

Het toenemende spanningsveld tussen de belangen van leveranciers en wederverkopers in het tijdperk van de 'omnichannel strategie'

mr. T. de Mönnink en mr. S.M. Wertwijn¹

1. Introductie

Waar een tijd geleden de opkomst van internet een nieuwe ontwikkeling vormde, zijn bedrijven momenteel bezig met het ontwikkelen van *omnichannel* strategieën, waar de klantbeleving centraal staat, ongeacht of de klant producten of diensten² afneemt via een fysieke winkel, internet of een van de vele social media kanalen waar bedrijven momenteel over beschikken, waaronder Facebook, Twitter en Instagram.³ Tegelijkertijd betreden nieuwe vormen van tussenpersonen de markt, zoals onder andere Uber en Booking.com. Deze ontwikkelingen hebben gevolgen voor de traditionele leveranciers⁴ in relatie tot hun wederverkopers⁵ en uiteindelijk ook voor consumenten.

Merkhouders investeren veel tijd en geld in de naamsbekendheid van een merk en/of de winkels.

Als zij werken met wederverkopers dan is er een heel aantal spelregels waar zij aan moeten voldoen, waaronder het verbod op het vaststellen van minimum- of vaste prijzen en het beperken of verbieden van passieve verkoop.⁶ Deze spelregels staan op een gespannen voet met een omnichannel strategie. Deze verboden leveren voor leveranciers de nodige hoofdbreken op in het opzetten en inrichten van een online verkoop c.q. franchise systeem.

Het doel van deze verboden was om de consument te bevoordelen, door lage prijzen en transparantie te stimuleren, maar heeft (onbedoeld) een nieuwe figuur in het leven geroepen: de zogenaamde 'free-rider', die profiteert van de investeringen van anderen.⁷ Hoe kan een leverancier hier tegen optreden? Er zijn leveranciers⁸ die de oplossing denken te hebben gevonden in het invoeren van een selectief distributiestelsel om zo *freeriders* buiten de deur te houden. Maar werkt dit echt zo goed?

Als een gevolg van de mededingingsrechtelijke eisen aan de doorverkoop via internet, moet een leverancier soms meer dulden dan hem wenselijk is. Betekent dit dat wederverkopers vrij spel hebben zodra een product (buiten franchise of selectieve distributie om) in het verkeer is gebracht?

Het huidige rechtsregime is in feite niet berekend op nieuwe vormen van tussenpersonen die online producten en diensten aanbieden en daardoor zijn deze nieuwe figuren juridisch gezien lastig te kwalificeren. De vraag is hoe hiermee om te gaan, met

1. Tessa de Mönnink en Silvie Wertwijn zijn advocaat bij De Grave De Mönnink Spliet Advocaten B.V. te Amsterdam.
2. Ten behoeve van de leesbaarheid wordt verder gerefereerd aan producten, maar de strekking van dit artikel geldt eveneens voor diensten.
3. Bij *omnichannel* gaat het erom de consument via meerdere kanalen te bedienen. De gedachte hierachter is dat de huidige consument geen onderscheid meer maakt tussen kanalen (bijv. fysieke winkel, webshop/website, ophaalpunt, kiosk, mobile app, telefoon, e-mail, sms, chat op een website, of social media). Consumenten zien geen kanaal, maar een bedrijf, of merk. Ze kopen, of oriënteren niet in een webshop, of in een winkel, maar ze kopen (met een reden) bij een bepaald bedrijf. Afhankelijk van tijdstip, locatie, of doelstelling (oriënteren, informeren, kopen) kiezen ze een kanaal dat op dat moment het beste bij hen past.
4. Ook wel: producenten, merkhouders en franchisegevers, hierna gezamenlijk: 'de leverancier(s)'.
5. Ook wel: distributeurs, franchisenemers of dealers.

6. Zie paragraaf 2 van dit artikel voor de definitie van passieve verkoop.
7. De *free-rider* profiteert van resources, goederen en diensten van anderen, zonder daarvoor te betalen. Hierdoor kunnen goederen goedkoper door de *free-rider* worden aangeboden.
8. Houders van rechten van Intellectuele Eigendom.

name nu deze tussenpersonen vaak in vrij korte tijd (zeer) machtige marktpartijen zijn geworden. Intussen zit de Europese Commissie ('de Commissie') ook niet stil. Op 6 mei 2015⁹ is een grootschalig mededingingsrechtelijk sectoronderzoek gestart naar e-commerce in de Europese Unie. De eerste, voorlopige, bevindingen zijn in maart van dit jaar¹⁰ gepresenteerd. Het doel van het onderzoek is te kijken of er barrières worden opgeworpen door bedrijven voor grensoverschrijdende handel in onder andere elektronica, kleding en schoenen, maar ook wat digitale content betreft. Doel is ook een digitale *single market* te bereiken.¹¹ Eén van de speerpunten van de Commissie daarbij is het uitbannen van ongerechtvaardigde 'geoblocking' en discriminatie op basis van nationaliteit of verblijfplaats of plaats van vestiging integraal te bestrijden. Op 25 mei 2016 heeft het Europese Parlement in dat kader een voorstel verordening uitgevaardigd om de consument betere toegang te geven tot producten en diensten op de interne markt door te voorkomen dat handelaren, die de markt kunstmatig segmenteren op basis van de verblijfplaats van klanten, direct en indirect discrimineren.¹² Klanten ervaren dergelijke verschillen in behandeling bij aankopen via internet, maar ook wanneer zij naar andere lidstaten reizen om producten of diensten te kopen. Een voorbeeld daarvan is de Nederlandse Netflix-abonnee, die toegang heeft tot andere films en series dan de abonnee die vanuit Frankrijk of de V.S. van de dienst gebruik maakt.

De combinatie van de toenemende aandacht van de Commissie, de toename van de hoeveelheid regelgeving en de nieuwe vormen van tussenpersonen die aan het ontstaan zijn, leidt tot de uitdaging voor leveranciers om een omnichannel-strategie te ontwikkelen die rekening houdt met al deze factoren en die daarnaast goed werkt in relatie tot zijn wederverkopers.

Uiteindelijk is het de vraag of de consument beter af is als een gevolg van alle wet- en regelgeving. Lage prijzen en prijstransparantie vervullen zeker een bepaalde behoefte, maar een (onwenselijk) neveneffect kan een verlies aan service en kwaliteit zijn.

2. Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten inzake internetverkoop

De speelruimte voor een leverancier om voorwaarden te stellen aan internetverkoop wordt hoofdzakelijk bepaald door het (Europese) mededingingsrecht. Hoofregel is dat een leverancier niet mag ingrijpen in hoe een wederverkoper zijn bedrijf voert. In dit kader zijn de door de Commissie vastgestelde groepsvrijstellingen van belang. Deze vrijstellingen geven meer duidelijkheid in welke beperkingen een leverancier wel en welke hij niet mag opleggen.

