

minatie worden toegepast, en de vastgestelde criteria niet verder gaan dan noodzakelijk is.

2) Artikel 101, 1. VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een contractueel beding als in het hoofdgeding, dat de erkende wederverkopers van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten dat primair tot doel heeft, het luxe-imago van die producten in stand te houden, verbiedt om naar buiten toe kenbaar van platforms van derden voor de verkoop op Internet van de contractproducten gebruik te maken, wanneer dat beding – het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om dit te verifiëren – ertoe strekt het luxe-imago van bedoelde producten in stand te houden, uniform wordt vastgesteld en zonder discriminatie wordt toegepast alsook evenredig is gelet op het nagestreefde doel.

3) Artikel 4 van verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, 3. van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, moet aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden als in het hoofdgeding het aan de leden van een stelsel van selectieve distributie voor luxeproducten, die als wederverkoper op die markt actief zijn, opgelegde verbod om voor de verkopen op Internet naar buiten toe kenbaar derde ondernemingen in te schakelen, geen beperking van de klantenkring in de zin van artikel 4, onder b), of een beperking van de passieve verkoop aan de eindgebruiker in de zin van artikel 4, onder c) van genoemde verordening vormt.

Noot

Verkopen via Amazon en eBay onder druk: platformverbod niet beperkt tot luxeproducten in selectieve distributienetwerken?

Marieke Van Nieuwenborgh¹

Uit het door de Europese Commissie gevoerde sectoronderzoek naar elektronische handel blijkt dat steeds meer mensen goederen en diensten online kopen². Producenten en leveranciers hebben er dan ook belang bij een zekere mate van controle te kunnen uitoefenen over hun online imago en de manier waarop distributeurs hun producten verdelen via het Internet. Net als voor fysieke winkels kunnen zij bepaalde kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een website³. In het bijzonder binnen een selectief distributienetwerk kan een leverancier beperkingen opleggen aan online verkopen zolang deze equivalent zijn aan de criteria die worden gebruikt voor verkopen in fysieke winkels⁴. De Europese Commissie gaf reeds eerder aan dat leveranciers beperkingen moeten kunnen opleggen op het gebruik door hun distributeurs van online platforms of marktplaatsen, zoals Amazon, eBay en bol.com⁵.

De Duitse Mededingingsautoriteit was echter van oordeel dat een absoluut verbod op het gebruik van deze platforms een aanzienlijke beperking vormt voor distributeurs om online te verkopen. Zij kwalificeerde dit verbod dan ook als een bepaling met een mededingingsbeperkende strekking, dit wil zeggen dat zij verboden is ongeacht de concrete gevolgen op de markt⁶. De autoriteit opende meerdere onderzoeken tegen leveranciers die hun erkende distributeurs verboden om via online marktplaatsen te verkopen⁷. Niet alle Duitse rechtbanken deelden echter het standpunt van de mededingingsautoriteit⁸. Er bestond dan ook geruime tijd onzekerheid omtrent de toelaatbaarheid van dergelijk verbod in Duitsland.

In het geannoteerde arrest gaf het Hof van Justitie hierover (deels) uitsluitel⁹. Het Hof oordeelde naar aanleiding van een prejudiciële vraag van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main dat een leverancier zijn erkende distributeurs kan verbieden gebruik te maken van online platforms (op een

¹ Advocaat aan de balie te Brussel (Crowell & Moring).

² Eindverslag van de Europese Commissie van 10 mei 2017 over sectoronderzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final, para. 3.

³ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, *Pb. C.* 19 mei 2010, afl. 130, 1, para. 54 (hierna: verticale richtsnoeren).

⁴ Verticale richtsnoeren, para. 56.

⁵ Verticale richtsnoeren, para. 54.

⁶ Bundeskartellamt (DE) 26 augustus 2015, B2-98/11, *Asics*, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.html. Zie ook Paris (FR) 2 februari 2016, 15/01542, *Caudalie*, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/RFBF502597A82ADD25623.

