

Het verbod op geoblocking en geodiscriminatie

Het voorstel voor een verordening betreffende de aanpak van geoblocking en andere vormen van geodiscriminatie nader bezien

Mr. drs. D.P. Kuipers en mr. M.A.M.L. van de Sanden*

Op 25 mei 2016 heeft de Europese Commissie als onderdeel van haar *Digital Single Market*-strategie een voorstel gepubliceerd voor een verordening waarin geoblocking en andere vormen van geodiscriminatie (dat wil zeggen discriminatie op grond van nationaliteit, woon- of vestigingsplaats) worden verboden. De conceptverordening kent een ruim toepassingsbereik. Het voorstel beoogt met het verbod op geoblocking zowel discriminatie ten aanzien van de leveringsbereidheid en verkoopprijzen als discriminatie in de wijze van verkoop of betalingsmethoden bij online verkoop uit te bannen. Naast een bespreking van dit toepassingsgebied wordt aandacht besteed aan de wisselwerking met het mededingingsrecht, waaronder de *e-commerce sector inquiry* die de Europese Commissie (DG Concurrentie) momenteel ook uitvoert en ten slotte de gevolgen van de conceptverordening voor de praktijk.

Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpak van geoblocking en andere vormen van discriminatie op basis van nationaliteit, woonplaats of plaats van vestiging binnen de eengemaakte markt en wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, COM(2016) 289

Aanleiding conceptverordening Geoblocking

Consumenten en ondernemingen hebben een toenemende belangstelling voor grensoverschrijdend winkelen in Europa en online verkoop groeit met 22 procent per jaar. Toch verricht momenteel slechts 15 procent

van de consumenten grensoverschrijdende aankopen en slechts 8 procent van de handelaren verkoopt in andere lidstaten.¹ Tijdens een onderzoek van de Europese Commissie kon slechts 37 procent van de grensoverschrijdende aankopen succesvol worden afgerond.² Gebleken is dat handelaren in veel gevallen grensoverschrijdende aankopen verhinderen of andere prijzen hanteren voor klanten op basis van de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats. Zo ondervindt 90 procent van de ondervraagde consumenten hinder van geoblocking of andere geografische beperkingen bij aankopen in een ander EU-land.³ Handelaren maken daarbij gebruik van bijvoorbeeld het IP-adres van de klant, het leveringsadres, de gekozen taal of de lidstaat waar het betaalinstrument van de klant is uitgegeven.⁴ De afgelopen jaren heeft de Commissie meer dan 1500 klachten ontvangen over geoblocking of andere vormen van geodiscriminatie.⁵ Het daadwerkelijke aantal klachten ligt waarschijnlijk veel hoger.

Uit deze cijfers blijkt dat het non-discriminatiebeginsel van artikel 20 lid 2 van de Dienstenrichtlijn⁶ discriminatie niet voldoende heeft kunnen voorkomen. Artikel 20 van de Dienstenrichtlijn verbiedt discriminatie van afnemers van diensten op grond van hun nationaliteit of verblijfplaats en verplicht lidstaten erop toe te zien dat

243

1. Europese Commissie, Factsheet *Boosting E-Commerce in the EU*, 25 mei 2016.
2. Europese Commissie, *Mystery shopping survey on territorial restrictions and geo-blocking in the European Digital Single Market*, mei 2016, p. 28.
3. Europese Commissie, Samenvatting van de antwoorden op de openbare raadpleging van de Europese Commissie van 2015 over *Geoblocking en andere geografische beperkingen bij het winkelen en bij de toegang tot informatie in de EU*, 18 maart 2016.
4. Zie overweging (5) in de preambule bij de conceptverordening.
5. In de periode 2008-2015. Zie Europese Commissie, Factsheet *Boosting E-Commerce in the EU*, 25 mei 2016.
6. Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt (Dienstenrichtlijn).

* Mr. drs. D.P. (Pauline) Kuipers en M.A.M.L. (Mariska) van de Sanden zijn beiden werkzaam als advocaat bij Bird & Bird LLP te Den Haag.

de algemene voorwaarden voor de toegang tot een dienst, die door de handelaar toegankelijk voor het publiek worden gemaakt, geen discriminerende bepalingen bevatten in verband met de nationaliteit of verblijfplaats van de klant. Het is evenwel mogelijk om verschillende toegangsvoorwaarden te hanteren als die verschillen door objectieve criteria worden gerechtvaardigd.⁷ Die uitzondering bleek in de praktijk onwerkbaar, omdat de reikwijdte erg ruim is. Het omvat bijvoorbeeld marktvoorwaarden, belemmeringen van regelgevende aard of risico's ten gevolge van wetgeving die in andere lidstaten van toepassing is. Als gevolg daarvan is het discriminatieverbod in de praktijk moeilijk te handhaven voor de nationale autoriteiten.⁸ In 2012 werden Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 20 lid 2 van de Dienstenrichtlijn vastgesteld die meer duidelijkheid moesten bieden over de toepassing van die objectieve criteria.⁹ De onduidelijkheid bleef echter bestaan en de rechtsonzekerheid is er niet door verminderd.

Op 25 mei 2016 heeft de Commissie binnen het kader van haar *Digital Single Market*-strategie¹⁰ een voorstel gepubliceerd voor een verordening waarin geoblocking en andere vormen van geodiscriminatie (dat wil zeggen discriminatie op grond van nationaliteit, woon- of vestigingsplaats) worden verboden (hierna: de conceptverordening).¹¹ De conceptverordening tracht het probleem te ondervangen door meer duidelijkheid en daarmee rechtszekerheid te bieden over de situaties waarin verschillen in behandeling op grond van nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant niet te rechtvaardigen zijn. Uit de effectbeoordeling kwam naar voren dat dit het beste kan worden bereikt door een combinatie van een geoblockingverbod¹² en een geodiscrimina-

tieverbod¹³ in een aantal specifieke situaties.¹⁴ Een uitzondering is alleen mogelijk als – kort gezegd – discriminatie is vereist op basis van een (unierechtelijke of nationale) wettelijke verplichting. De verwachting is dat de conceptverordening hierdoor beter te handhaven is. Daarbij is ook van belang dat is gekozen voor het wetgevingsinstrument ‘verordening’ in plaats van een richtlijn. Een verordening is immers rechtstreeks toepasselijk in alle lidstaten en verzekert een uniforme toepassing van de regels. Bovendien ziet artikel 20 Dienstenrichtlijn enkel op handelaren gevestigd binnen de Europese Unie (EU), waardoor verkoop door buiten de EU gevestigde handelaren niet kon worden aangepakt. De conceptverordening is daarentegen van toepassing op zowel in de EU als buiten de EU gevestigde handelaren die producten/diensten aanbieden in de EU.¹⁵

De conceptverordening maakt onderdeel uit van het e-commerce pakket binnen het *Digital Single Market*-project.¹⁶ Tegelijkertijd met de conceptverordening zijn nog een drietal andere wetsvoorstellen aangekondigd.¹⁷ Die zien op (1) audiovisuele mediaregels,¹⁸ (2) grensoverschrijdende pakketbezorging¹⁹ en (3) consumentenbescherming.²⁰ Deze voorstellen volgden op een tweetal eerdere voorstellen die de Commissie in december 2015 aankondigde voor de levering van digitale inhoud en overeenkomsten voor de online verkoop en andere ver-

7. Art. 20 lid 2 Dienstenrichtlijn.

8. Zo is er tot op heden nog nooit een sanctie opgelegd voor de overtreding van art. 20 lid 2 Dienstenrichtlijn. Zie ook Europese Commissie, Factsheet *Boosting E-Commerce in the EU*, 25 mei 2016. In dit kader kan niet onvermeld worden gelaten dat alleen al de implementatie van de Dienstenrichtlijn een aanzienlijke uitdaging vormde voor de lidstaten en op korte termijn fikse inspanningen vergde. Om de lidstaten ondersteuning te bieden bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn werd zelfs een Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn (2007) door de Commissie opgesteld. Art. 20 van de Dienstenrichtlijn behoeft in Nederland overigens geen implementatie, omdat het non-discriminatiebeginsel al was opgenomen in art. 1 van de Grondwet en ook voortvloeit uit art. 18 VWEU. Zie ook *Kamerstukken II 2007/08*, 31579, nr. 3.