Op 22 december 1999 is de 'Groepsvrijstelling 2000' gepubliceerd,¹³ waarna in datzelfde jaar ook de richtsnoeren inzake verticale beperkingen¹⁴ werden gepubliceerd¹⁵ met hierin de uitleg hoe men de Groepsvrijstelling 2000 diende te interpreteren.

Een voor de praktijk belangrijk onderscheid is het verschil tussen actieve verkoop en passieve verkoop. Kort gezegd mag een leverancier actieve verkoop door wederverkopers aan banden leggen, maar passieve verkoop, waaronder verkoop via het internet, niet. De belangrijkste beperkingen die een leverancier zijn wederverkoper niet mag opleggen (de zogenaamde hardcore beperkingen) zijn het voorschrijven van een vaste of minimum wederverkoopprijs en het verbieden aan een wederverkoper van passieve verkoop. Passieve verkopen zijn verkopen die op initiatief van de koper (en niet op initiatief van de verkoper) plaatsvinden. Onder actieve verkoop wordt verstaan het actief benaderen van een klantenkring buiten het toegekende gebied, onder andere door middel van marketing gericht op klanten aldaar. De Commissie heeft reeds in 2000 internetverkoop geschaard onder de noemer 'passieve verkoop'. Passieve verkoop, ook buiten het aan de wederverkoper toebedeelde territorium, mag niet verboden worden aan een wederverkoper. Zodra er sprake is van een publiek 'targeten', zoals het plaatsen van banners of gerichte marketing- en reclameactiviteiten, is er sprake van actieve verkoop.¹⁶

In de Richtsnoeren 2000 staat hierover¹⁷:

'Elke distributeur moet ongehinderd van Internet gebruik kunnen maken om producten aan te prijzen of te verkopen.'

Naar aanleiding van de Groepsvrijstelling 2000 ontstond er discussie of er nog steeds sprake is van passieve verkoop als een Nederlandse aanbieder een website in meerdere talen aanbiedt en door consumenten uit andere EU-landen eenvoudig aan-

9. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4921_en.htm.

10. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_en.htm. Een meer gedetailleerd overzicht volgt later dit jaar, definitief rapport wordt in het eerste kwartaal van 2017 verwacht.

11. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/>.

12. https://www.eerstekamer.nl/eu/europeesvoorstel/com_2016_289_voorstel_voor_een/document/f/vk4ikic1poyu.pdf.

13. Verordening (EG) nr. 2790/1999. Deze trad in werking per 1 januari 2001.

14. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen 2000/C 291/01 ('Richtsnoeren 2000').

15. Op 13 oktober 2000.

16. Randnummer 53 Richtsnoeren 2010.

17. Randnummer 51 Richtsnoeren 2000.

kopen verricht kunnen worden. Kan je dan nog steeds spreken van passieve verkoop, of is het dan eigenlijk actieve verkoop? Velen waren van mening dat dit gezien moest worden als actieve verkoop en dus wel degelijk kon worden verboden.¹⁸ De Commissie heeft dit aspect verduidelijkt in de Groepsvrijstelling 2010 en de bijbehorende Richtsnoeren 2010¹⁹ en is een andere mening toegedaan. In de Richtsnoeren 2010 staat:²⁰

'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 vorm van passieve verkoop, omdat het een redelijke manier is om klanten in staat te stellen de distributeur te bereiken.'

Passieve verkoop dus, zo zegt de Europese Commissie. En de Richtsnoeren 2010 gaan zelfs nog een stuk verder dan dat. Zo beschouwt de Commissie de volgende voorbeelden als hardcore beperkingen ten aanzien van passieve verkoop omdat deze beperkingen de toegang van de distributeur tot een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten kunnen belemmeren:²¹

- a. de bepaling dat de (exclusieve) distributeur moet verhinderen dat in een ander (exclusief) gebied gevestigde klanten zijn website bezoeken of dat hij klanten via een automatische procedure op zijn website moet doorsturen naar de websites van de producent of van andere (exclusieve) distributeurs. Dit sluit niet uit dat wordt overeengekomen dat op de website van de distributeur ook een aantal links naar de websites van andere distributeurs en/of de leverancier wordt aangeboden;
- b. de bepaling dat de (exclusieve) distributeur transacties van klanten via internet moet afbreken zodra uit de creditcardgegevens blijkt dat hun adres niet binnen het (exclusieve) gebied van de distributeur valt;
- c. de bepaling dat de distributeur het aandeel van de internetverkoop in zijn totale verkoop moet beperken. Dit sluit niet uit dat de leverancier,

zonder de onlineverkoop van de distributeur te beperken, van de afnemer verlangt dat hij ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid producten (in waarde of in volume uitgedrukt) offline verkoopt om een doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te waarborgen noch sluit dit uit dat de leverancier waarborgen wil dat de online-activiteit van de distributeur binnen zijn distributiemodel past. Deze minimumhoeveelheid voor offlineverkoop kan gelijk zijn voor alle afnemers of voor elke afnemer afzonderlijk worden vastgesteld op basis van objectieve criteria, zoals de omvang van de afnemer binnen het netwerk of zijn geografische locatie;

- d. de bepaling dat de distributeur voor producten die hij online doorverkoopt een hogere prijs moet betalen dan voor producten die hij offline doorverkoopt. Dit belet niet dat de leverancier met de afnemer een vaste vergoeding overeenkomt (dat wil zeggen geen variabele vergoeding waarbij het bedrag verhoogt naargelang de gerealiseerde offlineomzet, aangezien dit indirect zou neerkomen op dubbele prijsstelling) om de offline- of onlineverkoopinspanningen van deze laatste te steunen.

Deze voorbeelden laten weinig ruimte over voor discussie. In feite krijgen wederverkopers hiermee een vrij absoluut recht om producten en diensten (door) te verkopen via internet, ook aan afnemers in andere landen in de EU. Leveranciers stellen daar tegenover dat beperkingen op internetverkoop nodig zijn voor het beschermen van hun merknaam en het verzekeren van een bepaalde kwaliteit en service. Het Europese Hof van Justitie heeft echter in 2011²² bepaald dat het in stand houden van een prestigieus imago op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond is om een algeheel verbod op internetverkoop toe te staan onder het mededingingsrecht. Hierover later meer.