⁷ Bundeskartellamt (DE) 26 augustus 2015, B2-98/11, *Asics*; Bundeskartellamt (DE) 27 juni 2014, B3-137/12, *Adidas*, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.html.

⁸ Zie bv. Oberlandesgericht Frankfurt am Main (DE) 22 december 2015, U 84/14, *Deuter*, ECLI:DE:OLGHE:2015:1222.11U84.14KART.0A.; Kammergericht Berlin (DE) 19 september 2013, U 8/09 Kart., *Scout*.

⁹ Zie voor een bespreking van het arrest: J. PROBST, "Actualité: Cour de justice de l'Union européenne, 6/12/2017", *RDC-TBH* 2018, 112-113; P.A. GIOSA, "Luxury Goods and Third-Party Online Platforms: The ECJ's Judgment in the *Coty* Case", *CoRe* 2018, 49-52.

naar buiten toe zichtbare manier)¹⁰, althans voor zover het gaat om luxeproducten in een selectief distributienetwerk¹¹.

UITBREIDING VAN HET ARREST NAAR NIET-LUXEPRODUCTEN EN/OF BUITEN SELECTIEVE DISTRIBUTIENETWERKEN

Het is niet meteen duidelijk of het prejudiciële arrest ook kan worden toegepast buiten de specifieke omstandigheden van de zaak waarin Coty luxecosmetica verkocht op basis van een selectief distributienetwerk. De vraag rijst dan ook of leveranciers van andere dan luxeproducten hun distributeurs kunnen verbieden om gebruik te maken van online platforms en of dit verbod enkel kan worden opgelegd in de context van een selectief distributienetwerk. Dit zou niet alleen de impact van het arrest aanzienlijk vergroten, het vermijdt ook een netelige discussie over welke producten moeten worden bestempeld als luxeproducten.

a. Platformverbod voor niet-luxeproducten

Om te beginnen wordt hieronder nagegaan of een leverancier zijn distributeurs kan verbieden online platforms (op een naar buiten toe zichtbare manier) te gebruiken bij de verdeling van niet-luxeproducten. In het bijzonder voor merkproducten en producten waarvan de kwaliteit een belangrijke eigenschap is, zou een platformverbod eveneens toelaatbaar kunnen zijn. In het arrest beperkt het Hof van Justitie zich weliswaar tot een uitspraak over platformverboden in de context van de distributie van luxeproducten, zijn argumentatie is evenzeer van toepassing op merk- en andere kwaliteitsproducten.

Ten eerste, zoals advocaat-generaal WAHL terecht opmerkt in zijn conclusie, is het doel van een platformverbod niet mededingingsbeperkend, maar beoogt het verbod de naleving van de kwaliteitsnormen te verzekeren en de controle hierop door de leverancier mogelijk te maken¹². Het Hof van Justitie stelde vast dat de leverancier het platform niet kan dwingen om de presentatie van zijn producten op een bepaalde manier te organiseren bij gebrek aan een contractuele relatie tussen beiden¹³. Het risico bestaat dat wanneer

de presentatie van de producten niet optimaal is het imago van die producten verslechtert¹⁴. Dit geldt zowel voor luxeproducten als voor andere producten waarvoor het merk-imago en de kwaliteit belangrijk zijn.

Economisch gezien houdt een platformverbod dat leidt tot minder verkopen en dus minder winst, geen steek¹⁵. Een leverancier zal dit verbod enkel introduceren, wanneer hij meent op die manier meer te kunnen verkopen of zijn prijzen te kunnen verhogen¹⁶. Coty, net als andere leveranciers, wenst het imago van haar producten te beschermen door een platformverbod, omdat consumenten bereid zijn meer te betalen voor producten van een merk, wanneer dit geassocieerd wordt met een bepaalde kwaliteit. Deze economische theorie is evenzeer van toepassing op luxeproducten als op andere producten waarvan het imago belangrijk is¹⁷.

