

July 21, 2017

Ontwikkelingen in mededingingsregulering e-commerce, het eindverslag van de Europese Commissie in vogelvlucht

Om de werking van de interne markt goed aan te laten sluiten op het hedendaagse, digitale tijdperk heeft de Europese Commissie in 2015 de 'Strategie voor een digitale eengemaakte markt' aangenomen. Één van de drie pijlers waarop deze strategie rust, betreft het realiseren van een betere toegang tot onlineverkoop van goederen en diensten voor consumenten en bedrijven in Europa, waarbij de Commissie de belemmeringen voor grensoverschrijdende onlineactiviteiten zoveel mogelijk wil wegnemen. Binnen dit speelveld heeft de Commissie onlangs haar sectoronderzoek afgerond naar e-commerce in consumptiegoederen en digitale inhoud. Het sectoronderzoek is gebaseerd op inlichtingen van diverse bedrijven die op de e-commerce markt opereren. Op 10 mei 2017 is het eindverslag gepubliceerd, dat het economisch en juridisch kader geeft waarbinnen de inlichtingen uit het sectoronderzoek moeten worden gelezen. Het sectoronderzoek concentreerde zich op distributieovereenkomsten met betrekking tot goederen en diensten die een barrière kunnen opwerpen voor e-commerce. Onder het huidige wettelijke regime kunnen ondernemingen hun distributieovereenkomsten toetsen aan de mededingingsregels via de groepsvrijstellingsverordening (en de richtsnoeren verticale beperkingen). Deze verordening loopt af in mei 2022 en de toekomstige herziening daarvan zal het sluitstuk vormen van het onderzoek van de Commissie naar de mededingingsrechtelijke gevolgen van e-commerce.

Wat leert het eindverslag ons?

Het mag geen verrassing zijn dat het eindverslag bevestigt dat de snelle groei van e-commerce in het laatste decennium aanzienlijke impact heeft gehad op de distributiestrategieën van bedrijven en op het gedrag van consumenten. Zo heeft e-commerce geleid tot meer prijstransparantie. Het sectoronderzoek heeft gesignaleerd dat als gevolg daarvan online opererende ondernemingen voornamelijk op prijs concurreren in plaats van op andere kenmerken van een product of dienst (zoals kwaliteit, merkimago of innovatie). Als reactie daarop is fabrikanten er een hoop aan gelegen de controle te behouden over de distributie van hun producten en diensten, om de kwaliteit daarvan te borgen. Zo volgt uit het eindverslag dat fabrikanten in toenemende mate hun producten of diensten via eigen online winkels en zonder tussenschakel aan hun klanten verkopen. Op die manier concurreren fabrikanten steeds vaker met hun eigen onafhankelijke distributeurs. Daarnaast toont het verslag aan dat leveranciers steeds vaker hun toevlucht zoeken in selectieve distributiesystemen (waarbij producten uitsluitend door vooraf geselecteerde verkopers mogen worden verkocht) en in toenemende mate contractuele beperkingen opleggen aan hun distributeurs. In het eindverslag worden deze handelspraktijken nader beschouwd. Het eindverslag bestaat uit twee delen: het eerste deel gaat over e-commerce van consumentengoederen, het tweede deel ziet op e-commerce van digitale inhoud. Hierna volgt eerst een uiteenzetting van enkele voor de praktijk belangrijke constatering uit het eindverslag ten aanzien van e-commerce van consumentengoederen.

- De uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie (zoals prijzen en verkochte hoeveelheden) tussen

onlineplatforms en derde verkopers of tussen fabrikanten met een eigen winkel en detailhandelaren, kan leiden tot mededingingsbezwaren wanneer dezelfde spelers directe concurrenten van elkaar zijn.