Niettemin staat een leverancier niet geheel met lege handen als hij internetverkoop door wederverkopers wenst te reguleren. In de relatie tot de wederverkoper mag een leverancier contractueel wél de volgende zaken regelen/beperken:

- a. de leverancier mag online reclame, specifiek op bepaalde klanten gericht, als een vorm van actieve verkoop, verbieden. Hieronder valt ook het plaatsen van banners of het betalen van zoekmachines om in bepaalde gebieden gezien te worden;²³
- b. de leverancier mag kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een internetsite voor de doorverkoop van zijn producten, zoals hij dit ook kan in de offline wereld. Dergelijke eisen moeten gelijkwaardig zijn aan de eisen die gesteld worden aan de verkoop in fysieke win-

18. Zie ook M.J. van Joolingen & D.T.A. Noordeloos, 'Verkoop via internet: grenzen vervagen', in *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraak*, nr. 8, p. 33 onder 'Actief vs. passief'.

19. De Richtsnoeren inzake verticale beperkingen 2010/C 130/01 ('Richtsnoeren 2010'), naar aanleiding van de nieuwe Groepsvrijstelling 2010: Verordening (EG) nr. 330/2010 ('Groepsvrijstelling 2010').

20. Randnummer 52 Richtsnoeren 2010.

21. Randnummer 52 onder a, b, c en d Richtsnoeren 2010.

22. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS / Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, zaak C439/09, Hof van Justitie EU 13 oktober 2011.

23. Randnummer 53 Richtsnoeren 2010.

kels;²⁴ en

- c. de leverancier mag van de wederverkoper verlangen dat deze een offline winkel voert, waarin een minimum aantal verkopen worden gerealiseerd.²⁵

De leverancier kan voor de online verkoop echter geen criteria opleggen die niet vergelijkbaar zijn met het equivalent aan criteria voor de offline verkoop. Dat beschouwt de Commissie als een hardcore beperking.

In Nederland werd er tot nu toe door mededingingsexperts nogal schouderophalend gedaan over de risico's van het overtreden van de – hardcore restricties in de – Groepsvrijstelling 2010. Immers de Autoriteit Consument en Markt ('de ACM') die in Nederland toezicht houdt op de handhaving van de Groepsvrijstelling 2010,²⁶ is de afgelopen jaren op geen enkele manier handhavend opgetreden²⁷ (hetgeen overigens nogal in schril contrast staat tot de formele regels die van toepassing zijn). Daarentegen is er in Europees verband – en ook in een aantal ons omringende landen, waaronder Duitsland – een trend te bespeuren waarin verticale beperkingen juist een steeds prominentere rol spelen en dan met name in een online omgeving.²⁸ Het eerder genoemde Europese sectoronderzoek naar e-commerce en de focus op de *Digital Single Market*²⁹ is hiervan het meest in het oog springende voorbeeld. Evenwel blijkt uit recente(re) uitingen van de ACM dat ook zij meer de nadruk gaat leggen op het handhaven van overtredingen van de Groepsvrijstelling 2010.³⁰

3. Omnichannel: enkele vraagstukken en praktische problemen waarmee leveranciers zich geconfronteerd zien

Het verbod op het beperken van internetverkoop door wederverkopers confronteert leveranciers met de nodige vraagstukken en praktische problemen. Tegenwoordig ontkomen leveranciers c.q.

retailers er niet meer aan om een omnichannel strategie te ontwikkelen. De focus wordt verlegd naar een afgestemde ervaring voor de klant. Welk kanaal de klant ook gebruikt, computer, mobiele telefoon, de fysieke winkel of reclamemateriaal, de content én analyses van de klant dienen hierbij op elkaar te zijn afgestemd. De merkbeleving via de verschillende kanalen moet identiek zijn en onderzoek naar de gedragingen van de klant houdt niet op aan de deur van de winkel of bij het verlaten van de website. Trends die nu al zichtbaar zijn als een gevolg van de toename van internetverkoop zijn:

- minder fysieke winkels (hetgeen tot leegstand kan leiden in winkelcentra);
- voor de winkels die blijven: minder benodigde winkeloppervlakte;
- een verschuiving van pure verkoop naar merkbeleving in fysieke winkels; en
- een grotere prijstransparantie en dus meer prijsconcurrentie.

Het uitdenken en implementeren van een omnichannel strategie is uiteraard complexer indien een leverancier werkt met wederverkopers die op bepaalde punten niet in hun (verkoop)vrijheid kunnen worden beperkt. Als een leverancier werkt met wederverkopers, is de kans groot dat de volgende vragen in ieder geval een rol zullen spelen bij het bepalen van een omnichannel strategie.

a) Gaat een leverancier een eigen internet verkoopkanaal opzetten, en zo ja, betreft hij zijn wederverkopers hier dan wel of niet bij?

De leverancier kan centraal een website opereren, maar kan er nog wel voor kiezen om de wederverkoper in enige vorm te betrekken bij de praktische uitvoering ervan. Bijvoorbeeld logistiek of om producten te retourneren. Van belang is om goed te kijken welk beloningssysteem je in dat kader met elkaar afspreekt. En mogelijk is het realistisch om de targets van een wederverkoper naar beneden bij te stellen indien een leverancier centraal een eigen internetkanaal opzet.

b) Gaat de leverancier zijn wederverkoper financieel (of anderszins) compenseren voor het feit dat er mogelijk minder verkopen kunnen worden gerealiseerd door de laatste, of is de visie dat de wederverkoper profiteert van een multi-channel aanpak nu de naamsbekendheid e.d. toeneemt?

Beantwoording van deze vragen is in grote mate afhankelijk van wat voor soort franchise c.q. distributiecontracten partijen hebben afgesloten en de afspraken die partijen (in het verleden) met elkaar hebben gemaakt. In beginsel is de leverancier net zoals de wederverkoper vrij om de producten (ook) via internet te verkopen op basis van de Groepsvrijstelling. Het is immers de vraag of absolute exclusiviteit toegekend kan worden aan een distributeur als dit al niet geldig is in relatie tot andere distributeurs (die immers nooit verboden kunnen worden passieve verkoop te realiseren). Daarnaast is het de vraag of geografische fysieke exclusiviteit ook in-

24. Randnummer 54 Richtsnoeren 2010.

25. Randnummer 52 onder c Richtsnoeren 2010.

26. <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/verticale-overeenkomsten/verticale-overeenkomsten/>.

27. Vergelijk ook paragraaf 4.2 in R. Wesseling & T. Palumbo, 'Kroniek van het mededingingsrecht', *NJB* 2016/743 en paragraaf 3 van R. Elkerbout, 'Mededingingsrechtelijke aspecten van online verkoopbeperkingen in exclusieve en selectieve distributiestelsels', *ORP* 2015 (2).

28. Vergelijk ook S.M.M.C. Vinken & A.P.E. van der Wolk, 'Distributieovereenkomsten in de praktijk: toenemende aandacht voor het mededingingsrecht door', *ORP* 2016/3.