Ten tweede, oordeelde het Hof van Justitie in *Coty* dat het verbod op online verkopen via (voor de consument zichtbare) platforms geen *hardcore*-beperking is in de zin van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten¹⁸. Het Hof meende dat het verbod weliswaar een vorm van online verkoop verbiedt, maar niet kan worden gezien als een beperking van de klanten aan wie de (erkende) distributeurs mogen verkopen in de zin van artikel 4, b), noch een beperking van de passieve verkoop aan eindgebruikers in de zin van artikel 4, c) van de groepsvrijstelling¹⁹.

Distributieovereenkomsten vallen onder de groepsvrijstelling en zijn derhalve vrijgesteld van de toepassing van de mededingingsregels, zolang de marktaandelen van de partijen minder dan 30% bedragen, zij geen concurrenten zijn en de overeenkomst geen *hardcore*-beperkingen in de zin van artikel 4 van de groepsvrijstelling bevat. De groepsvrijstelling is niet beperkt tot luxeproducten. Aangezien een platformverbod volgens het Hof geen *hardcore*-beperking

¹⁰. Dit wil zeggen dat de producten verkocht worden op platforms waarvan de naam en het logo zichtbaar is voor (potentiële) klanten, zoals het geval is bij Amazon, eBay en bol.com, en het dus duidelijk niet gaat om de eigen website van de distributeur.

¹¹. *In casu* had Coty haar erkende distributeurs verboden nog langer op een naar buiten toe kenbare manier gebruik te maken van platforms voor online-verkopen. Één van haar distributeurs, Parfumerie Akzente, verkocht haar producten onder meer via Amazon en weigerde met dit verbod in te stemmen.

¹². Concl. Adv.-Gen. WAHL van 26 juli 2017, *Coty*, C-230/16, -230/16, ECLI:EU:C:2017:603, para. 101. Zie ook para. 92.

¹³. Arrest van 6 december 2017, *Coty*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, para. 47-48 (hierna: *Coty*). Het Hof spreekt zich niet uit over de mogelijkheid om distributeurs contractueel te verplichten enkel gebruik te maken van platforms die voldoen aan de kwaliteitsvereisten opgelegd door de leverancier.

¹⁴. *Coty*, para. 49.

¹⁵. A. CHOWDHURY, "No free rides? Platform bans in light of the *Coty* case", *Oxera Agenda* december 2017, 2.

¹⁶. R. WINTER, "Pierre Fabre, *Coty* and Restrictions on Internet Sales: An Economist's Perspective", *JECL&Pract* 2018, 184.

¹⁷. R. WINTER, "Pierre Fabre, *Coty* and Restrictions on Internet Sales: An Economist's Perspective", *JECL&Pract* 2018, 187. Zie ook E. MARCHISIO, "Internet sales of luxury (and maybe also other) products within selective distribution systems after *Coty*", *ECLR* 2018, 353.

¹⁸. Verordening nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, 3. van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (*Pb.* L. 23 april 2010, afl. 102, 1).

¹⁹. *Coty*, para. 68.

is, is een distributieovereenkomst met een platformverbod die aan de overige voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoet, verenigbaar met de mededingingsregels²⁰. Deze conclusie geldt zowel voor distributieovereenkomsten die betrekking hebben op luxeproducten als voor overeenkomsten tot distributie van andere producten, te meer daar het Hof zich niet baseert op de aard van de producten, maar op het feit dat klanten van online platforms geen identificeerbare groep vormen²¹.

