

De (finale) verordening op het verbod op geoblocking en andere vormen van geodiscriminatie

Een game changer voor online handel binnen de EU?

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

Op 2 maart 2018 is de verordening gepubliceerd waarin geoblocking en andere vormen van discriminatie op grond van nationaliteit, woon- of vestigingsplaats ('geodiscriminatie') worden verboden.¹ Deze verboden moeten, net als de andere voorstellen die onderdeel uitmaken van de *Digital Single Market*-strategie, ertoe leiden dat klanten betere toegang krijgen tot goederen en diensten op de interne markt. Dit zou op haar beurt grensoverschrijdende verkoop moeten stimuleren. De verordening is van toepassing met ingang van 3 december 2018.² Over de aanleiding voor en de inhoud van het voorstel tot de verordening schreven wij reeds in dit tijdschrift.³ In dit artikel wordt kort ingegaan op de finale versie van de verbodsbepalingen. Ook worden de wijzigingen ten opzichte van het op 25 mei 2016 door de Europese Commissie gepresenteerde – en eerder in dit tijdschrift besproken – voorstel (hierna: de conceptverordening)⁴ belicht.

Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpak van ongerechtvaardigde 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, PbEU 2018, L 601/1

Aanleiding voor de verordening

De Geoblockingverordening maakt deel uit van de *Digital Single Market*-strategie van de Commissie en beoogt bij te dragen aan grensoverschrijdende online handel tussen lidstaten. De reikwijdte is echter niet beperkt tot e-commerce maar probeert alle grensoverschrijdende aankopen van goederen en diensten te bevorderen, zij het dat bepaalde diensten worden uitgesloten van de werkingssfeer.⁵

Hoewel de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG) in artikel 20 reeds een verbod bevat voor handelaren om bij de levering van diensten ongerechtvaardigd een onderscheid te maken naar nationaliteit of verblijfplaats om toegang tot de verleende dienst te beperken, heeft de Commissie het toch nodig gevonden om ter bevordering van de *Digital Single Market* een algemeen verbod op geoblocking of geodiscriminatie uit te werken in een verordening. Daarbij is niet alleen relevant geweest dat de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn beperkt is tot de levering van diensten en artikel 20 Dienstenrichtlijn veel uitzonderingen kent, maar ook de geringe effectiviteit van deze richtlijnbevestiging in de nationale rechtsstelsels

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

1. Verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de aanpak van ongerechtvaardigde 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.
2. De verordening treedt 20 dagen na publicatie in het Publicatieblad in werking (art. 11 lid 1 verordening).
3. D.P. Kuipers en M.A.M.L. van de Sanden, 'Het verbod op geoblocking en geodiscriminatie: het voorstel voor een verordening betreffende de aanpak van geoblocking en andere vormen van geodiscriminatie nader bezien', *NtEr* 2016/7.
4. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de aanpak van geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op basis van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, COM/2016/0289 final.

5. Zoals de gezondheidszorg, personenvervoer per spoor, financiële (retail)diensten, elektronische muziek, audiovisuele diensten en bepaalde vormen van gokken.

zal daarbij een rol hebben gespeeld. Wij hebben daar in onze eerdere bijdrage reeds op gewezen.⁶ Het Europees Economisch en Sociaal Comité stelt in zijn advies over de ontwerp-geoblockingverordening, dat in februari 2017 is gepubliceerd, zelfs dat artikel 20 Dienstenrichtlijn door de lidstaten ‘stelselmatig wordt genegeerd’.⁷ De verordening is bedoeld om artikel 20 Dienstenrichtlijn te verduidelijken, maar in geval van tegenstrijdigheid gaat de verordening voor op de richtlijn.⁸

Ook het mededingingsrecht biedt geen instrument om op te treden tegen geografische handelsbeperkingen of geodiscriminatoire voorwaarden, die door (niet-dominante) handelaren eenzijdig worden ingesteld bij de verkoop van hun producten of diensten, zoals de Commissie vaststelde in haar rapport op basis van sectoronderzoek in de e-commerce sector.⁹

Inhoud van de verordening

De verordening bevat een drietal verbodsbepalingen.