9. Werkdocument van de diensten van de Commissie met het oog op de vaststelling van richtsnoeren voor de toepassing van artikel 20, lid 2, van Richtlijn 2006/123/EG over diensten in de interne markt, SWD(2012) 146. Zie ook de brochure *Buying services everywhere in the EU: a practical guide for consumers* van de Europese Commissie uit 2014.

10. Zie voor meer informatie: <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_en>.

11. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpak van geoblocking en andere vormen van discriminatie op basis van nationaliteit, woonplaats of plaats van vestiging binnen de eengemaakte markt en wijziging van verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, COM(2016) 289.

12. Het geoblockingverbod is het verbod tot het blokkeren of beperken van toegang tot websites en het zogenoemde automatische ‘re-routen’, waarbij gebruikers naar een nationale versie van een webpagina worden doorgestuurd op basis van de nationaliteit, woonplaats of vestiging van de klant.

13. Het geodiscriminatieverbod is het verbod tot ongelijke behandeling voor wat betreft de algemene (toegangs- en betalings)voorwaarden op grond van nationaliteit, woonplaats of plaats van vestiging.

14. Europese Commissie, effectbeoordeling (*impact assessment*), SWD(2016) 173, 25 mei 2016.

15. Art. 1 conceptverordening. Dit is ook het geval bij bijvoorbeeld de Consumentenrichtlijn (Richtlijn 2011/83/EU) en de Betaaldienstverleningsrichtlijn (Richtlijn (EU) 2015/2366).

16. Het voorstel moet dan ook in een brede context gezien worden, waarin ook maatregelen passen die andere aspecten van grensoverschrijdende e-commerce moeten stimuleren. Zie COM(2015) 550 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: upgrading the Single Market, more opportunities for people and business*, 28 oktober 2015. Hierin werden reeds wetgevende maatregelen aangekondigd om ongerechtvaardigde geoblocking aan te pakken en discriminatie op basis van nationaliteit, woonplaats of vestiging integraal te bestrijden.

17. Zie het persbericht van de Commissie van 25 mei 2016: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1887_en.htm>.

18. COM(2016) 287 Voorstel voor een richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten in het licht van een veranderende marktsituatie.

19. COM(2016)285 Voorstel voor een verordening betreffende grensoverschrijdende pakketbezorgdiensten; gericht op meer prijstransparantie en sterker regelgevingstoezicht op dat gebied.

20. COM(2016) 283 Voorstel voor een verordening betreffende samenwerking op het gebied van consumentenbescherming.

koop op afstand van goederen.²¹ In het najaar van 2016 wordt een voorstel verwacht voor vereenvoudiging en vermindering van de administratieve last van btw-registratie en -betaling voor ondernemers.²² Alle voorstellen zijn gericht op het ontsluiten van het groeipotentieel van de (digitale) interne markt.

In dit artikel wordt ingegaan op wat de conceptverordening precies behelst, de wisselwerking tussen de conceptverordening en het mededingingsrecht, waaronder de e-commerce sector inquiry²³ die de Commissie momenteel uitvoert en op de gevolgen van de conceptverordening voor de praktijk. Op de gevolgen voor eventuele btw-verplichtingen wordt in dit artikel niet ingegaan.²⁴

Inhoud van de voorgestelde verordening

Samengevat bevat de conceptverordening de volgende bepalingen. Allereerst mogen handelaren niet langer de toegang van klanten tot online interfaces blokkeren of beperken op grond van nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant (art. 3 lid 1). Ook mogen klanten niet langer omgeleid worden naar een andere website ('re-routen') op basis van de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant, tenzij de klant hiervoor toestemming heeft gegeven en het voor de klant eenvoudig blijft om terug te keren naar de oorspronkelijke website (art. 3 lid 2). Vervolgens worden drie specifieke situaties beschreven waarin het hanteren van verschillende algemene toegangsvoorwaarden op basis van de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant verboden is (art. 4). Voorts mogen niet langer verschillende betalingsvoorwaarden worden gehanteerd om redenen die verband houden met de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant (art. 5) en zijn overeenkomsten met handelaren die passieve verkoopbeperkingen bevatten nietig (art. 6). Ten slotte dient een handhavingsin-

stantie te worden aangewezen (art. 7), een loket voor consumenten in geval van geschillen te worden opgezet (art. 8) en bepaalt de conceptverordening dat de verordening na twee jaar dient te worden geëvalueerd (art. 9).

Reikwijdte conceptverordening

De conceptverordening is van toepassing in een drietal situaties:

- wanneer de handelaar goederen verkoopt of diensten verleent, of dit wenst te doen, in een andere lidstaat dan de lidstaat waar de klant zijn woonplaats of plaats van vestiging heeft;
- wanneer de handelaar goederen verkoopt of diensten verleent, of dit wenst te doen, in dezelfde lidstaat als die waarin de klant zijn woonplaats of plaats van vestiging heeft, maar de klant een onderdaan van een andere lidstaat is;
- wanneer de handelaar goederen verkoopt of diensten levert, of dit wenst te doen, in de lidstaat waar de klant zich tijdelijk bevindt zonder in die lidstaat te verblijven of zijn plaats van vestiging in die lidstaat te hebben.²⁵

Hieruit volgt dat de conceptverordening van toepassing is op zowel online als offline aankopen en alleen betrekking heeft op grensoverschrijdende aankopen. De conceptverordening heeft geen impact op binnenlandse transacties. De toevoeging van de woorden 'of dit wenst te doen' zorgt ervoor dat de conceptverordening vanaf het allereerste aanbod door de handelaar in elk van de drie situaties van toepassing is.

Het toepassingsgebied is verder zo veel mogelijk afgestemd op dat van de Dienstenrichtlijn om te zorgen voor consistentie en maximale rechtszekerheid voor handelaren en klanten.²⁶ Dit betekent dat onder andere niet-economische diensten van algemeen belang, financiële diensten, diensten op het gebied van vervoer, de gezondheidszorg en gokactiviteiten zijn uitgesloten van de werkingssfeer.²⁷ Ook audiovisuele diensten, zoals films, tv-series en sportuitzendingen zijn uitgesloten van de werkingssfeer. De levering van andere digitale (niet-audiovisuele) content, zoals online games, e-books en muziek, valt er wel onder. Het geoblockingverbod is hierop onverkort van toepassing. Wel zijn niet-audiovisuele diensten vooralsnog uitgezonderd van het geodiscriminatieverbod (zie art. 4 lid 1 onder b) conceptverordening) als het een dienst betreft die hoofdzakelijk bestaat uit het bieden van toegang en gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk (zie hierna onder 'Het geodiscriminatieverbod').²⁸ Tijdens de eerste evaluatie zal echter worden bekeken in hoeverre het toepassingsbereik mogelijk in de toekomst moet worden uitgebreid

21. Richtlijn betreffende bepaald aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud (COM(2015) 634) en Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de onlineverkoop en andere verkoop op afstand van goederen (COM(2015) 635). Zodra deze voorstellen zijn aangenomen zullen daarmee de verschillen in de consumentenbeschermingswetgeving van de lidstaten verder verminderen, met name met betrekking tot rechtsmiddelen waarop consumenten recht hebben in geval van gebrekkige goederen of digitale inhoud. Zie hierover ook de eerdere bijdrage van M.B.M. Loos, 'Europese harmonisatie van online en op afstand verkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II)', *NTER* 2016/4. Zie in dit kader ook het voorstel voor een Verordening betreffende de totstandbrenging van de grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt, COM(2015) 627 van 9 december 2015 en de eerdere bijdrage hierover van D.J.G. Visser en P.J. Kreijger, 'Online diensten over de grens', *NTER* 2016/2.