Voor overeenkomsten met een platformverbod die buiten de groepsvrijstelling vallen, bijvoorbeeld, omdat de markt-aandeeldrempels overschreden zijn, dient geval per geval te worden nagegaan of deze overeenkomsten ertoe strekken of tot gevolg hebben de mededinging te beperken. Het kan worden geargumenteed dat een platformverbod geen mededingingsbeperkende strekking heeft, aangezien zoals hoger reeds werd opgemerkt zij niet tot doel heeft de klanten te beperken aan wie de distributeurs mogen verkopen. Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat het geen *hardcore*-beperking vormt²². Ook staat niet noodzakelijk vast dat dergelijk verbod mededingingsbeperkende gevolgen heeft. Dit zal afhangen van het belang van platforms als verkoopkanaal in de betrokken jurisdictie en de sterkte van het merk. Het kan dus zijn dat dezelfde clauseule in één jurisdictie geldig is en in de andere niet. Zelfs indien het verbod mededingingsbeperkende gevolgen heeft, zou dit kunnen worden gerechtvaardigd (op grond van artikel 101, 3 VWEU) op basis van de noodzaak het imago en de kwaliteit van de producten in kwestie te beschermen.

Ten derde, baseerde het Hof zijn oordeel op het feit dat een verbod op het gebruik van online platforms geen absoluut verbod is op online verkopen. In tegenstelling tot het arrest *Pierre Fabre* waar het Hof hield dat een absoluut verbod op online verkopen de mededinging beperkt en dus verboden is²³, konden de distributeurs van Coty wel nog verkopen via hun eigen website en via online platforms, die niet zichtbaar zijn voor de consument²⁴. Bovendien mochten zij wel reclame maken via Internet op platforms van derden en door het gebruik van onlinezoekmachines²⁵.

Uit het sectoronderzoek van de Europese Commissie blijkt dat de eigen websites van distributeurs (voorlopig) nog

steeds het belangrijkste online verkoopkanaal vormen in de EU²⁶. Er bestaan weliswaar sterke verschillen tussen de lidstaten, met name in Duitsland gebruikt 62% van de detailhandelaren platforms, terwijl dit in België slechts 4% is²⁷. De vraag rijst dan ook of nationale rechters, zoals de verwijzende rechter in *Coty*, rekening kunnen houden met de concrete situatie in hun land²⁸. In elk geval wordt ook hier geen onderscheid gemaakt naar gelang de aard van het product. De Europese Commissie heeft recent bevestigd dat volgens haar de reikwijdte van het arrest luxeproducten overstijgt²⁹.

Daarnaast is er nog een praktische overweging. Gelet op het feit dat het Hof niet heeft uitgelegd wat moet worden verstaan onder luxeproducten, zullen de nationale rechters zelf een onderscheid moeten maken tussen deze en andere producten die weliswaar voor een bepaald imago en kwaliteit staan³⁰. Wanneer we aanvaarden dat een platformverbod is toegestaan voor luxeproducten maar niet voor andere producten, zou dergelijk arbitrair onderscheid de rechtszekerheid en uniformiteit binnen de interne markt kunnen schaden.

b. Platformverbod in niet-selectieve distributie

Nu is komen vast te staan dat er goede argumenten zijn om de conclusies van het arrest door te trekken naar niet-luxeproducten, moet nog worden nagegaan of een platformverbod buiten het kader van een selectief distributienetwerk in overeenstemming kan zijn met de mededingingsregels. Kenmerkend bij selectieve distributie is dat de leverancier zijn distributeurs selecteert op basis van (kwantitatieve of) kwalitatieve criteria en dat hij verkopen aan niet-geselecteerde of niet-erkende distributeurs kan verbieden. In niet-selectieve distributiesystemen zijn distributeurs in principe vrij te verkopen aan andere distributeurs. Een platformverbod in zo'n distributienetwerk zal dan ook minder vaak voorkomen en commercieel minder belangrijk zijn.

Op het eerste gezicht is de redenering die hierboven werd uiteengezet, ook buiten selectieve distributie relevant. Vooreerst is van belang dat het Hof oordeelde dat een platformverbod geen *hardcore*-beperking is in de zin van artikel 4

20. F. WIJCKMANS, "Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH v Parfümerie Akzente GmbH: Possibility in Selective Distribution System to Ban Sales via Third-Party Platforms", *JECL&Pract* 2018, 375.