Verbod op geoblocking (art. 3 verordening)

Allereerst mogen handelaren onder de nieuwe verordening niet langer ‘geoblocken’. Dit betekent dat zij niet langer de toegang van klanten tot online interfaces (‘websites’¹⁰) mogen 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. Hierop is een uitzondering mogelijk als de klant hiervoor expliciet toestemming heeft gegeven en het voor de klant eenvoudig blijft om terug te keren naar de website die de klant aanvankelijk bezocht (art. 3 lid 2). Beide verboden zijn niet van toepassing als geoblocken of re-routen noodzakelijk is om in overeenstemming met de van toepassing zijnde (Europese of nationale) wet- en

regelgeving te handelen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als er een wettelijk verbod geldt op het weergeven van specifieke inhoud of een product niet mag worden verkocht in een bepaalde lidstaat.¹¹ De handelaar dient in dat geval een duidelijke en specifieke verklaring te geven aan de klant waarom het blokken of re-routen noodzakelijk is. Dit dient te gebeuren in de taal van de website die de klant aanvankelijk bezocht (art. 3 lid 3).

Verbod op het hanteren van verschillende algemene voorwaarden (art. 4 verordening)

Ten tweede is het handelaren niet meer toegestaan om op grond van de nationaliteit, de woon- of vestigingsplaats van de klant verschillende algemene voorwaarden, waaronder prijzen, te hanteren in de situatie waarin de klant tracht (art. 4 lid 1):

- a. goederen te kopen die worden geleverd in de lidstaat waar de handelaar volgens zijn algemene voorwaarden levert of worden verzameld op een tussen de handelaar en klant overeengekomen locatie in een lidstaat waar de handelaar volgens zijn algemene voorwaarden een dergelijke optie biedt;
- b. via elektronische weg diensten te ontvangen, met uitzondering van de diensten waarvan het hoofdkenmerk is het aanbieden van toegang tot en gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken of ander beschermd materiaal;¹²
- c. diensten te ontvangen, anders dan via elektronische weg, op een fysieke locatie in de lidstaat waar de handelaar actief is.

Ook hierbij geldt dat een uitzondering mogelijk is als de handelaar daartoe wordt verplicht op grond van (Europese of nationale) wet- en regelgeving (art. 4 lid 3).

Verbod op het hanteren van verschillende betalingsvoorwaarden (art. 5 verordening)

Ten derde is het handelaren niet langer toegestaan om verschillende betalingsvoorwaarden toe te passen bij een transactie op grond van de nationaliteit, de woon- of vestigingsplaats van de klant, de locatie van de betaalrekening, de plaats van vestiging van de betaaldienstverlener of de plaats van afgifte van het betaalinstrument binnen de Unie, als (art. 5 lid 1):

- a. die betalingen geschieden via elektronische transacties door overschrijving, rechtstreekse afschrijving of een op kaarten gebaseerd betaalinstrument binnen hetzelfde betalingsmerk en -categorie;
- b. is voldaan aan de authenticatievereisten op grond van Richtlijn (EU) 2015/2366; en
- c. de betalingen in een valuta zijn die de handelaar accepteert.

6. Zie Kuipers en Van de Sanden 2016.

7. Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de aanpak van geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op basis van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, COM(2016) 289 final –2016/0152 (COD), *PbEU* 2017, C 034/14, par. 4.12: ‘Een bekend voorbeeld is artikel 20 van de dienstenrichtlijn, dat door de lidstaten stelselmatig wordt genegeerd, hoewel het in dit geval onduidelijk is hoe het artikel naar behoren ten uitvoer moet worden gelegd.’