22. Europese Commissie, *VAT Action Plan: Commission presents measures to modernise VAT in the EU*, persbericht van 7 april 2016.

23. Europese Commissie, besluit van 6 mei 2015, *Commission decision of 6.5.2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003*, C(2015) 3026.

24. Zie voor een overzicht van de gevolgen de toelichting in de preambule van de conceptverordening.

25. Art. 1 lid 2 conceptverordening.

26. Zie de toelichting bij de conceptverordening, p. 8.

27. Art. 1 lid 3 conceptverordening. Zie voor een volledige opsomming art. 2 lid 2 Dienstenrichtlijn.

28. Art. 4 lid 1 onder b bepaalt dat de verordening van toepassing is op 'electronically supplied services, other than services the main feature of which is the provision of access to and use of copyright protected works or other protected subject matter'.

zodat ook het geodiscriminatieverbod van toepassing is op niet-audiovisuele content.²⁹

Mocht een bepaling uit de conceptverordening in strijd zijn met artikel 20 lid 2 van de Dienstenrichtlijn, dan gaat de bepaling van de verordening voor.³⁰ Zoals reeds aangegeven beperkt de conceptverordening zich territoriaal gezien niet tot handelaren die in de EU gevestigd zijn, maar is zij ook van toepassing op handelaren uit derde landen die op de Europese markt actief zijn. Ten slotte is de conceptverordening niet beperkt tot consumenten maar omvat ook verkoop aan ondernemingen, zij het dat het moet gaan om producten/diensten die niet 'voor wederverkoop' door de betreffende onderneming worden gekocht.³¹

'Geoblocking'-verbod

Een van de belangrijkste bepalingen van de conceptverordening is het verbod op geoblocking. Dit verbod bestaat uit een tweetal deelverboden. Volgens de conceptverordening mogen handelaren allereerst niet langer de toegang van klanten tot *online interfaces* blokkeren of beperken op grond van de nationaliteit, woonplaats of vestiging van de klant (art. 3 lid 1). *Online interfaces*, omdat de Commissie zich uitdrukkelijk niet heeft willen beperken tot websites, maar alle vormen van toegang tot het aangaan van commerciële transacties via software heeft willen omvatten (waaronder ook apps).³² Daarnaast mogen klanten niet langer omgeleid worden naar een andere website ('*re-routen*') op basis van de nationaliteit, woonplaats of vestiging van de klant, tenzij de klant hiervoor toestemming heeft gegeven én het voor de klant eenvoudig blijft om terug te keren naar de oorspronkelijke website (art. 3 lid 2). Het blijft aldus wel mogelijk om verschillende versies van de online interfaces te hanteren.

Op beide verboden is enkel een uitzondering mogelijk als een (Europese of nationale) wet verplicht tot het blokkeren, beperken van de toegang of het omleiden van de klant (art. 3 lid 3). Hiervan is bijvoorbeeld sprake als er een wettelijk verbod geldt op het weergeven van specifieke inhoud in een bepaalde lidstaat. Als de handelaar gebruikmaakt van de uitzonderingsmogelijkheid op grond van artikel 3 lid 3 van de conceptverordening dient de handelaar een duidelijke rechtvaardiging te verstrekken in de taal van de *online interface* die de klant in

eerste instantie wilde bezoeken (art. 3 lid 4).³³ Hoewel de conceptverordening spreekt over het verstrekken van 'een duidelijke rechtvaardiging' komt het ons voor dat dit te allen tijde een verwijzing moet zijn naar de wettelijke bepaling op basis waarvan discriminatie in die specifieke situatie is toegestaan en zelfs is vereist. Immers, alleen in dat geval is een uitzondering op grond van artikel 3 lid 3 van de conceptverordening toegestaan.

'Geodiscriminatie'-verbod

Naast het geoblockingverbod kent de conceptverordening een zogenaamd geodiscriminatieverbod. Dit verbod houdt in dat geen verschillende algemene voorwaarden (art. 4) of betalingsvoorwaarden (art. 5) mogen worden gehanteerd op basis van de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant.

- *Geodiscriminatieverbod op verschillende algemene voorwaarden*

Het geodiscriminatieverbod geldt in een drietal situaties:

- wanneer de handelaar goederen verkoopt die niet in een andere lidstaat worden afgeleverd door of namens de handelaar. In die situatie zou de klant de goederen moeten kunnen kopen tegen dezelfde voorwaarden, inclusief prijs en leveringsvoorwaarden, als klanten die ingezetenen zijn van de lidstaat van de handelaar. Dit betekent ook dat de klant de goederen zelf moet ophalen of zelf zorg moet dragen voor vervoer van de goederen tot buiten de lidstaat van de handelaar;
- wanneer de handelaar via elektronische weg diensten verricht, met uitzondering van diensten waarvan het hoofdkenmerk is het bieden van toegang tot en gebruik van auteursrechtelijk of op een andere wijze beschermde inhoud, zoals clouddiensten, gegevensopslagdiensten, webhosting en het opzetten van firewalls;
- wanneer de handelaar diensten verleent, anders dan die onder voornoemd punt genoemd, en die diensten fysiek worden uitgevoerd op het kantoor van de handelaar of op een andere fysieke plaats waar de handelaar zijn diensten uitvoert. Met andere woorden; diensten waarbij de consument naar het land van de handelaar toe komt en de dienst ter plaatse wordt verleend (zoals hotelaccommodaties, sportevenementen, autoverhuur en toegangstickets voor festivals of attractieparken).³⁴

29. Zie overweging 29 in de preambule bij de conceptverordening: 'The first evaluation should concentrate, in particular, on the possible extension of the prohibition of Article 4(1)(b) to electronically supplied services, the main feature of which is the provision of access to and use of copyright protected works or other protected subject matter, provided that the trader has the requisite rights for the relevant territories.' Zie ook p. 27 en 40 van de effectbeoordeling (*impact assessment*), SWD(2016) 173, 25 mei 2016.

30. Art. 1 lid 6 conceptverordening. Verder is gewaarborgd dat geen afbreuk wordt gedaan aan regels die van toepassing zijn op het gebied van belastingen en justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Zie art. 1 lid 4 en 5 conceptverordening.

31. Art. 2 sub c conceptverordening.

32. Art. 2 sub f conceptverordening. 'Online-interface' is gedefinieerd als 'software, met inbegrip van een website en toepassingen, die wordt beheerd door of namens een handelaar, die dient om klanten toegang te geven tot zijn goederen of diensten met het oog op commerciële transacties met betrekking tot die goederen of diensten'.

33. Let wel: art. 3 lid 4 verwijst naar lid 4 ('indien een handelaar de toegang van klanten tot een online interface blokkeert of klanten overeenkomstig lid 4 naar een andere versie van de online interface doorleidt'). Bedoeld lijkt te zijn: lid 3.