29. Vergelijk ook paragraaf 4.2 in R. Wesseling & T. Palumbo, 'Kroniek van het mededingingsrecht', *NJB* 2016/743.

30. Zie in dat kader de publicatie van de ACM van 20 april 2015 'Toezicht van ACM op verticale overeenkomsten' <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14164/Toezicht-van-ACM-op-verticale-overeenkomsten/>.

ternetverkoop omvat.³¹ Er valt veel voor te zeggen dat dit niet het geval is. Anders zou de situatie kunnen ontstaan dat een leverancier moet toestaan dat zijn distributeurs vrijelijk kunnen verkopen via internet in de hele EU, terwijl de leverancier geen internetkanaal zou kunnen exploiteren. Dat kan niet de bedoeling zijn. Enige verduidelijking op dit punt in de aankomende nieuwe groepsvrijstelling verticale overeenkomst³² zou welkom zijn. Helemaal nu veel distributie- en franchisecontracten reeds zeer lange tijd geleden zijn afgesloten en er vaak niet is voorzien in een internet verkoopkanaal.

c) Gaat de wederverkoper – al dan niet naast het online kanaal van de leverancier - een eigen online verkoopkanaal opzetten? Zo ja, welke (kwaliteits)eisen zal de leverancier stellen?

Uiteraard staat het een leverancier vrij om, naast de hierboven geschetste mogelijkheden tot regulering van de internetverkoop door zijn wederverkopers, via het intellectuele eigendomsrecht beperkingen aan zijn wederverkopers op te leggen en deze zo de gewenste kwaliteitseisen op te leggen. Bijvoorbeeld via het verstrekken van een merklicentie. Er is een grote vrijheid om inhoud te geven aan een licentieovereenkomst. In een dergelijke overeenkomst kunnen afspraken worden gemaakt over de omvang van het gebruik van het merk van de leverancier door de wederverkoper, ook in het kader van internetverkoop. Mag de wederverkoper bijvoorbeeld een domeinnaam registreren waarin het merk van de leverancier voorkomt? Ook mogen kwaliteitseisen worden gesteld en controlemechanismen worden opgelegd. Indien de licentieovereenkomst wordt geschonden, is er sprake van merkinbreuk waartegen de leverancier – de merkhouders – kan optreden. Ook is het mogelijk om afspraken te maken ten aanzien van de inrichting van de site, het gebruik van een bepaald platform of juist de afspraak om een gebruikt platform niet te vermelden. Ook kan verlangd worden dat de wederverkoper's website voldoet aan de van toepassing zijnde wet- en regelgeving, zoals op het gebied van privacy en e-commerce. Een verbod om van een bepaald platform, zoals bijvoorbeeld eBay, gebruik te maken is niet toegestaan, tenzij de verkoop via dat platform aantoonbaar niet aan de kwaliteitscriteria voldoet.

Zoals eerder naar voren gebracht, moeten de criteria die gelden ten aanzien van online verkoop wel equivalent zijn aan de offline criteria, anders worden zij beschouwd als een hardcore restrictie met nietigheid als gevolg. Equivalent betekent echter

niet dat de (kwaliteits)eisen die aan online verkoop worden gesteld *exact* gelijk moeten zijn aan de criteria voor offline verkoop. Ze moeten wel dezelfde doelstellingen nastreven. Bijvoorbeeld 24-uurs leveringstermijnen als equivalent voor de directe levering vanuit de winkel of het aanhouden van een online aftersales helpdesk ter waarborging van de aftersales service.

d) Hoe om te gaan met het gebruik van social media door de wederverkoper?

Ook over het gebruik van social media door de wederverkoper kunnen duidelijke afspraken worden gemaakt. Bijvoorbeeld dat de wederverkoper zich bij gebruik van de social media zijn identiteit als zelfstandige wederverkoper kenbaar dient te maken, opdat deze niet wordt verward met de leverancier. Het is ook raadzaam expliciete richtlijnen op te stellen voor de inhoud van berichtgeving op social media. Zoals een aantal recente gevallen heeft laten zien,³³ is een merk zeer kwetsbaar voor onhandige, klantvriendelijke of discriminerende uitingen die gedaan worden via social media en die als een lopend vuurtje verspreid worden.

Ook verdient het aandacht om afspraken te maken over het maken van reclame op social media. Zo kan worden afgesproken dat de wederverkoper alleen door de leverancier aangeleverde reclames en beeldmaterialen mag gebruiken. Indien de wederverkoper meer zijn eigen gang mag gaan, is het raadzaam in ieder geval vast te leggen dat reclames zullen voldoen aan de geldende wet- en regelgeving, waarbij gedacht kan worden aan de Reclamecode Social Media van de Reclame Code Commissie³⁴ en bijvoorbeeld de privacy- en e-commerce wet- en regelgeving.

4. De freerider problematiek

De freerider – vaak een 'pure internet player' – biedt tegen de laagste prijs producten aan via zijn internetwinkel, terwijl hij profiteert van de investeringen van anderen, in fysieke winkels, showrooms, opgeleid personeel en het voorlichten en adviseren van klanten. Dit werkt in de hand dat consumenten zich eerst laten voorlichten door een verkoper in

31. Dit kwam aan de orde in een zaak tussen Kruitvat Retail en een van haar franchisenemers, Rb. Dordrecht 21 juni 2010, LJN BM8461, waarin de rechtbank oordeelde dat de overeengekomen exclusiviteit duidelijk zag op (alleen) de fysieke vestiging van het filiaal. Partijen hadden kennelijk niet voorzien in internetverkoop en die lacune kon niet opgevuld worden met een ruimere uitleg van dit beding, nu dit voor Kruitvat forse sancties zou hebben.

32. De huidige groepsvrijstelling is geldig tot 31 mei 2022, naar verluid is de nieuwe al in de maak.

33. Voorbeelden social media #fails:

i) Domino's Pizza: een medewerker die mozzarella in zijn neus stopt en een filmpje hiervan op YouTube zet;
ii) Een webcare medewerker van Uitgeverij Sanoma had geen geduld met een klant die via Twitter klaagde over de service van het bedrijf. De medewerker reageerde met: 'Wat wil je nou? De juf uithangen of geholpen worden?'. Het leverde Sanoma veel kritiek op van klanten;

iii) McDo's en McDon'ts; Je vraagt welwillende medewerking van het publiek in een social mediacampagne. Toen McDonald's vroeg smikkelverhalen te delen onder de hashtag #McDStories kwamen er behoorlijk wat gruwelen op Twitter terecht. Vingernagels in de burgers, voedselvergiftiging: #McFail!