8. Zo is uitdrukkelijk bepaald in overweging 3 van de verordening.

9. Zie het Eindverslag over sectoronderzoek naar e-commerce van de Commissie van 10 mei 2017, COM(2017)229, par. 49. Voor meer informatie over het Eindverslag van dit sectoronderzoek: zie D.P. Kuipers en G.P. Sholeh, ‘Eindrapport E-Commerce Sector Inquiry: extra aandacht voor geoblocking en verticale prijsbinding’, *NtEr* 2017/5, p. 99-107.

10. De verordening verwijst naar zgn. online interfaces (art. 2 sub p verordening). Dit is software, met inbegrip van een website of een gedeelte daarvan en toepassingen, waaronder mobiele applicaties, 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. Ten behoeve van de leesbaarheid van dit artikel wordt ‘website’ gehanteerd.

11. Overweging nr. 17 verordening. Een voorbeeld hiervan is het Zweedse snus. Het is verboden om dit product te verkopen binnen de Europese Unie, behalve in Zweden.

12. Het verbod is aldus niet van toepassing op niet-audiovisuele diensten. Zie ook overweging nr. 6 verordening.

Wijzigingen ten opzichte van de conceptverordening¹³

De tekst van de verordening is grotendeels gelijk aan de conceptverordening zoals in mei 2016 voorgesteld door de Commissie. Het merendeel van de wijzigingen betreft (slechts) verduidelijkingen. Zo bleek uit de conceptverordening al, maar is nu expliciet in artikel 4 opgenomen, dat het verbod op het hanteren van verschillende algemene voorwaarden handelaren er niet van weerhoudt om verschillende voorwaarden, waaronder prijzen, toe te passen in verschillende lidstaten of binnen een lidstaat, zolang dit maar op een non-discriminatoire wijze gebeurt.¹⁴ Het hanteren van bijvoorbeeld landspecifieke online interfaces blijft dus mogelijk.¹⁵ Zo kan het zijn dat een product duurder is in Frankrijk dan in Spanje. Koopt een Fransman het product via de Spaanse interface, dan geldt echter de prijs die ook voor Spanjaarden geldt.

De verordening bepaalt ook dat het niet van toepassing is op puur interne situaties binnen het territorium van een lidstaat. De praktische betekenis hiervan is dat deze verordening er niet aan in de weg staat dat binnen een lidstaat wel gediscrimineerd mag worden, bijvoorbeeld doordat een handelaar een aanbieding doet aan inwoners van een bepaalde stad. Eerder was opgenomen in welke situaties de verordening van toepassing is, waaruit indirect bleek dat enkel grensoverschrijdende gevallen onder de reikwijdte van de verordening vielen.¹⁶ Voorts is in de finale versie een verduidelijking opgenomen ten aanzien van het toepasselijke recht en de jurisdictie. Gevreesd werd dat handelaren terughoudend zouden zijn in het verrichten van grensoverschrijdende verkopen vanwege de verschillende wet- en regelgeving, de onzekerheid die dat met zich brengt en de bijbehorende risico's met betrekking tot de toepasselijke consumentenregels, milieu- en etiketteringseisen enzovoort.¹⁷ Derhalve is nu verduidelijkt dat het enkele voldoen aan de verordening onvoldoende is om te worden gezien als het richten van activiteiten op de lidstaat waar de consument woonachtig is.¹⁸ Als een consument een aankoop doet (van)uit een andere lidstaat dan vanwaar de handelaar zaken doet, is in principe de wet- en regelgeving van de lidstaat van de handelaar van toepassing. Evenzo is in dat geval het gerecht in de lidstaat van de handelaar bevoegd.¹⁹ Met name kleinere en middelgrote ondernemingen zullen hierdoor mogelijk een minder grote

drempel ervaren om grensoverschrijdend te verkopen. Dit neemt overigens niet weg dat een combinatie van factoren er wel toe kan leiden dat sprake is van het richten van activiteiten op de lidstaat waar de consument woonachtig is en het recht van die lidstaat alsnog van toepassing is.²⁰