34. Art. 4 conceptverordening. Zie ook overwegingen 18-20 in de preambule bij de conceptverordening. Overweging 20 in de Nederlandse versie is verkeerd vertaald. Zie voor een juist begrip de Engelstalige versie. In 2014 en 2015 heeft de Commissie overigens al onderzoeken uitgevoerd naar (ongeoorloofde) discriminatie in de autoverhuurindustrie en pretparkensector. Zie IP/14-917 en IP/14-1209 voor het onderzoek in de autoverhuurindustrie en de website <www.euractiv.com/section/competition/news/eu-probes-disneyland-paris-for-alleged-price-discrimination> voor het onderzoek in de pretparkensector.

In deze situaties kan het hanteren van verschillende algemene voorwaarden in elk geval niet worden gerechtvaardigd.

Het begrip ‘algemene voorwaarden’ is niet beperkt tot de ‘algemene voorwaarden’ in de zin van artikel 6:231 Burgerlijk Wetboek.³⁵ Onder ‘algemene voorwaarden’ worden alle bepalingen, voorwaarden en andere informatie, zoals verkoopprijzen, leveringsvoorwaarden en betalingsvoorwaarden, verstaan.³⁶ De ‘algemene voorwaarden’ kunnen via verschillende kanalen aan het publiek worden getoond, zoals via advertenties op websites of in (pre)contractuele documenten. Mochten de voorwaarden op individueel niveau zijn onderhandeld, dan geldt het verbod niet. Dergelijke voorwaarden kwalificeren niet (meer) als *algemene* voorwaarden.

Net als het geoblockingverbod geldt ook het geodiscriminatieverbod niet als een (Europese of nationale) bepaling in het recht van de Unie of wetgeving van een lidstaat de levering van goederen of het verlenen van diensten aan bepaalde klanten of aan klanten in bepaalde landen belet. Hierbij kan gedacht worden aan een verbod op de verkoop van alcohol aan niet-inwonenden.³⁷ Onduidelijk is of het verschil in de bewoordingen van de uitzonderingsgrond bij het geoblockingverbod (*als een bepaling verplicht tot ...*) en het geodiscriminatieverbod (*als een bepaling de handelaar belet om...*) betekenis heeft. Op het eerste gezicht lijkt dit echter geen verschil te maken.

Verder mogen handelaren verschillende *prijzen* hanteren voor wat betreft de verkoop van boeken aan klanten uit bepaalde landen als de wet hen daartoe verplicht.³⁸ Daarnaast geldt het verbod niet voor handelaren die onder de bijzondere regeling voor kleine ondernemingen van hoofdstuk 1 van titel XII van de Btw-richtlijn vallen.³⁹ Voor deze handelaren zou toepassing van het verbod een verplichting tot registratie impliceren om btw van andere lidstaten aan te rekenen. Dit zou extra kosten met zich kunnen brengen en zou een onevenredige last zijn gezien de omvang en kenmerken van de

betrokken handelaren.⁴⁰ Vanuit het oogpunt van transparantie en om te voorkomen dat er onnodig klachten worden geuit, zou het ons inziens goed zijn als op de website of in de algemene voorwaarden wordt vermeld dat de betreffende handelaar onder de bijzondere regeling voor kleine ondernemingen valt waardoor het verbod niet van toepassing is.

- *Geodiscriminatieverbod op verschillende betalingsvoorwaarden*

Het verbod op geodiscriminatie geldt ook voor wat betreft betalingsvoorwaarden. Hoewel handelaren vrij blijven om te bepalen welke betaalmiddelen zij aanvaarden van lokale en buitenlandse klanten, mogen handelaren daarbij niet langer verschillende betalingsvoorwaarden hanteren voor de verkoop van goederen of het verlenen van diensten op basis van de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant, de locatie van de betaalrekening of betaaldienstverlener of het land waar het betaalinstrument is uitgegeven binnen de Europese Unie (art. 5).⁴¹ Dit verbod geldt als:

- de betalingen geschieden via elektronische transacties⁴² door overschrijving, rechtstreekse afschrijving of een op kaarten gebaseerd betaalinstrument binnen hetzelfde betalingsmerk;
- de begunstigde kan verzoeken om een sterke cliënt-authenticatie door de betaler zoals bedoeld in Richtlijn 2015/2366 (PSD2-richtlijn);⁴³ en
- de betalingen in een valuta zijn die de begunstigde accepteert.

In de praktijk betekent dit dat wanneer een Franse handelaar bijvoorbeeld Maestro-kaarten accepteert uit Frankrijk, hij een betaling met een Maestro-kaart uit Duitsland ook moet accepteren. Als een handelaar echter alleen een kaart accepteert van een specifiek betaalsysteem, zoals Bancontact in België, dan hoeft de handelaar geen kaarten te accepteren van een ander

35. Art. 6:231 sub a BW definieert algemene voorwaarden als ‘algemene voorwaarden: een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.’

36. Art. 2 sub d conceptverordening definieert algemene voorwaarden als: ‘alle voorwaarden en andere informatie, met inbegrip van verkoopprijzen, regulering van de toegang van klanten tot door een handelaar te koop aangeboden goederen of diensten, die worden vastgesteld, toegepast en ter beschikking gesteld van het grote publiek door of namens de handelaar en die gelden bij ontstentenis van een individueel gesloten overeenkomst tussen de handelaar en de consument.’

37. Europese Commissie, MEMO/16/1896, *Boosting e-commerce in the EU: Questions and answers*, 25 mei 2016.

38. Hiervan is bijvoorbeeld sprake in Oostenrijk, Frankrijk, Duitsland, Griekenland en Slovenië.

39. Richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde. Zie art. 4 lid 2 conceptverordening. Voor deze kleine ondernemingen kunnen vereenvoudigde regels gelden inzake belastingheffing en belastinginning. Ook kunnen vrijstellingen en verminderingen van toepassing zijn op deze ondernemingen, afhankelijk van de nationale regelingen.

40. Zie overweging 22 in de preambule bij de conceptverordening.

41. Wat betreft non-discriminatie in het gebruik van betaalmiddelen is het een handelaar overeenkomstig Verordening (EU) nr. 260/2012 al verboden te verlangen dat een bankrekening uit een bepaalde lidstaat afkomstig is, voordat een betaling kan worden gedaan. Dit beginsel geldt echter niet voor andere betaalmiddelen. Bij Verordening (EU) 2015/71 werd het gebruik van creditcards gefaciliteerd door de interbancaire vergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties te begrenzen. Richtlijn (EU) 2015/2366 heeft tevens de weg vrijgemaakt voor een volledig geïntegreerde markt voor retailbetalingen in de EU. Deze conceptverordening gaat een stap verder door te voorkomen dat handelaren verschillende betalingsvoorwaarden toepassen op basis van de nationaliteit, woonplaats of plaats van vestiging van de klant.

42. Betalingen via een andere wijze, zoals acceptgiro, vallen niet onder het verbod.

43. Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG.

betaalsysteem, zoals een Duitse Girocard.⁴⁴ Dit verbod belet de handelaar niet om een vergoeding te vragen voor het gebruik van een op kaarten gebaseerd betaalinstrument waarvan de afwikkelingsvergoedingen niet onder hoofdstuk II van Verordening (EU) 2015/751 vallen en voor betalingsdiensten waarop Verordening (EU) nr. 260/2012 niet van toepassing is. Die vergoeding mag echter niet hoger zijn dan de kosten die de handelaar zelf maakt voor het gebruik van het betaalinstrument.⁴⁵

Nietigheid passieve verkoopbeperkingen

Overeenkomsten waarbij handelaren worden verplicht om zich te onthouden van passieve verkoop aan bepaalde klanten of aan klanten in bepaalde gebieden worden over het algemeen beschouwd als mededingingsbeperkend en in strijd met artikel 101 lid 1 VWEU. Echter, zelfs wanneer dergelijke beperkingen niet in strijd zijn met het mededingingsrecht, leiden zij tot verstoring van de goede werking van de interne markt en kunnen zij worden gebruikt om de bepalingen van deze conceptverordening te omzeilen. Daarom bepaalt de conceptverordening dat contractuele bepalingen nietig zijn als die verplichtingen voor handelaren bevatten ten aanzien van passieve verkoop⁴⁶ die niet in lijn zijn met de bepalingen van de conceptverordening (art. 6). Onder het kopje 'E-commerce sector inquiry en de verhouding tot het mededingingsrecht' wordt op dit punt nader ingegaan.