34. <https://www.reclamecode.nl/nrc/pagina.asp?paginaID=289&deel=2>.

een fysieke winkel en vervolgens via internet het product kopen tegen de laagste prijs.³⁵ Dit model is op de langere termijn niet houdbaar. Als gevolg van deze freeriders (en overigens ook van internetverkoop in zijn algemeenheid) verdwijnen er nu al fysieke winkels uit het straatbeeld. Er is een reëel risico dat er op termijn een lagere kwaliteit en dienstverlening wordt geboden. Het is de vraag of dit uiteindelijk wel goed is voor de consument. Voorts is het de vraag of dit past in een omnichannel strategie, waarbij nu juist de klantbeleving en merkbeleving voorop zou moeten staan.

Jurisprudentie tot nu toe laat zien dat het zo goed als onmogelijk is om verkoop via internet door wederverkopers te verbieden, vergelijk onder andere het *Pierre Fabre*-arrest van het Europese Hof van Justitie,³⁶ of een distributeur om die reden uit te sluiten van een distributienetwerk, vergelijk o.a. het *Batavus*-arrest.³⁷ Over deze jurisprudentie later meer in paragraaf 5 van deze bijdrage. Overigens blijkt het voor distributeurs die menen dat zij ten onrechte geweerd worden uit een distributienetwerk, terwijl de daadwerkelijke reden zou zijn dat zij te lage prijzen (al dan niet in combinatie met internetverkoop) zouden hanteren, in de praktijk erg lastig om de opzegging met succes in rechte aan te vechten. Vergelijk onder meer het *Auping/Beverlaap*-arrest van het Gerechtshof Leeuwarden.³⁸

Een leverancier kan er uiteraard zelf voor kiezen enkel distributierelaties aan te gaan met wederverkopers die (ook/alleen) een fysieke winkel hebben. Echter, een leverancier heeft – tenzij gekozen is voor een selectief distributiestelsel – geen mogelijkheden om zich te verzetten tegen de doorverkoop van zijn producten door zijn wederverkopers aan derden. Deze derden zouden ervoor kunnen kiezen de producten (enkel) via het internet aan te bieden. Een leverancier kan zich, als houder van intellectuele eigendomsrechten – zoals het merkenrecht, niet tegen het gebruik van zijn intellectuele eigendomsrechten verzetten voor zover de betreffende producten door de leverancier zelf of met diens toestemming in de Europese Unie³⁹ in het verkeer ('in de handel') zijn gebracht. De rechten zijn dan uitgeput, tenzij de leverancier een gegronde reden heeft zich tegen de verdere verhandeling van de waren of het verrichten van de diensten te verzetten. Indien producten door een merkhouder in Griekenland aan een distributeur zijn geleverd, staat het deze distributeur vrij deze producten door te verkopen aan een derde, die de producten bijvoorbeeld op zijn Nederlandse website aanbiedt. De leverancier kan

hier niets tegen doen. Wel zou hij kunnen optreden indien de producten met zijn toestemming *buiten* de EU op de markt waren gebracht. Dan is geen sprake van uitputting en kan hij op basis van het merkrecht optreden tegen de import.

Ondanks de uitputting van zijn merkrecht zal een merkhouder zich wel kunnen verzetten tegen bezwaarlijke handelingen die de herkomstaanduidingsfunctie van zijn merk schenden. Men kan dan denken aan wijziging of verslechtering van de waar, nadat deze door de leverancier (in de EU) in het verkeer is gebracht – bijvoorbeeld het wegkrassen van codes of het openmaken van verpakkingen, zeker in het geval van luxe artikelen. Ook kan een leverancier, in ieder geval op grond van het merkenrecht, optreden tegen een licentiehouder die in strijd met de bepalingen van de licentieovereenkomst de waren verkoopt aan discounters, wanneer hierdoor het luxe imago van het merk wordt aangetast.⁴⁰ Hierdoor wordt de reputatie van zijn merk geschaad.

Een freerider heeft aldus de mogelijkheid om producten die door of met toestemming van de leverancier in de EU in de handel zijn gebracht (door) te verkopen via internet. Hij mag daarbij ook gebruik maken van het merk van de leverancier. De wederverkoper van een merkproduct mag het merk (ook een logo) ook gebruiken in zijn reclame voor de verdere verhandeling van dit product. Hij mag daarbij echter niet de indruk wekken dat er een commerciële band bestaat tussen hem en de merkhouder.⁴¹ De wederverkoper mag de producten aanprijzen op de in zijn bedrijfssector gebruikelijke wijze, tenzij de leverancier (merkhouder) aantoonbaar dat de reputatie van het merk hierdoor ernstig wordt geschaad – bijvoorbeeld indien het merk/product wordt geplaatst tussen andere merken/producten die ernstig afbreuk doen aan het imago van het merk⁴², zoals inbreukmakende producten.

De wederverkoper (freerider) mag bovendien niet zonder toestemming gebruik maken van reclamematerialen van de leverancier, bijvoorbeeld door de leverancier gemaakte productfoto's. Een dergelijk gebruik levert inbreuk op de auteursrechten van de leverancier op.

Als een product eenmaal (met toestemming) op de EU markt is gebracht, dan is het voor een leverancier aldus alleen in uitzonderlijke gevallen mogelijk om de verdere verhandeling van deze producten (via internet) te beperken.

5. Is het invoeren van een selectief distributiestelsel de oplossing om ongeautoriseerde verkoop en freeriders tegen te gaan?

Er zijn leveranciers die de oplossing tegen freeriders, pure internet players en discounters denken

35. Vergelijk ook R. Elkerbout, 'Mededingingsrechtelijke aspecten van online verkoopbeperkingen in exclusieve en selectieve distributiestelsels', *ORP* 2015 (2).

36. Zie voetnoot 24.

37. Zie hierna, in voetnoot 46.

38. Gerechtshof Leeuwarden 17 januari 2012, zaak 200.091.833/01 (*Auping/Beverlaap*), ECLI:NL:GHLEE:2012:BV1085

39. Eigenlijk: Europese Economische Ruimte ('EER'), dus EU plus Noorwegen, IJsland en Liechtenstein, in het geval van een Brexit in de toekomst ook de UK.

40. *Dior/Copad*, HvJ 23 april 2009, zaak C59/08.

41. *BMW/Deenik*, HvJ EG 23 februari 1999, zaak C-63/97.

42. *Dior/Evora*, HvJ EG 4 november 1997, zaak C-337/95.

te hebben gevonden in het invoeren van een selectief distributiestelsel. Werkt dit en kan je hiermee derden inderdaad effectief buiten de deur houden?