21. *Coty*, para. 66.

22. Zie echter Concl. Adv.-Gen. WAHL van 26 juli 2017, *Coty*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:603, paras. 133-136 waarin gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking onderscheiden worden van *hardcore*-beperkingen.

23. Arrest van 13 oktober 2011, *Pierre Fabre*, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, para. 47.

24. *Coty*, para. 53.

25. *Coty*, paras. 67.

26. *Coty*, para. 54.

27. Eindverslag van de Europese Commissie van 10 mei 2017 over sectoronderzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final, para. 39. Duitsland is eveneens de lidstaat met de meeste beperkingen op het gebruik van platforms (32%) (para. 40).

28. Daarnaast is duidelijk dat platforms steeds meer aan populariteit winnen zodat niet kan worden uitgesloten dat in de toekomst beperkingen op het gebruik hiervan problematisch worden.

29. Competition policy brief van de Europese Commissie van april 2018, "EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgment?", 4.

30. P.A. GIOSA, "Luxury Goods and Third-Party Online Platforms: The ECJ's Judgment in the *Coty* Case", *CoRe* 2018, 51-52.

van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten. Zolang de overeenkomst waarin het platformverbod werd opgenomen voldoet aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling, is zij verenigbaar met de mededingingsregels, ongeacht het distributienetwerk waarin deze clausule werd opgenomen.

Verder kunnen leveranciers in selectieve distributienetwerken volgens de verticale richtsnoeren van de Europese Commissie beperkingen opleggen aan online verkopen die equivalent zijn aan de criteria die worden gebruikt in fysieke winkels³¹. Een verbod op het gebruik van online platforms op een manier die voor klanten zichtbaar is, kan gezien worden als zo'n beperking, equivalent aan de vereiste om de producten op een bepaalde manier te presenteren in de etalage van een fysieke winkel. Maar ook in niet-selectieve distributienetwerken aanvaardt de Europese Commissie dat de leverancier kwaliteitsnormen kan opleggen voor online verko-

pen, zoals hij dat ook kan voor de fysieke winkels³².

Tot slot, baseert het Hof zich in het *Coty* arrest op het feit dat een leverancier het platform niet kan dwingen om de presentatie van zijn producten op een bepaalde manier te organiseren bij gebrek aan een contractuele band tussen de leverancier en het platform. Dit geldt zowel binnen als buiten selectieve distributienetwerken. Echter wanneer een leverancier het niet noodzakelijk acht om het imago en/of de kwaliteit van zijn producten te beschermen door middel van een selectief distributienetwerk, kan men zich de vraag stellen waarom een platformverbod dan wel noodzakelijk zou zijn. Bovendien zijn distributeurs in niet-selectieve distributienetwerken vrij om de producten door te verkopen aan anderen die niet gebonden zijn door de kwaliteitsvereisten van de leverancier. Het valt dan ook moeilijk in te zien op welke manier een platformverbod een nuttige bijdrage kan leveren aan het imago van deze producten.

ONENIGHEID BINNEN EUROPA: NIET IEDEREEN OP DEZELFDE LIJN

Hoger werd reeds aangehaald dat in twee zaken die betrekking hadden op de bekende sportmerken Adidas en Asics, de Duitse Mededingingsautoriteit te kennen had gegeven dat zij een verbod op het gebruik van platforms in selectieve distributieovereenkomsten niet aanvaardbaar acht³³. Nadat zij een onderzoek had geopend, besloot Adidas vrijwillig haar verbod op verkopen via online platforms op te zeggen³⁴. Asics daarentegen werd veroordeeld door de autoriteit en ging in beroep³⁵.