Handhavingsinstantie en consumentenloket

Om ervoor te zorgen dat doeltreffende maatregelen worden genomen om toezicht te houden op en de naleving van deze conceptverordening te verzekeren, dienen de lidstaten één of meer instanties aan te wijzen die daarvoor verantwoordelijk zijn. Ook moeten sancties kunnen worden opgelegd. Wat voor sancties dat zijn, is niet nader geduid, maar in ieder geval dienen de sancties

doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn (art. 7). In aanvulling daarop dient een instantie te worden aangewezen die praktische hulp kan bieden aan consumenten (dus niet voor handelaren/bedrijven) voor die gevallen waarin een geschil bestaat tussen een consument en een handelaar, dat voortvloeit uit de toepassing van deze conceptverordening. Hiertoe zal in samenspraak met de Commissie een uniform klachtenformulier worden ontwikkeld (art. 8).

De Nederlandse regering stelt voor om ACM als toezichhoudende instantie aan te wijzen, althans voor wat betreft de handhaving ter bescherming van consumenten.⁴⁷ Daartoe zal de Wet handhaving consumentenbescherming worden aangepast. Voor de bescherming van de rechten van zakelijke afnemers op basis van de verordening heeft de wetgever nog geen keus gemaakt. ACM heeft daartoe (nog) niet de bevoegdheden. Het lijkt ons, gezien de bredere taakstelling van ACM voor wat betreft de handhaving van het mededingingsrecht, wel voor de hand liggen dat ACM ook op dat vlak de handhavingsbevoegdheid toegewezen krijgt.

Inwerkingtreding en evaluatie verordening

De Commissie stelt voor de verordening twintig dagen na de officiële publicatie in werking te laten treden, maar pas van toepassing te laten worden vanaf zes maanden na publicatie. Het streven is dat dit in 2017 gebeurt.⁴⁸ Dit geldt niet voor artikel 4 sub b conceptverordening, waarin is vastgelegd dat geen verschillende algemene voorwaarden voor toegang tot diensten mogen worden gehanteerd als de handelaar de diensten langs elektronische weg verricht (met uitzondering van diensten waarvan het hoofdkenmerk is het aanbieden van toegang tot en gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken of ander beschermd werk). Om handelaren, overheden en andere belanghebbenden voldoende tijd te geven om zich aan te passen aan en te zorgen voor de naleving van de bepaling treedt dit artikel volgens de conceptverordening pas op 1 juli 2018 in werking (art. 11).

Twee jaar na inwerkingtreding van de conceptverordening en daarna iedere vijf jaar dient de Commissie een rapportage op te stellen over de evaluatie van de verordening (art. 9). Indien nodig kan de evaluatie vergezeld gaan met een voorstel tot wijziging. Tijdens de eerste evaluatie dient in ieder geval te worden bekeken in hoeverre het verbod van artikel 4 lid 1 conceptverordening ook van toepassing moet zijn op diensten die langs elektronische weg worden verricht en waarvan het belangrijkste kenmerk is het bieden van toegang of gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken of ander beschermd materiaal (mits de handelaar over de benodigde rechten beschikt).

44. Dit is in lijn met het oordeel van het College van de Rechten van de Mens van 4 augustus 2016 (kenmerk 2016-86), waarin het oordeelde dat de NS niet ongeoorloofd discrimineert door enkel iDeal als betaalmethode toe te staan voor aanbiedingen op <www.spoordeelwinkel.nl>. Oordelen van het College van de Rechten van de Mens zijn overigens niet-bindend.

45. Het wetsvoorstel Wet verbod toeslag gebruik betaalmiddelen bevatte reeds een verbod op het vragen van een toeslag die hoger is dan de kosten voor het gebruik van betaalmiddelen, maar is op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer verworpen. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34291.

46. Hoewel de conceptverordening niet definieert wat wordt verstaan onder 'passieve verkoop', maken wij op uit de in overweging 26 van de preambule van de conceptverordening opgenomen verwijzing naar Verordening (EU) nr. 330/2010 dat de definitie zoals die geldt voor verticale beperkingen in het mededingingsrecht, ook hier geldt. De richtsnoeren verticale beperkingen (*PbEU* 2010, C 130/1) behorende bij Verordening (EU) nr. 330/2010 definiëren 'passieve verkoop' als het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten. 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. Hetzelfde geldt wanneer een klant ervoor kiest om (automatisch) op de hoogte te worden gehouden door de distributeur en dit tot een verkoop leidt. De mogelijkheid om tussen talen te kiezen op de website of voor de communicatie, wordt op zich beschouwd als deel uitmakend van de passieve verkoop.

47. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 22122, nr. 2167 (fiche: verordening geoblocking): <www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2016/07/01/fiche-2-verordening-geoblocking>. Zoals de minister opmerkt (p. 7 onder punt 6) voorziet het voorstel niet in toepassing van de *lex silencio positivo*.

48. Europese Commissie, MEMO/16/1896, *Boosting e-commerce in the EU: Questions and answers*, 25 mei 2016.

Wijziging andere wet- en regelgeving

Verder wordt in Verordening (EG) nr. 2006/2004⁴⁹ en Richtlijn 2009/22/EG⁵⁰ een verwijzing opgenomen naar deze conceptverordening zodat genoemde regelgeving ook van toepassing is op de verplichtingen opgenomen in deze conceptverordening (art. 10).

De conceptverordening en de verhouding tot het mededingingsrecht

In het kader van de bespreking van de conceptverordening kan het mededingingsrecht niet onbesproken worden gelaten. De conceptverordening is namelijk complementair aan het mededingingsrecht en bij het opstellen is op verschillende vlakken rekening gehouden met het mededingingsrecht. Voordat we hier nader op ingaan schetsen we kort de huidige situatie onder het mededingingsrecht.

Geoblocking/geodiscriminatie en het mededingingsrecht

Kort gezegd is het onder het mededingingsrecht verboden om de concurrentie op de markt te verhinderen, beperken of vervalsen door middel van een overeenkomst, onderling feitelijk afgestemde gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging (art. 6 Mededingingswet/art. 101 VWEU). Daarnaast is het niet toegestaan om misbruik te maken van een (economische) machtspositie. Met andere woorden: een dominante onderneming mag geen eenzijdige/unilaterale beslissingen nemen die de concurrentie op de markt verstoren en concurrenten en/of consumenten benadelen (art. 24 Mededingingswet/artikel 102 VWEU).