Selectieve distributie

Selectieve distributie vindt zijn oorsprong in de gedachte dat luxe merken de mogelijkheid moeten hebben om binnen een gesloten verkoopnetwerk te kunnen opereren, waarbinnen bepaalde kwaliteitsnormen kunnen worden opgelegd. Op deze manier kan een leverancier proberen om het imago van zijn producten te beschermen. Verplichtingen die een leverancier kan opleggen aan zijn (selectieve) distributeurs zijn onder andere de eis om getraind personeel te hebben, een showroom te hebben, after sales service en/of garantie te bieden. Ook is het toegestaan om als selectie criterium te vereisen dat een distributeur over ten minste één fysiek verkooppunt beschikt. Met een dergelijk criterium kunnen pure online verkopers uit het stelsel geweerd worden. In het kader van een online verkooppunt kan een leverancier vervolgens ook kwaliteitseisen opleggen aan zijn distributeur. Bovendien is het de distributeurs doorgaans verboden om door te leveren aan een wederverkoper (niet-erkende distributeurs).⁴³

Vaak wordt aan een distributeur in het kader van de selectieve distributie een bepaald gebied / klantenkring toebedeeld. Hij mag dan niet actief verkopen in gebieden of aan klanten die exclusief zijn toegewezen aan een andere distributeur. Zoals wij eerder hebben aangegeven, wordt verkoop via internet beschouwd als een vorm van passieve verkoop. Dit betekent dat bij verkoop via internet geen rekening wordt gehouden met exclusiviteit van distributeurs in aangewezen gebieden. Een distributeur mag dan ook niet worden verplicht om in een ander (exclusief) gebied gevestigde klanten door te sturen naar de website van de leverancier of van andere distributeurs. Bovendien is het niet toegestaan distributeurs te verplichten om transacties van klanten via internet af te breken zodra uit de betaalgegevens blijkt dat hun adres niet binnen het (exclusieve) gebied van die distributeur valt.

Verder moet een leverancier ervoor waken om niet onder druk van of in overleg met zijn (al dan niet selectieve) distributeurs een distributierelatie met één van zijn distributeurs te beëindigen. Dit kan immers gezien worden als een nietige opzegging wegens strijdigheid met het mededingingsrecht, als de opzegging kwalificeert als een verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging.⁴⁴

Pierre Fabre

Verschillende fabrikanten hebben ook getracht om pure internetspelers (helemaal) te weren met een beroep op het prestigieuze imago van en het belang van advies omtrent hun producten. Eén van deze gevallen heeft geleid tot het eerder aan-

gehaalde *Pierre Fabre*-arrest uit 2011.⁴⁵ Het Franse cosmeticamerk Pierre Fabre Dermo-Cosmétique stelde zich op het standpunt dat het voor de verkoop van haar cosmeticaproducten voor het behandelen van diverse huidproblemen noodzakelijk was dat een apotheker persoonlijk advies zou verlenen (en daarom fysiek aanwezig moest zijn zodat hij de huid van de klant zou kunnen bestuderen en het juiste product zou kunnen aanraden) en om haar prestigieuze imago te beschermen. De (selectieve) distributiecontracten voor deze producten voorzagen daarom dat zij enkel in apotheken mochten verkocht worden, in de fysieke aanwezigheid van een gediplomeerd apotheker en sloten de facto dus elke vorm van verkoop via internet uit. Het Hof van Justitie heeft daarop bepaald dat de doelstelling van de instandhouding van het prestigieuze imago geen doelstelling kan zijn om de mededinging te beperken en niet kan rechtvaardigen dat een contractsbepaling die een dergelijke doelstelling nastreeft buiten de werkingssfeer van art. 101 lid 1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') valt.

Door velen werd dit arrest aldus begrepen dat de bescherming van een 'imago van luxe' principieel niet meer als rechtvaardiging voor een selectief distributiestelsel kon dienen⁴⁶ en selectieve distributiestelsels aldus de verkoop via internet door erkende distributeurs moeten toestaan. Onduidelijk is (nog) wanneer wel sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

Coty / Akzente

Anderen zijn echter van mening dat het Hof in het arrest *Pierre Fabre* uitsluitend tot uitdrukking heeft gebracht dat de bescherming van het prestigieuze karakter van een merk niet het in het concrete geval relevante complete verbod van iedere vorm van online verkoop kan rechtvaardigen.⁴⁷ Daarom heeft het Oberlandesgericht Frankfurt am Main het Europese Hof van Justitie (primair) verzocht te verduidelijken of het selectieve distributiestelsel van Coty Germany,⁴⁸ dat vooral tot doel heeft de luxe uitstraling van de verkochte luxe en prestigieuze producten in stand te houden, kan worden beschouwd als een mededingingsfactor die verenigbaar is met art. 101 lid 1 VWEU. Het zal nog wel enige tijd duren voor we daar antwoord op hebben!

Overtreding van een selectieve distributieovereenkomst

Indien een erkend distributeur – ondanks een doorleververbod – toch actief levert aan een andere (niet-erkende) wederverkoper is sprake van een lek

43. Zie o.a. randnummers 174 tot en met 186 Richtsnoeren 2010.

44. Vergelijk *Batavus/Vriend's Tweewielercentrum*, HR 16 september 2011, LJN BQ2213.

45. Zie voetnoot 24.

46. Zie ook Verzoek om een prejudiciële beslissing, *Coty Germany/Parfümerie Akzente*, zaak C-230/16.

47. Zie voetnoot 42.

48. Coty is een van de grootste aanbieders van luxe cosmetica in Duitsland, die in de handel wordt gebracht via een systeem van selectieve distributie. Op basis van de tussen Coty en Akzente gesloten distributieovereenkomst verbood Coty Akzente om bepaalde merkartikelen aan te bieden via platforms van derden (in casu www.amazon.de).

in het selectieve distributiestelsel. De doorverkopende distributeur pleegt hierdoor wanprestatie en verbeurt wellicht een boete.

De vraag is echter of ook kan worden opgetreden tegen de wederverkoper. Profiteert de wederverkoper dan onrechtmatig van het lek in het distributiestelsel? De Hoge Raad heeft in 2010 geoordeeld dat deze handelwijze inderdaad als oneerlijke concurrentie kan gelden en maakte daarbij onderscheid tussen de positie van de geautoriseerde distributeurs en die van de leverancier.⁴⁹

Tegenover de deelnemers uit het distributienetwerk kan het gedrag van de wederverkoper onrechtmatig zijn als deze: (i) bewust gebruik maakt van de wanprestatie van een erkende distributeur, (ii) door het verhandelen van de producten concurreert met de erkende distributeurs en (iii) daarbij profiteert van de slechtere positie van die distributeurs: die moeten zich immers wél aan het doorverkoopverbod houden.

Deze handelwijze kan daarnaast óók tegenover de leverancier onrechtmatig zijn als het distributiestelsel daardoor wordt ondermijnd. Bijvoorbeeld doordat de erkende distributeurs zich ook aan hun verplichtingen gaan onttrekken of als zij geen erkende distributeur meer willen zijn. Of als derden niet meer tot het stelsel willen toetreden.