Volgens Andreas MUNDT, voorzitter van de Duitse Mededingingsautoriteit, heeft het Hof van Justitie zich in het *Coty*-arrest enkel uitgesproken over het verbod op het gebruik van online platforms door erkende distributeurs van luxeproducten. De draagwijdte van het arrest is volgens hem ook beperkt tot luxeproducten waardoor de impact op de beschikkingspraktijk van de autoriteit beperkt blijft³⁶. MUNDT lijkt aldus van oordeel te zijn dat de producten van Asics en Adidas niet beschouwd kunnen worden als luxeproducten³⁷.

De rechtbank van Amsterdam daarentegen oordeelde, op basis van de conclusie van advocaat-generaal WAHL in *Coty*, dat Nike zijn erkende distributeur kon opzeggen nu deze laatste producten verkocht via niet-geautoriseerde webshops³⁸. De rechtbank kwam tot deze conclusie, omdat zij van oordeel was dat de schoenen van Nike luxeproducten zijn. Ongeacht of men van oordeel is dat sportschoenen gekwalificeerd moeten worden als luxeproducten, lijkt het niet meer dan logisch dat de schoenen van Nike, Asics en Adidas tot dezelfde categorie behoren.

Het hof van beroep van Parijs oordeelde in navolging van het Hof van Justitie dat *Coty* een platform in Frankrijk kon verbieden haar luxeparfums te verkopen, aangezien dit platform geen deel uitmaakte van haar selectief distributienetwerk³⁹. Andere autoriteiten en rechtbanken hebben reeds aangegeven een ruimere toepassing te geven aan het arrest. De Nederlandse Mededingingsautoriteit sprak zich eerder reeds uit over een verbod om via online platforms te verkopen en meende dat het geen *hardcore*-beperking was⁴⁰. Ook de

³¹. Verticale richtsnoeren, para. 56.

³². F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER (eds.), *Distributieovereenkomsten EU – België – Nederland*, Gent, Larcier, 2018, 457. Zie ook verticale richtsnoeren, para. 54.

³³. Zie ook S. WARTINGER en L. SOLEK, "Restrictions of Third-Party Platforms within Selective Distribution Systems", *World Competition* 2016, 291-305.

³⁴. Bundeskartellamt (DE) 27 juni 2014, B3-137/12, *Adidas*.

³⁵. Bundeskartellamt (DE) 26 augustus 2015, B2-98/11, *Asics*. Het Bundesgerichtshof bevestigde de uitspraak van de Duitse Mededingingsautoriteit, maar niet op basis van het platformverbod (*infra*).

³⁶. Zie www.reuters.com/article/us-luxury-ecommerce-eu-coty/luxury-brands-lifted-by-eu-court-backing-for-online-sales-ban-idUSKBN1E00VZ.

³⁷. Volgens de website van *Coty* Germany staat zij eveneens in voor de verdeling van o.a. parfums en verzorgingsproducten van Adidas.

³⁸. Rb. Amsterdam (NL) 4 oktober 2017, nr. C/13/615474/HA ZA16-959, *Nike*, ECLI:NL:RBAMS:2017:7282.

³⁹. Paris (FR) 28 februari 2018, nr. 16/02263, *Coty*, www.groupe.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/CAp/5-4/28fevr2018/Coty.pdf. Zie voor de eerdere rechtspraak van het hof van beroep te Parijs over dit onderwerp: Paris (FR) 2 februari 2016, nr. 15/01542, *Caudalie* waarin het hof van beroep oordeelde dat een platformverbod een *hardcore*-beperking is.

⁴⁰. Speech van Chris FONTEIJN van 5 oktober 2017 op jaarcongres "Ontwikkelingen Mededingingsrecht 2017", www.acm.nl/nl/publicaties/speech-c-fonteijn-op-jaarcongres-ontwikkelingen-mededingingsrecht-2017.

Europese Commissie heeft recent bevestigd dat de reikwijdte van het arrest niet beperkt is tot luxeproducten⁴¹. Zelfs in Duitsland oordeelde het Oberlandesgericht Hamburg onlangs dat ook een leverancier van kwaliteits- maar geen luxeproducten een platformverbod kan opleggen aan zijn distributeurs⁴².