Geoblocking en/of geodiscriminatie in afspraken tussen ondernemingen of op basis van unilaterale beslissingen van dominante ondernemingen kan op grond van het mededingingsrecht reeds verboden zijn. Zo kan sprake zijn van misbruik van een machtspositie als een onderneming met een dominante positie discriminatoire tarieven hanteert en daarmee de marktstructuur min of meer duurzaam beïnvloedt, zoals bij ongerechtvaardigde prijsverschillen tussen geografische markten.⁵¹ Verder is het bijvoorbeeld niet toegestaan om een overeenkomst aan te gaan die verkoop via het internet verbiedt of direct of indirect tot doel heeft om het verkoopgebied of de klantenkring te beperken.⁵² Dit betekent onder andere dat het verboden is om (a) te 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 of (b) transacties van klanten via internet te moeten afbreken zodra uit de creditcardgegevens blijkt dat hun adres niet binnen het (exclusieve) gebied van de distributeur valt.⁵³ Beide praktijken worden – in het geval van unilaterale beslissingen – nu ook bestreken door de conceptverordening.

Dit ligt iets anders als sprake is van een exclusief distributiesysteem. In dat geval is er per gebied of klantenkring één distributeur aangewezen. Exclusieve distributiesystemen kunnen voordelen met zich meebrengen, bijvoorbeeld wanneer flinke investeringen worden vereist van de (exclusieve) distributeur. Door exclusiviteit af te spreken wordt de distributeur gestimuleerd om die investering te doen, aangezien de kans groter wordt om die investering terug te verdienen. Om die extra bescherming te kunnen bieden is het bijvoorbeeld toegestaan om andere distributeurs te verbieden *actief* in het exclusieve gebied van een andere distributeur goederen of diensten aan te bieden. Gaat een klant uit zichzelf naar een andere distributeur (*passieve verkoop*) dan kan die distributeur dus niet worden verplicht om de betreffende klant te weigeren en door te verwijzen.⁵⁴ Is sprake van een selectief distributiesysteem, waarbij de producent slechts een beperkt aantal distributeurs heeft geselecteerd, dan mag het leden van het selectief distributiesysteem (alleen) worden verboden aan niet-erkende distributeurs te verkopen. Het heeft immers weinig nut een selectief distributiesysteem in stand te houden als niet-erkende distributeurs het product alsnog via een omweg kunnen verkopen. Overigens gelden deze uitzonderingen enkel als sprake is van een marktaandeel van maximaal 30 procent. Bij een hoger marktaandeel dient per geval beoordeeld te worden of dergelijke beperkingen toegestaan zijn.

Mededingingsrechtelijke beperkingen in de e-commerce sector kregen de afgelopen jaren al steeds meer aandacht.⁵⁵ In de context van de *Digital Single Market* strategie is de Commissie daarnaast in mei 2015 een zogenoemde *e-commerce sector inquiry* gestart. Het doel van dit onderzoek is om informatie te verzamelen over het functioneren van de e-commerce markt om op die manier eventuele mededingingsrechtelijke beperkingen of veranderingen (waaronder geoblocking) te ontdek-

49. Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees parlement en de Raad 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

50. Richtlijn 2009/22/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.

51. HvJ 13 juli 1989, gevoegde zaken C-110/88, 241/88 en 242/88, *Lucazeau e.a./SACEM*, *Jur.* 1989, p. 2811, ECLI:EU:C:1989:326.

52. Art. 4 sub b Verordening (EU) nr. 330/2010.

53. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, par. 52.

54. Zie voetnoot 46 voor een toelichting op wat wordt verstaan onder 'passieve verkoop'.

55. Zo zijn er onderzoeken geweest naar verticale beperkingen om zelfstandig prijzen vast te stellen voor internetdistributie (online hotelboekingen, distributie van boeken door Amazon) en verkoopbeperkingen op platforms of vergelijkingswebsites (Asics, Casio, Adidas, Deuter Sport) alsook onderzoeken naar machtsmisbruik in de e-commerce sector (Facebook, Google).

ken.⁵⁶ Op basis van de *e-commerce sector inquiry* zal bekeken worden hoe onder andere geoblocking (beter) geadresseerd kan worden onder het mededingingsrecht. Interessant is of naar aanleiding van de *sector inquiry*, die plaatsvindt in het kader van het mededingingsrecht, ook de bestaande mededingingsrechtelijke wet- en regelgeving wordt aangepast. Een dergelijke aanpassing kent een behoorlijk voortraject en zal niet zomaar ingezet worden. Aan de andere kant stamt het wetgevingspakket dat ziet op verticale beperkingen uit 2010⁵⁷ en dient dat sowieso uiterlijk in 2022 vervangen te worden door een nieuw pakket. Uitgesloten is het dan ook niet dat de *e-commerce sector inquiry* – vooruitlopend op dat herzieningsmoment – tot nieuwe wetgeving zal leiden. Aannemelijker is ons inziens dat de Commissie vooralsnog met name zal inzetten op handhaving van de huidige regels zoals hiervoor beschreven. Zo liet de Commissie in april 2016 nog weten een onderzoek te zijn gestart naar beperkingen van de passieve verkoop door geoblocking in filmlicentiecontracten voor betaalde tv-zenders tussen zes filmstudio's en Sky.⁵⁸ ACM heeft aangegeven de resultaten van het sectoronderzoek door de Commissie mee te zullen nemen in haar toezicht op verticale overeenkomsten.⁵⁹

Uit de initiële bevindingen van de Commissie bleek dat geoblocking wijdverspreid is binnen de EU.⁶⁰ Dit komt deels door contractuele beperkingen maar ook door unilaterale beslissingen van handelaren. Zoals hiervoor aangegeven vallen unilaterale beslissingen van handelaren echter alleen onder het mededingingsrecht als sprake is

van een handelaar met een machtspositie (een dominante onderneming). De conceptverordening is in zoverre dan ook complementair aan het mededingingsrecht.

De wisselwerking tussen de conceptverordening en het mededingingsrecht

De conceptverordening pakt geoblocking aan in een niet door het mededingingsrecht bestreken gebied. Dit komt omdat de conceptverordening niet de beperking kent dat het moet gaan om een afspraak 'tussen ondernemingen' (art. 6 Mededingingswet/art. 101 VWEU) of een beslissing van een 'dominante onderneming' (art. 24 Mededingingswet/art. 102 VWEU). Dat betekent dat de conceptverordening met zich brengt dat ook unilaterale gedragingen ten aanzien van geoblocking (door niet-dominante ondernemingen) niet langer zijn toegestaan. De Commissie meent dat ook dergelijke eenzijdige handelingen het functioneren van de interne markt verstoren en dergelijke beperkingen vallen derhalve onder de reikwijdte van de conceptverordening. Waar het onder het mededingingsrecht bijvoorbeeld voor een concern (intra-company) mogelijk was om geoblockingafspraken te maken – omdat een concern in het mededingingsrecht wordt beschouwd als één onderneming en er derhalve geen sprake is van een afspraak 'tussen ondernemingen' in de zin van artikel 6 Mededingingswet/artikel 101 VWEU – zal dat op basis van de conceptverordening niet meer mogelijk zijn. Dit kan aanzienlijke gevolgen hebben voor concerns die thans geoblocking toepassen. (Grote) concerns, zoals Amazon, Apple, H&M enzovoort kunnen niet langer klanten in lidstaat A de toegang weigeren tot de website (en de geldende prijzen) in lidstaat B of hen re-routen naar de lokale website.