Daarnaast zal in sommige gevallen sprake zijn van merkinbreuk. Hoewel sprake is van uitputting indien een product door of met toestemming van de merkhouders (leverancier) in de EU op de markt is gebracht (verkoop aan erkende distributeur), heeft het Europese Hof van Justitie⁵⁰ bepaald dat een merkhouders op basis van zijn merkrecht kan optreden tegen een licentiehouder die in strijd met de bepalingen van de licentieovereenkomst de waren verkoopt aan discounters, wanneer hierdoor het prestigieuze imago van het merk wordt aangetast. Verder kan de merkhouders ook op grond van zijn merk tegen derden (de discounter) optreden, indien de wederverkoop afbreuk doet aan de reputatie van het merk.

Selectief distributiestelsel de oplossing?

De vraag is of een selectief distributiesysteem daadwerkelijk de oplossing biedt voor de gesignaleerde problemen. Er kleven namelijk ook nadelen aan een selectief distributiestelsel, immers, het werkt alleen als het door de hele EU wordt gehanteerd want anders bestaat er telkens het gevaar van een lek vanuit andere delen in de EU. Het biedt weinig flexibiliteit nu de criteria non-discriminatoir dienen te worden toegepast. Verder sluit men bepaalde verkooppunten uit, waardoor er mogelijk minder verkocht kan worden. Bovendien biedt een selectief distributiestelsel geen oplossing voor het tegengaan van parallelle handel, verticale prijsbinding blijft verboden en online verkoop kan niet worden verboden. Ook valt het niet uit te sluiten dat in een

volgende groepsvrijstelling⁵¹ de Commissie de mogelijkheden voor het hanteren van een selectief distributiestelsel uitdrukkelijk(er) gaat beperken tot luxeproducten en merken. Immers nu wordt een selectief distributiestelsel ook gebruikt voor producten waarvan je je kan afvragen of het daarvoor wel bedoeld is.

6. Nieuwe soorten tussenpersonen die online producten en diensten van anderen aanbieden aan de (eind)klant c.q. consument

Er komen steeds nieuwe vormen van tussenpersonen die online producten en diensten aanbieden. Het huidige rechtsregime is in feite niet bedoeld voor dergelijke nieuwe vormen en deze nieuwe figuren zijn juridisch gezien lastig te kwalificeren. Zo is het de vraag of je bedrijven zoals Airbnb, Uber, Amazon en Booking.com moet zien als leverancier, handelsagent, commissionair, distributeur of een figuur die kenmerken van meerdere tussenpersonen heeft. Onder welk rechtsregime vallen de contractuele relaties die tot stand komen? Gaat het om verticale relaties? En naar welk recht moet je dit beoordelen? De consequenties van welke rechtsvorm van toepassing is zijn groot, onder andere nu handelsagenten (de zogenaamde 'eigenlijke agenten') in beginsel niet vallen onder het regime van de Groepsvrijstelling 2010.⁵² Ook is het de vraag wie consumenten en afnemers kunnen aanspreken in het geval er sprake is van wanprestatie.

Een handelsagent is enkel een tussenpersoon en het contract komt tot stand tussen de leverancier en de klant. De leverancier bepaalt dan ook de prijzen en voorwaarden. Bij distributie ligt dit complexer; de distributeur en franchisenemer zijn wederverkoper en deze rechtsverhouding dient te voldoen aan hetgeen bepaald is in de Groepsvrijstelling 2010. De distributeur en franchisenemer zijn zelf gerechtigd om de (wederverkoop)prijzen en condities vast te stellen en zijn de wederpartij van de afnemer.⁵³ Het maakt dus nogal een verschil hoe je een platform zoals Airbnb of Uber kwalificeert.

Overigens is de ontwikkelde bescherming omtrent agenten en distributeurs ontstaan vanuit de gedachte dat deze enige bescherming nodig hebben. In feite doet zich nu de omgekeerde situatie voor, met machtige giganten zoals Booking.com,⁵⁴ die een zeer sterke onderhandelingspositie hebben ten op-

51. Zie voetnoot 34.

52. Zie o.a. randnummers 12 tot en met 21 Richtsnoeren 2010.

53. Zie voor een uitgebreid overzicht van de verschillen tussen distributeurs en handelsagenten: T. de Mönink, 'Een distributeur is in de regel beter af dan een handelsagent', *NJB* 2009, 1480.

54. Overigens heeft Booking.com al het nodige over zich heen gekregen met de beste prijsgaranties waarmee zij adverteerde, die zij in april 2015 onder druk van diverse nationale mededingingsautoriteiten (waaronder de ACM) heeft moeten aanpassen.

49. *Alpha Romeo Nederland / Multicar*, Hoge Raad 8 januari 2010, LJN BJ9352.

50. *Dior/Copad*, Hof van Justitie EG 23 april 2009, zaak C-59/08.

zichte van de hoteleigenaren en die door hun handelswijze (zoals beste prijs garanties) de mededinging kunnen beperken.

Het is interessant om te zien of de Commissie bij het opstellen van de nieuwe groepsvrijstelling rekening gaat houden met de opkomst van dergelijke nieuwe tussenpersonen.

7. Voorstel verordening geoblocking en geografische discriminatie

Op 25 mei 2016 heeft de Commissie een voorstel voor een nieuwe verordening gepubliceerd, waarin geoblocking en andere vormen van geografische discriminatie⁵⁵ worden verboden ('de Conceptverordening').⁵⁶ Het doel van de Conceptverordening is geoblocking, prijsdiscriminatie en discriminatie in de wijze van verkoop of betalingsmethoden bij online verkoop uit te bannen. Een voorbeeld van geoblocking is het weigeren van bestellingen van bezoekers met een buitenlands IP-adres, afleveradres of betaalmiddel.

Geoblocking heeft zowel de aandacht van de Commissie in het kader van het mededingingsrechtelijke onderzoek in de e-commerce sector alsook in het kader van de Digital Single Market strategie van de Commissie.⁵⁷ Op basis van de Conceptverordening:

1. mag een handelaar niet de toegang van klanten tot online interfaces (waaronder websites) blokkeren of beperken op grond van de nationaliteit, woonplaats of vestiging van de klant;
2. mag een handelaar niet klanten zonder hun voorafgaande expliciete toestemming omleiden ('re-routen') naar een andere website en als de klant toestemming geeft, moet het voor de klant eenvoudig zijn om terug te keren naar de website waarnaar oorspronkelijk werd gezocht;
3. dient een handelaar de klant de mogelijkheid te bieden om a) het product op te halen bij de vestiging van de leverancier/handelaar, b) zelf te regelen dat het product op zijn thuisadres wordt afgeleverd of c) het product te laten leveren op een adres in het land waar de handelaar is gevestigd. Deze bepaling beperkt handelaren niet in de mogelijkheid om extra kosten te rekenen indien zij bereid zijn tot de levering buiten hun lidstaat wanneer er sprake is van een duidelijke, objectieve rechtvaardiging, bijvoorbeeld extra kosten voor de grensoverschrijdende levering. Er bestaat ook geen plicht om buiten de eigen lidstaat te leveren; en
4. mag een handelaar niet verschillende betalingsvoorwaarden hanteren vanwege redenen die gerelateerd zijn aan nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant of op basis van iedere andere reden afhankelijk van de plaats van de

betaalrekening, de betaaldienstverlener of het land waar het betaalinstrument is uitgegeven.