Deze verschillende interpretaties zijn problematisch gelet op de noodzaak een uniform beleid te hebben voor online verkopen in Europa. Niet alleen is meer duidelijkheid wenselijk omtrent de toelaatbaarheid van een platformverbod voor niet-luxeproducten. Indien de interpretatie van de Duitse

Mededingingsautoriteit gevolgd wordt, dient nog te worden uitgemaakt welke producten onder de definitie van luxeproducten vallen (en waarvoor een platformverbod aldus toelaatbaar is). Zoals blijkt uit de uitspraak van de rechtbank van Amsterdam, kan deze kwalificatie verschillen van lidstaat tot lidstaat⁴³. Het is wachten op verduidelijking van het Hof van Justitie op dit punt, maar zoals hoger reeds werd opgemerkt, lijkt een platformverbod ook voor niet-luxeproducten verdedigbaar – en bovendien wenselijk vanuit praktisch oogpunt.

PLATFORMS VS. PRIJSVERGELIJKINGSWEBSITES: ZELFDE ANALYSE OF NIET?

Enkele dagen na het arrest in *Coty*, oordeelde het Bundesgerichtshof, het hoogste gerechtshof in Duitsland, dat de beperkingen op onlineverkopen die Asics had opgelegd aan zijn distributeurs, de mededingingsregels schonden, in het bijzonder het door Asics ingevoerde verbod op het gebruik van prijsvergelijkingsites⁴⁴. Dergelijk verbod zou volgens het Bundesgerichtshof een ontoelaatbare *hardcore*-beperking vormen van onlineverkopen in de zin van artikel 4, c) van de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.

Prijsvergelijkingswebsites laten consumenten toe verschillende distributeurs van een bepaald product terug te vinden en zorgen voor verhoogde zichtbaarheid van deze distributeurs. Gelet op deze vaststelling diende het Duitse Hof zich niet uit te spreken over de toelaatbaarheid van het platformverbod van Asics. Volgens de Duitse Mededingingsautoriteit onderscheidde het Duitse Hof deze zaak van de *Coty*-zaak, omdat Asics geen luxeproducten, maar sportschoenen verkoopt⁴⁵.

Ook de Europese Commissie staat sceptisch tegenover een verbod op het gebruik van prijsvergelijkingswebsites. In het kader van haar sectoronderzoek onderzocht zij de verenigbaarheid van dergelijk verbod met de mededingingsregels⁴⁶. Anders dan online platforms, vormen de prijsvergelijkings-

websites geen apart online verkoopkanaal maar een manier om meer klanten naar de eigen websites van de distributeurs te krijgen⁴⁷. Het gebruik van prijsvergelijkingswebsites heeft dan ook geen negatief effect op het imago van het product, omdat consumenten deze websites niet identificeren met de producten die erop getoond worden. Een verbod op het gebruik van deze websites maakt het moeilijker voor de distributeurs om gevonden te worden op het Internet en dus om online te verkopen. Een absoluut verbod op prijsvergelijkingswebsites zou volgens de Commissie dan ook een *hardcore*-beperking kunnen vormen onder de groepsvrijstelling⁴⁸.

In het *Coty*-arrest benadrukte het Hof van Justitie dat ondanks het platformverbod het erkende distributeurs wel was toegestaan om reclame te maken via online platforms en met behulp van onlinezoekmachines, en zo klanten naar hun eigen website te lokken⁴⁹. Dit komt enigszins tegemoet aan de bezorgdheid van de Duitse Mededingingsautoriteit dat de eigen websites van de distributeurs moeilijker te vinden zijn dan platforms zoals Amazon en eBay. Met een platformverbod dat gerechtvaardigd is, omdat het de leverancier toelaat het imago van zijn producten te beschermen, zal de leverancier er zorg voor moeten dragen dat hij de online verkopen van zijn distributeurs niet (verder) beperkt en hen toelaat hun online aanwezigheid op andere manieren op te krikken.