Daarnaast vult de conceptverordening het mededingingsrecht aan voor wat betreft de nietigheid van overeenkomsten die ongeoorloofde beperkingen ten aanzien van passieve verkoop bevatten. Zoals hiervoor beschreven worden overeenkomsten waarbij ondernemingen worden verplicht om zich te onthouden van passieve verkoop aan bepaalde klanten of aan klanten in bepaalde gebieden over het algemeen beschouwd als mededingingsbeperkend. Mededingingsbeperkende overeenkomsten zijn nietig. Er zijn echter zeer uitzonderlijke gevallen waarin een beperking ten aanzien van passieve verkoop wel is toegestaan onder het mededingingsrecht en de overeenkomst niet nietig is.⁶¹ De Commissie meent echter dat alle beperkingen ten aanzien van passieve verkoop in strijd met de conceptverordening schadelijk zijn voor het functioneren van de interne markt en derhalve van rechtswege nietig moeten zijn. Om ook die gevallen te bestrijken die wel zijn toegestaan onder het mededingingsrecht, maar in strijd zijn met de concept-

56. ACM (NMa) deed in Nederland in 2009 al eens een poging internetverkoop te onderzoeken op basis van het mededingingsrecht, maar concludeerde na een sectorscan dat er onvoldoende aanwijzingen waren voor het starten van een onderzoek naar fabrikanten en leveranciers die producten leveren aan internetwinkeliers, zie <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5313/NMa-geen-mededingingsrechtelijk-onderzoek-internetverkoop/>.
57. Zoals Verordening (EU) nr. 330/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/1).
58. Zie het nieuwsbericht van de Europese Commissie van 22 april 2016 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1530_en.htm> en 26 juli 2016 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2645_en.htm>. De Commissie is in 2014 een onderzoek gestart naar de contracten tussen een zestal filmstudio's (Disney, NBCUniversal, Sony, Twentieth Century Fox en Warner Bros) en Sky. Die contracten zouden onder meer bepalingen bevatten die Sky verplichtte om toegang tot de films van Paramount op de online en satelliet betaalde tv-zenders te blokkeren voor consumenten buiten het licentiegebied (UK en Ierland). Kortom, door deze vorm van geoblocking was het Sky niet toegestaan passieve verkopen te maken. Volgens de Commissie kan dit de concurrentie tussen betaalde tv-aanbieders beperken en de EU-markt segmenteren. Op 26 juli 2016 werd bekend dat de Commissie toezeggingen van Paramount heeft geaccepteerd. Paramount heeft onder meer toegezegd passieve verkopen niet langer te verbieden. Het onderzoek jegens de andere studio's wordt voortgezet.
59. ACM 20 april 2015, 'Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten; inzicht in strategie en prioritering', p. 10, <www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14164/Toezicht-van-ACM-op-verticale-overeenkomsten/>.
60. SWD(2016) 70, 18 maart 2016 (de 'initiële bevindingen'). Aangekondigd werd dat het voorlopige rapport medio 2016 zou verschijnen. Ten tijde van het schrijven van dit artikel was dit rapport echter nog niet gepubliceerd. Het finale rapport wordt in 2017 verwacht.

61. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een distributeur een nieuw merk als eerste gaat verkopen en dus feitelijk zorgt voor toetreding tot de markt. In dat geval dienen waarschijnlijk aanzienlijke investeringen te worden gedaan als voorheen geen vraag naar dat type product bestond. Het is goed mogelijk dat de distributeur alleen bereid is de overeenkomst te sluiten als hij gedurende een bepaalde tijd beschermd wordt tegen (actieve en) passieve verkoop.

verordening bepaalt de conceptverordening dat die overeenkomsten van rechtswege nietig zijn.⁶²

Aan de andere kant bestrijkt het mededingingsrecht gebieden die buiten de conceptverordening vallen. Zo is audiovisuele content niet uitgesloten van de reikwijdte van het mededingingsrecht, hetgeen ook blijkt uit het hiervoor genoemde onderzoek van de Commissie naar de vermeende (geoblocking)praktijken van de filmstudio's.

Verder erkent de Commissie de voordelen van het opzetten van een exclusief of selectief distributiesysteem zoals toegestaan onder het mededingingsrecht. De conceptverordening houdt hier rekening mee door daar geen beperkingen in aan te brengen. Zo bestaat er geen verplichting voor handelaren om uit te breiden naar de rest van Europa.⁶³ Dit zou zich niet goed verhouden met een exclusief distributiesysteem. Andere territoria binnen Europa zijn immers wellicht al toegewezen aan andere (exclusieve) distributeurs. Verder blijft het mogelijk een levering te weigeren of te beperken om doorverkoop te voorkomen. Alleen op die manier kan een selectief of exclusief distributiesysteem worden opgezet in overeenstemming met het mededingingsrecht. Als doorverkoop niet verboden kan worden heeft het opzetten van een dergelijk systeem immers weinig toegevoegde waarde.

Interessant is bovendien om te bezien in hoeverre de geografische dimensie van diverse relevante productmarkten in de e-commerce sector zal wijzigen als gevolg van de conceptverordening, doordat grenzen tussen lidstaten mogelijk zullen vervagen en handelsvoorwaarden in verschillende lidstaten homogener kunnen worden. Het is ons inziens in elk geval niet uitgesloten.

Gevolgen van de conceptverordening voor de praktijk

Als gevolg van de conceptverordening zullen veel handelaren maatregelen moeten treffen om ervoor te zorgen dat de in deze conceptverordening opgenomen verboden worden nageleefd. Handelaren die momenteel geoblocken/re-routen zullen hun websites opnieuw moeten inrichten zodat deze niet langer automatisch ontoegankelijk zijn voor bezoekers op basis van hun nationaliteit, woon- of vestigingsplaats. In het geval verschillende toegangs- of betalingsvoorwaarden worden gehanteerd zullen ook die moeten worden aangepast. Hetzelfde geldt voor marketingmateriaal. Contracten moeten wel-

licht worden heronderhandeld⁶⁴ en het distributiemodel worden aangepast. Als gevolg van de conceptverordening zullen klanten immers gaan shoppen in het land waar het product of de dienst het goedkoopst is. Voor het geval een beroep wordt gedaan op een uitzonderingsgrond zal een mechanisme moeten worden ontwikkeld om de klant hiervan op de hoogte stellen (bijvoorbeeld door dit te vermelden op de website en/of via e-mail). Kortom, dit kan een behoorlijke omslag en investering betekenen voor handelaren.

Ondanks de mogelijk vergaande gevolgen van de conceptverordening blijven er (voldoende) mogelijkheden over om (een deel van) de huidige bedrijfsvoering voort te zetten. Zo kan een handelaar zich nog steeds op verschillende lidstaten of op bepaalde groepen klanten richten met doelgerichte aanbiedingen en uiteenlopende voorwaarden (waaronder de prijs), onder meer door landspecifieke online interfaces op te zetten.⁶⁵ Zoals hiervoor aangegeven bestaat er geen verplichting om uit te breiden naar de rest van Europa. Ook ontstaat er geen verplichting voor internetaanbieders 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 in het land van de aanbieder te laten bezorgen. Vervolgens moet de klant zelf zorgen dat hij de producten dan ook ophaalt of vervoer organiseren. Kortom, een handelaar moet een buitenlandse klant behandelen alsof het een nationale klant is. Dat betekent bijvoorbeeld dat andere redenen om levering te weigeren of beperken, zoals *out-of-stock* of een vermoeden van fraude, valide blijven. Zoals eveneens hiervoor aangegeven blijft ook de weigering of beperking om te leveren om doorverkoop te voorkomen mogelijk. Er kan dus geen misbruik van de conceptverordening worden gemaakt in die zin dat partijen goederen (op)kopen in het land waar dit het voordeligst is om ze vervolgens door te verkopen. De conceptverordening bevat voorts geen beperkingen ten aanzien van het vaststellen van de prijzen, waaronder dynamische prijsstelling,⁶⁶ door de handelaar.

Een ander mitigerend aspect is dat de conceptverordening tracht rekening te houden met de bestaande regelgevende praktijk. Zo wordt van klanten die gebruik willen maken van aanbod vanuit een andere lidstaat dat niet beschikbaar is in hun lidstaat, verwacht dat zij zich voe-

62. Het valt ons op dat deze bepaling uit de pas loopt met de rest van de conceptverordening die met name ziet op unilaterale beslissingen.

