumenten een overeenkomst te sluiten.²⁸

De vraag die vervolgens beantwoord moet worden, is *hoe* deze wil van de onderneming tot uitdrukking komt op haar website. Door het Hof van Justitie worden diverse indicatoren gegeven. Het feit dat het e-mailadres, het geografische adres van de ondernemer en de opgave van zijn telefoonnummer zonder internationaal kengetal op de website vermeld staan, vormt volgens het Hof van Justitie in ieder geval *geen* directe aanwijzing. Dergelijke informatie heeft de consument immers hoe dan ook nodig om een product te bestellen: ondernemers zijn bij het online aanbieden van diensten en goederen zelfs *verplicht* om deze gegevens te vermelden.²⁹ Ook het feit dat een website toegankelijk is in andere lidstaten is in beginsel onvoldoende.³⁰

Het gaat volgens het Hof van Justitie bij deze aanwijzingen in de kern om ‘elke duidelijke uitdrukking van de wil om de consumenten in deze lidstaat als klanten te winnen’.³¹ Indien een ondernemer expliciet vermeldt dat hij zijn goederen of diensten in een lidstaat aanbiedt, of gebruik maakt van een zoekmachinedienst, is deze conclusie – althans in het IPR – al snel getrokken.

Er bestaan echter, naast deze duidelijke uitdrukkingen, ook aanwijzingen die volgens het Hof van Justitie – ‘eventueel in hun onderling verband beschouwd’ – het bewijs kunnen leveren dat een bepaalde activiteit gericht is op een bepaalde lid-

26. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, IER 2011/25, p. 164.

27. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, r.o. 75.

28. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, r.o. 76.

29. Een en ander wordt versterkt door de komst van Richtlijn 2011/83/EU van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, met de daarin opgenomen informatie die minimaal verstrekt dient te worden.

30. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, r.o. 94.

31. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, r.o. 80.

staat.³² Vervolgens geeft het Hof van Justitie een niet-limitatieve lijst van aanwijzingen:³³

- het internationale karakter van de activiteit: denk aan toeristische activiteiten;
- de vermelding van een telefoonnummer met een internationaal kengetal (+31);
- het gebruik van een andere topleveldomeinnaam dan die van de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is of een neutrale topleveldomeinnaam (.de, .eu, .com);
- een routebeschrijving vanuit een bepaalde lidstaat;
- een verwijzing naar internationale clientèle, bijvoorbeeld referenties van klanten uit verschillende lidstaten;
- de gebruikte taal en munteenheid: in het geval dat de website de mogelijkheid biedt om een andere taal of een andere munteenheid te gebruiken.

A-G Trstenjak heeft in haar conclusie bij het arrest Pammer en Alpenhof nog andere aanwijzingen gegeven:³⁴

- het gebruik van een servicenummer voor cliënten uit het buitenland;
- de mogelijkheid voor consumenten uit andere lidstaten om zich te registreren voor een nieuwsbrief;
- de mogelijkheid voor de consument om bij het invullen van zijn adres bij het sluiten van een overeenkomst te kiezen uit verschillende lidstaten;
- transacties die de ondernemer in het verleden met consumenten uit andere lidstaten heeft gesloten.³⁵

In het arrest Muhlleitner³⁶ uit 2012 heeft het Hof van Justitie nader gepreciseerd dat het op afstand contact opnemen, het op afstand boeken van een goed of dienst of het sluiten van een overeenkomst op afstand een aanwijzing kan vormen van de wil van de ondernemer om activiteiten te ontplooiën gericht op een andere lidstaat. Recentelijk heeft het Hof van Justitie in het arrest Lokman Emrek/Vlado Sabranovic overwogen dat voor het bepalen van de bevoegdheid in de zin van art. 15 lid 1 sub c EEX-Vo niet nodig is dat er een causaal verband bestaat tussen het middel dat wordt gebruikt om de commerciële activiteit te richten op de lidstaat van de consument en het sluiten van een overeenkomst met deze consument.³⁷ Wel vormt het een aanwijzing, maar een causaal verband is geen vereiste.

In het licht van vornoemde uitspraken van het Hof van Justitie is het opmerkelijk dat de Nederlandse rechter in de zaak Playseats³⁸ oordeelde dat enkel het feit dat de op Duitsland gerichte website, <www.racestar.de>, die voorziet in een Google-vertaalmodule in de *heading* van de website, die ver-

volgens zorgt voor een machinevertaling in (onder andere) het Nederlands, *niet* voldoende was om als aanwijzing te gelden voor het 'gericht zijn op een bepaalde lidstaat'.³⁹ Door gebruik te maken van een bepaalde (wellicht door Browser Language ingegeven) technische modaliteit zou kennelijk kunnen worden beargumenteerd dat een website zich niet richt op bezoekers met een andere taal.