Waar de Commissie spreekt over 'klanten', gaat het om 'eindgebruikers' dat wil zeggen klanten die de producten voor eigen gebruik (anders dan voor wederverkoop) kopen. Transacties waar producten worden aangekocht door een bedrijf om het vervolgens door te verkopen vallen buiten de reikwijdte van de Conceptverordening. De handelaar kan zelf wel een wederverkoper zijn.

De Conceptverordening bepaalt dat iedere overeenkomst in strijd met deze verordening van rechtswege nietig is en heeft een breed toepassingsbereik. Er zijn weinig uitzonderingen.

De Conceptverordening ziet, in tegenstelling tot de Groepsvrijstelling 2010 en de Richtsnoeren 2010, óók op eenzijdige maatregelen en daarmee ook op intra-company geoblocking. Dit kan grote gevolgen hebben voor (internationale) concerns die momenteel geoblocking toepassen.

Er bestaat op basis van de Conceptverordening geen verplichting voor handelaren om de bezorging van hun producten die vanuit een andere lidstaat zijn besteld te faciliteren. Wel moeten zij bereid zijn om – als zij dat voor nationale klanten doen – ook aan klanten uit andere lidstaten de mogelijkheid te bieden de producten op een door de klant te kiezen adres te laten bezorgen. Vervolgens moet de klant er zelf voor zorgen dat hij de producten ophaalt of vervoer organiseren.

Wat opvalt is dat de (concept) Verordening Geoblocking, ondanks het oorspronkelijke voornemen van de Commissie om zo veel mogelijk beperkingen weg te nemen die één digitale Europese markt in de weg staan, niet ziet op digitale content (van aanbieders zoals bijvoorbeeld Netflix). Hierop bestaat veel kritiek, want hoe kan je anno 2016/2017 een verbod op geoblocking uitvaardigen en daarin geoblocking ten aanzien van digitale content niet meenemen? De lobby uit de film- en sportrechtenindustrie, die hun lucratieve auteursrechtenregelingen met individuele lidstaten niet wilden verliezen, heeft kennelijk vooralsnog gewonnen.

Hiernaast is er op 25 mei 2016 een voorgestelde herziening gepresenteerd van de verordening samenwerking consumentenbescherming.⁵⁸ Hiermee krijgen de nationale autoriteiten meer bevoegdheden om de consumentenrechten beter te kunnen handhaven. Zo krijgen zij de bevoegdheid om:

- te controleren of websites consumenten geoblocken of voorwaarden na verkoop aanbieden die in strijd zijn met de EU-regels (zoals het recht op bedenktijd);
- websites waarop oplettingspraktijken staan onmiddellijk te laten blokkeren; en
- gegevens op te vragen van domeinbeheerders en banken om de identiteit van de verantwoordelijke handelaar te kunnen achterhalen.

55. Discriminatie op grond van nationaliteit, woon- of vestigingsplaats.

56. <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16742>.

57. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/geo-blocking-digital-single-market>.

58. http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/unfair-trade/docs/cpc-revision-proposal_en.pdf.

De Commissie publiceerde op 25 mei 2016 eveneens een geactualiseerde richtsnoer over oneerlijke handelspraktijken, onder andere om de uitdagingen van de digitale wereld aan te kunnen pakken.⁵⁹

8. Conclusie en aanbeveling

Het sectoronderzoek e-commerce, het recente voorstel verordening geoblocking en de Digital Single Market Strategie zijn een voorbode voor verdergaande maatregelen en regelgeving dan reeds voorzien is in de huidige Groepsvrijstelling 2010. De Commissie begeeft zich hiermee steeds nadrukkelijker op het gebied van internetverkoop en oefent hiermee gaandeweg steeds meer invloed uit op de inrichting van distributiekanaalen binnen de EU. Deze maatregelen maken het niet gemakkelijker voor leveranciers om een omnichannel strategie te bepalen, in een toch al vrij complexe markt.

Er is sprake van een spanningsveld tussen enerzijds concurrentiebevordering, het vrijlaten van wederverkooprijzen en het vrijgeven van internetverkoop, dit alles met een prijsdrukkend effect en anderzijds de bescherming van merk(beleving), service en kwaliteit. Dit heeft geleid tot de freerider problematiek en als reactie hierop het gebruik van het selectief distributiestelsel als wondermiddel. Dit terwijl een selectief distributiestelsel niet altijd een oplossing biedt en daarnaast ook gebruikt wordt voor merken en producten waarvan het de vraag is of dit gebruik gerechtvaardigd is.

Alhoewel er veel voor te zeggen is dat leveranciers zelf (ook) vrij moeten zijn in het exploiteren van een internetkanaal, óók als zij fysieke exclusiviteit hebben gegeven rondom de vestigingen van hun distributeurs of franchisenemers, kan men hierover van mening verschillen. En in hoeverre ziet de vrijheid van wederverkopers om te verkopen via internet ook op internetplatforms van derden? Ook hier is er sprake van een strijdigheid tussen de verschillende belangen die leveranciers en wederverkopers kunnen hebben. Er zal een balans moeten worden gevonden tussen al deze belangen. Hierbij is het niet onbelangrijk hoe nieuwe (mega)platforms zoals Uber, Booking.com en Airbnb juridisch en mededingingsrechtelijk gezien gekwalificeerd moeten worden.

Gezien de stormachtige opkomst van nieuwe bedrijfsmodellen, mogelijk gemaakt door technologie en internet, zijn er nog veel ontwikkelingen te verwachten. Het verdient aanbeveling dat de Commissie in de volgende groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten aandacht gaat besteden aan de hierboven gesignaleerde knelpunten. Een uitspraak in de zaak *Coty / Akzente* door het Europese Hof van Justitie zou hier ook aan bij kunnen dragen.

Als gevolg van de (kennelijke) behoefte van de consument aan producten en diensten voor steeds lagere prijzen zal de kwaliteit van het gebodene steeds lager worden en zal er steeds minder service verleend worden. Lage prijzen staan in een schril contrast met de eveneens aanwezige behoefte aan duurzaamheid, fair trade en levendige winkelcentra in stads- en dorpskernen. Voor steeds lagere prijzen betaalt de consument op termijn een hoge prijs!

59. http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_en.pdf.