63. Europese Commissie, MEMO/16/1896, *Boosting e-commerce in the EU: Questions and answers*, 25 mei 2016.

64. Uit de initiële bevindingen van de *e-commerce sector inquiry* bleek dat 12 procent van de retailers in consumentengoederen contractueel verplicht is tot geoblocking. Voor wat betreft online content ligt dat percentage zelfs op 59 procent. Zie ook het persbericht van de Europese Commissie van 18 maart 2016 (*Geoblocking blijkt volgens sectoraal onderzoek e-commerce wijdverbreid in hele EU*).

65. Zie overweging 17 in de preambule bij de conceptverordening.

66. De situatie waarbij handelaren hun aanbiedingen in de loop der tijd, afhankelijk van een aantal factoren die geen verband houden met de nationaliteit, woon- of vestigingsplaats van de klant, aanpassen. Zie ook de toelichting bij de conceptverordening, p. 2 en overweging 17 in de preambule bij de conceptverordening.

gen naar de regelgeving van het land van de handelaar.⁶⁷ Daarnaast gelden de verboden niet als, samengevat, er een wettelijke verplichting geldt die discriminatie vereist. Onduidelijk is hoe vaak een dergelijke verplichting voorkomt, maar naar alle waarschijnlijkheid kent ieder land wel een aantal beperkingen, zoals een (lokaal) verbod om buitenlanders toe te laten in coffeshops,⁶⁸ de verkoop van het Zweedse ‘snus’⁶⁹ of vuurwapens. Het zou ons inziens aan te bevelen zijn als er op de Commissiewebsite een pagina komt waarop de uitzonderingen per land staan opgenomen zodat niet ieder bedrijf een eigen analyse hoeft uit te voeren. Op die manier kunnen ook discussies over of er al dan niet sprake is van een wettelijke verplichting worden voorkomen.

Voornoemde mitigerende aspecten nemen niet weg dat de conceptverordening verstrekkende gevolgen heeft voor veel handelaren en zoals gezegd eventueel zelfs een herziening van het distributiemodel vereist.

Overigens is het standpunt van Nederland overwegend positief volgens het ‘fiche’ dat op 1 juli 2016 aan de Kamer is gestuurd,⁷⁰ zij het dat de regering meent dat (1) uitvoeringswetgeving noodzakelijk is om te voorzien in de aanwijzing van handhavingsautoriteiten en het opstellen van het uniform klachtenformulier⁷¹ en (2) de voorgestelde termijn van zes maanden opgerekt dient te worden gelet op de noodzakelijke aanpassing van de Wet handhaving consumentenbescherming en het inrichten en voorbereiden van de handhaving. Afhankelijk van de standpunten van de overige lidstaten is het aldus niet uitgesloten dat de finale versie van de verordening (iets) afwijkt van de versie die thans voorhanden is. Uit de effectbeoordeling volgt dat de lidstaten en/of nationale autoriteiten die hebben gereageerd over het algemeen positief stonden tegenover de invoering van een verbod

op geoblocking en geodiscriminatie, mits handelaren maar hun contractsvrijheid zouden behouden.⁷²

Het moge duidelijk zijn dat ook de consumenten en consumentenorganisaties overwegend positief staan tegenover de invoering van een geoblocking- en geodiscriminatieverbod. Van de ondervraagde handelaren verwacht meer dan de helft een positieve impact op de markt.⁷³ Een aantal respondenten waarschuwt echter ook dat een verbod op geoblocking de concurrentie juist kan verminderen. Volgens hen leidt de invoering van een dergelijk verbod tot een *de facto* verkoopverplichting. Alleen grote handelaren zouden in staat zijn daaraan te voldoen. Kleine(re) handelaren zouden minder goed gekwalificeerd zijn om aan de vraag te voldoen en uiteindelijk wellicht niet overleven. Hierdoor zou de kans bestaan op een concentratie in de markt, met als gevolg minder keuze voor de consument.⁷⁴ Of dat een reëel risico is, valt te bezien. Er bestaat geen verplichting tot contracteren en *out of stock* blijft een valide reden voor een leveringsweigering.

Los van de uiteindelijke gevolgen biedt de conceptverordening ons inziens op het eerste gezicht in ieder geval meer duidelijkheid en rechtszekerheid ten opzichte van artikel 20 van de Dienstenrichtlijn. Door het geodiscriminatieverbod enkel in een aantal duidelijk(er) afgebakende situaties toe te passen en tegelijkertijd de uitzonderingsmogelijkheid te beperken voorzien wij dat de conceptverordening beter te handhaven is.⁷⁵ Immers, niet langer hoeft te worden onderzocht of ‘een uitzondering’ van toepassing is, maar enkel of er een ‘wettelijke verplichting’ is waarop een beroep kan worden gedaan. Onze verwachting is dan ook dat de eerste handhavingzaken na inwerkingtreding van de conceptverordening niet lang op zich zullen laten wachten, maar ook dat valt nog te bezien.

67. Overweging 21 van de preambule van de conceptverordening. Zie ook *Kamerstukken II 2015/16, 22122, nr. 2167* (fiche: verordening geoblocking) en Europese Commissie, effectbeoordeling (*impact assessment*), SWD(2016) 173, 25 mei 2016, p. 37. Zolang de handelaar zijn activiteiten niet richt op het land van de klant, blijft de handelaar vrij om het toepasselijk recht te kiezen conform Verordening (EG) nr. 593/2008 (*Rome I*) en Verordening (EU) nr. 1215/2012 (*Brussel I*).

68. Zie bijvoorbeeld HvJ 16 december 2010, zaak C-137/09, *Marc Michel Josemans/Burgemeester van Maastricht*, ECLI:EU:C:2010:774.

69. Een soort tabak dat verboden is om binnen de Europese Unie te verkopen. Er geldt echter een uitzondering voor Zweden: daar is het wel toegestaan.

70. Daarbij is niet onbelangrijk dat het stimuleren van grensoverschrijdende e-commerce een prioriteit was gedurende het Nederlandse voorzitterschap van de EU. Door middel van het voorzitterschap heeft Nederland de dialoog met lidstaten en belanghebbenden in voorbereiding op onder andere dit voorstel actief gefaciliteerd. Zie ook *Kamerstukken II 2015/16, 22122, nr. 2167* (fiche: verordening geoblocking).

71. Zie *Kamerstukken II 2015/16, 22122, nr. 2167* (fiche: verordening geoblocking). Uit het ‘fiche’ blijkt dat het standpunt van Nederland is dat de mogelijkheid om gedelegeerde of uitvoeringshandelingen vast te stellen moet worden opgenomen, omdat de rol van de Europese Commissie bij het opstellen van dit formulier niet transparant is en de status onzeker. Daarom heeft het volgens het fiche de voorkeur om het uniform klachtenformulier vast te laten stellen door middel van een uitvoeringshandeling via de raadplegingsprocedure van art. 4 van Verordening (EU) nr. 182/2011.

72. Europese Commissie, effectbeoordeling (*impact assessment*), SWD(2016) 173, 25 mei 2016, p. 70/71.

73. Europese Commissie, effectbeoordeling (*impact assessment*), SWD(2016) 173, 25 mei 2016, p. 70.

74. Europese Commissie, effectbeoordeling (*impact assessment*), SWD(2016) 173, 25 mei 2016, p. 71.

75. Zie ook hetgeen hierover is opgemerkt onder het kopje ‘Aanleiding conceptverordening’.