Casus. De leverancier verbiedt de Nederlandse distributeur om een webshop op domeinnaam <www.merknaamcycling.de> te hanteren voor Duitse klanten. Op de bewuste domeinnaam wordt een Nederlandstalige webshop getoond. Er kan wel gewoon worden besteld door Duitse klanten. Kan de leverancier een dergelijk verbod opleggen, of is er dan sprake van het verbieden van passieve verkoop? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van hoe het begrip passieve verkoop wordt ingekleurd. Het hebben van een domeinnaam met de extensie '.de' kan een aanwijzing zijn voor het specifiek richten op een bepaald geografisch gebied en dus worden uitgelegd als actieve verkoop in het gebied dat aan een andere distributeur is toegewezen. Het sec verbieden daarvan valt onder de Groepsvrijstelling Verticalen, aangezien het is uitgezonderd van het verbod op gebiedsverdeling (art. 4 sub (b)(i) Groepsvrijstelling Verticalen).

Uit de IPR-jurisprudentie is het weliswaar niet op te maken wanneer er sprake is van *actieve* of *passieve* verkoop in de zin van het mededingingsrecht, maar deze geeft wel aanwijzingen bij de vraag hoe daarnaar gekeken moet worden. Door vanuit een ander perspectief te kijken naar de invulling van 'het zich richten op een specifiek geografisch gebied' vinden we bruikbare aanwijzingen voor de mededingingsrechtelijke beoordeling of sprake is van *passieve* of *actieve* onlineverkoop. Het verbieden door de leverancier van dergelijke indicatoren of technische hulpmiddelen bij sturing van klanten door distributeurs kan een aanwijzing zijn dat sprake is van het verbieden van *passieve* verkoop, wat ertoe leidt dat de Groepsvrijstelling Verticalen buiten toepassing blijft en het gevaar doet ontstaan dat de distributieovereenkomst verboden en derhalve van rechtswege nietig is.

6 Conclusie

Door met een wat ruimere en actuelere blik te kijken naar de begrippen *actieve* en *passieve* verkoop kunnen aanwijzingen worden gevonden voor de vraag in welke situaties men nog wel, en in welke niet kan profiteren van de door de Groepsvrijstelling Verticalen gemaakte generieke uitzonderingen op het kartelverbod van art. 101 VWEU en art. 6 Mw. Nieuwe technieken achter het *world wide web* die bijdragen aan de geografische sturing van klanten wijzen erop dat een verschuiving plaatsvindt; althans, wanneer geografisch sturende technologieën gemeengoed worden, is wellicht de stelling van de Europese Commissie in haar Richtsnoeren Verticalen, dat het inherent is aan de internettechnologie dat klanten in het gebied van een ander worden bereikt en dat dit in beginsel moet wor-

32. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, r.o. 83.

33. HvJ EU 7 december 2010, zaak C-585/08 en C-144/09, r.o. 83-84 en 93.

34. Conclusie A-G Trstenjak 18 mei 2010, bij C-585/08 en C-144/09, overweging 78 e.v.

35. Volgens Trstenjak zal één consument echter niet voldoende zijn.

36. HvJ EU 6 september 2012, C-190/11 (Mühlleitner/Yusuifi).

37. HvJ EU 17 oktober 2013, C-218/12 (Lokman Emrek/Vlado Sabranovic).

38. Rb. Den Haag 8 december 2010, KG ZA 10-1207.

39. Rb. Den Haag 8 december 2010, KG ZA 10-1207, r.o. 4.10.

den beschouwd als een vorm van passieve verkoop die niet mag worden tegengegaan, achterhaald. Hoe dan ook zou een contractueel verbod op het gebruik van specifieke, geografisch sturende technologieën serieus op diens technologische en juridische merites moeten worden beoordeeld om uit te sluiten dat gewoon sprake is van het verhinderen van actieve verkoop in het 'buiten'-gebied (wat is toegestaan). Hoe het ook zij, naar onze smaak mag het duidelijker worden dat in zulke situaties niet zonder meer sprake is van een verboden afspraak (en derhalve automatisch ook van een nietige, niet voor conversie vatbare afspraak die de gehele distributieovereenkomst treft). Het geeft in ieder geval genoeg stof tot nadenken, voor leveranciers, distributeurs, maar vooral ook voor de jurist die de bijbehorende overeenkomsten opstelt.