⁴¹ Competition policy brief van de Europese Commissie van april 2018, “EU competition rules and marketplace bans: Where do we stand after the *Coty* judgment?”, 4.

⁴² Oberlandesgericht Hamburg (DE) 22 maart 2018, 3 U 250/16. In casu ging het om een leverancier van voedsel supplementen, cosmetica en andere toelartikelen.

⁴³ P.A. GIOSA, “Luxury Goods and Third-Party Online Platforms: The ECJ’s Judgment in the *Coty* Case”, *CoRe* 2018, 51-52. De rechtbank van Amsterdam kwalificeert de sportschoenen van Nike als luxeproducten, terwijl de uitspraken van de voorzitter van de Duitse Mededingingsautoriteit doen uitschijnen dat hij de sportschoenen van Asics en Adidas niet als luxeproducten beschouwt.

⁴⁴ Bundesgerichtshof (DE) 12 december 2017, KVZ 41/17, *Asics*, ECLI:DE:BGH:2017:121217BKVZ41.17.0. Zie ook Oberlandesgericht Frankfurt am Main (DE) 22 december 2015, U 84/14, *Deuter*, ECLI:DE:OLGHE:2015:1222.11U84.14KART.0A.

⁴⁵ Persbericht van Bundeskartellamt van 25 januari 2018, “Asics dealers allowed to use price comparison engines – Federal Court of Justice confirms”, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/25_01_2018_Entscheidung_Asics.html.

⁴⁶ Commission staff working document accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD 2017/154 final, para 542 (hierna: Commission staff working document).

⁴⁷ Commission staff working document, para 545.

⁴⁸ Commission staff working document, para 552. Ondertussen heeft de Europese Commissie een voorstel gelanceerd voor een verordening die transparantie verplichtingen oplegt aan online platforms en zoekmachines en de gebruikers een aantal verhaalmogelijkheden aanbiedt. Zie *Proposal of the European Commission for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services* van 26 april 2018, COM(2018) 238.

⁴⁹ *Coty*, para. 67.

CONCLUSIE

In het geannoteerde arrest verduidelijkt het Hof van Justitie dat de mededingingsregels niet in de weg staan aan een verbod op het gebruik van online platforms in een selectief distributiestelsel voor luxeproducten. Er bestaan goede argumenten om de conclusies van dit arrest door te trekken naar andere (merk)producten en mogelijk kan dergelijke clause ook gerechtvaardigd zijn in niet-selectieve distributiestelsels. In het bijzonder voor ondernemingen die op basis van hun marktaandeel van het voordeel van de groepsvrijstelling genieten, zou het gebruik van dergelijk verbod voortaan toegestaan zijn.

Dat Amazon en eBay met deze uitkomst niet gelukkig zijn, spreekt voor zich, maar dit zal hun groei niet tegenhouden. De grootste verliezers in dit verhaal zijn kleinere distributeurs wiens eigen websites niet voldoende visibiliteit hebben. Deze distributeurs hebben platforms nodig, opdat klanten hen online kunnen terugvinden⁵⁰. In de praktijk kan deze rechtspraak ertoe leiden dat leveranciers weinig terughoudendheid aan de dag leggen om hen te verbieden (nog langer) gebruik te maken van deze platforms en zij zullen een andere manier moeten vinden om hun producten online aan de man te brengen. Reclame via prijsvergelijkingswebsites (en online platforms) kan hierbij een belangrijke rol spelen.

⁵⁰. Zie ook Bundeskartellamt (DE) 26 augustus 2015, B2-98/11, *Asics*; eindverslag van de Europese Commissie van 10 mei 2017 over sectoronderzoek naar e-commerce, COM(2017) 229 final, paras. 39 en 41.