- Prijstransparantie kan aanleiding geven tot meeliftgedrag. Zo kan de consument eerst gebruik maken van pre-verkoop diensten in fysieke winkels waarna deze het product online aankoopt. Dit leidt tot meeliftgedrag van de online detailhandelaar op de pre-verkoop diensten van de offline detailhandelaar, ook wel aangeduid als free riding. De Commissie stelt vast dat het voor fabrikanten en detailhandelaren essentieel is om free riding aan te pakken en detailhandelaren te blijven stimuleren tot verdere investeringen in hoogwaardige diensten. Daarbij dient een gelijkwaardig speelveld tot stand te worden gebracht tussen de online- en offlineomgeving.
- De Commissie stelt dat het rekenen van verschillende prijzen aan verschillende detailhandelaren in het algemeen wordt beschouwd als een normaal onderdeel van het concurrentieproces. Het rekenen van verschillende prijzen aan dezelfde detailhandelaar, afhankelijk van het feit of het product offline of online zal worden verkocht, vormt echter een hardcore-bepanking onder de groepsvrijstellingsverordening. De Commissie geeft in dit kader aan te blijven openstaan voor efficiëntie-verweren, bijvoorbeeld wanneer free riding met deze vorm van dual pricing kan worden aangepakt.
- Prijstransparantie stelt zowel de fabrikanten als de detailhandelaren in staat om winkelprijzen te monitoren, hetgeen volgens de Commissie enerzijds verticale prijsbinding in de hand zou kunnen werken en anderzijds collusie zou kunnen faciliteren tussen detailhandelaren onderling. De Commissie stelt dat het grootschalig gebruik van prijssoftware, waarbij eigen prijzen automatisch worden aangepast op basis van geconstateerde prijzen van concurrenten, afhankelijk van de marktomstandigheden kan leiden tot mededingingsrechtelijke bezwaren.
- De Commissie is van plan om grondiger te toetsen of in een bepaalde situatie de eis van een leverancier dat de detailhandelaar over een fysieke winkel beschikt, daadwerkelijk noodzakelijk is voor de bevordering van de kwaliteit van de distributie of dat een dergelijke eis slechts wordt gesteld om online distributeurs uit te sluiten van het distributienetwerk. Daarbij laat de Commissie het aan de beoordeling van de nationale autoriteiten over welke producten binnen een merk een dergelijke “fysieke winkel”-eis zouden kunnen rechtvaardigen.
- Uit het eindverslag volgt dat een (absoluut) verbod op de verkoop via online platforms, zoals EBay en Amazon, niet als een hardcore-bepanking in de zin van de groepsvrijstellingsverordening dient te worden beschouwd¹. Dit moet echter niet als een vrijbrief worden gezien. Afhankelijk van de marktsituatie kan de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit de bescherming van een dergelijk verbod onder de groepsvrijstellingsverordening intrekken.
- Geo blocking (waarbij consumenten vanwege het geografisch gebied waar zij zich in begeven, de toegang tot bepaalde websites wordt onthouden of waarbij consumenten worden omgeleid) kan aanleiding geven tot mededingingsbezwaren. Dit geldt niet voor eenzijdige beslissingen van niet dominante bedrijven om producten niet over de grens te verkopen.

Met betrekking tot de ontwikkelingen rondom e-commerce van digitale inhoud focuste het onderzoek zich met name op de onlineverkoop van audiovisuele en muziekproducten. De resultaten bevestigen dat de toegang tot licenties en in het bijzonder tot aantrekkelijke content, een bepalende concurrentiefactor vormen. De belangrijkste mededingingsbezwaren die uit het sectoronderzoek naar voren zijn gekomen, houden verband met bepaalde contractuele beperkingen in licentieovereenkomsten die het zowel voor bestaande marktspelers als nieuwkomers lastig maken om te concurreren en nieuwe innoverende diensten te ontwikkelen. De Commissie noemt in dit kader: de lange duur van de contracten (in combinatie met automatische verlengingsmogelijkheden en gehanteerde betalingsmechanismen), de bundeling van online rechten (wanneer online rechten door licentienemers niet of slechts gedeeltelijk worden benut) en geo blocking.

De Commissie heeft in het eindverslag aangegeven dat zij, in het licht van de resultaten van het sectoronderzoek, de

focus zal leggen op de handhaving van de mededingingsregels op de meest voorkomende handelspraktijken die zijn ontstaan of zich verder hebben ontwikkeld als gevolg van de groei van e-commerce. Uiteraard voor zover deze handelspraktijken de mededinging en de grensoverschrijdende handel nadelig kunnen beïnvloeden. Daarnaast geldt dat ACM in één van haar publicaties uit 2015, 'Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten', te kennen heeft gegeven de resultaten van het sectoronderzoek mee te zullen nemen in haar toezicht op verticale overeenkomsten. Het is dan ook raadzaam voor ondernemingen die actief zijn in e-commerce om de bedrijfsvoering zoveel mogelijk met de bevindingen uit het eindverslag in overeenstemming te brengen.

1) Een verzoek om een prejudiciële beslissing over deze kwestie is momenteel in behandeling bij het Hof van Justitie (C-230/16).

Your Key Contacts



Marc Kuijper

Netherlands Managing

Partner, Amsterdam

D +31 20 795 31 27

M +31 6 15 88 09 29

marc.kuijper@dentons.com



Pascale van Overbeek

Senior Associate,

Amsterdam

D +31 20 795 30 33

M +31 65 021 39 62

pascale.vanoverbeek@dentons.com