Voor wat betreft het verbod op het hanteren van verschillende betalingsvoorwaarden (art. 5 verordening) is toegevoegd dat, als daar objectieve redenen voor zijn, de handelaar het recht behoudt om goederen of diensten achter te houden totdat de handelaar de bevestiging heeft dat de betaling op de juiste manier is geïnitieerd. Dit is bedoeld om fraude bij het gebruik van bepaalde betaalmethoden te voorkomen.²¹ Verder is aan artikel 6 van de verordening toegevoegd dat de verordening geen betrekking heeft op overeenkomsten die actieve of passieve verkoop beperken zoals bedoeld in Verordening (EU) nr. 330/2010²² en buiten de reikwijdte van de verboden zoals opgenomen in artikel 3, 4 en 5 van de verordening vallen.²³ Overeenkomsten die actieve of passieve verkoop beperken in de zin van Verordening (EU) nr. 330/2010, worden over het algemeen beschouwd als mededingingsbeperkend en vallen onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU.

Voorts is noemenswaardig dat de maatregelen²⁴ die iedere lidstaat moet bepalen in geval van overtreding, moeten worden gecommuniceerd aan de Commissie en publiekelijk bekend moeten worden gemaakt op haar website. Dit was in de conceptverordening nog niet opgenomen. De verplichting om een uniform klachtenformulier te verstrekken aan consumenten door een nader aan te wijzen nationale instantie is daarentegen komen te vervallen.²⁵ Ten slotte is de overgangstermijn verlengd naar negen maanden in plaats van de eerder opgenomen zes maanden. Dit geeft handelaren de benodigde tijd hun algemene voorwaarden en verkoopbeleid aan te passen aan de nieuwe – direct werkende – ver-

13. Gezien de beperkte omvang van dit artikel geven wij geen uitputtend overzicht van de wijzigingen.

14. Overweging nr. 17 conceptverordening.

15. Overweging nr. 21a verordening.

16. Art. 1 lid 2 verordening. Zie ook art. 1 lid 2 conceptverordening.

17. Overweging nr. 2 verordening. Zie ook Parlement, memorie van toelichting bij plenaire vergadering, 27 april 2017, <www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A8-2017-0172&language=EN>.

18. Zoals bedoeld in art. 6 lid 1 van Verordening (EG) nr. 593/2008 en art. 17 lid 1 Verordening (EU) nr. 1215/2012. Zie art. 1 lid 5 en art. 4 lid 1b verordening.

19. Overweging nr. 10 verordening.

20. Zie overweging nr. 9 verordening.

21. Parlement, rapport plenaire vergadering, 27 april 2017, p. 56. Zie ook overweging nr. 25 verordening.

22. Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 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, *PbEU* 2010, L 102/1.

23. Art. 6 lid 1 verordening.

24. In de conceptverordening werd verwezen naar 'penalties'. Dit is vervangen door 'measures'.

25. Conform art. 8 verordening dient iedere lidstaat een instantie aan te wijzen die praktische assistentie biedt aan consumenten (niet aan zakelijke afnemers) in het geval van een conflict tussen de consument en de handelaar. De verwachting is dat in Nederland de ACM als instantie wordt aangewezen. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 22122, 2167 (fiche: verordening geoblocking).

plichtingen en regels en de lidstaten de tijd de benodigde wet- en regelgeving op te stellen.²⁶

Korte analyse

Hoewel tijdens de onderhandelingen verdergaande wijzigingen zijn voorgesteld, is het aantal (inhoudelijke) wijzigingen uiteindelijk beperkt gebleven en zijn vooral verduidelijkingen en tekstwijzigingen doorgevoerd (zie hiervoor ‘wijzigingen ten opzichte van de conceptverordening’). Dit lijkt (grotendeels) te komen doordat getracht is een balans te vinden tussen enerzijds het belang van de consument om de keuze en toegang tot producten en diensten te vergroten en anderzijds de commerciële vrijheid van handelaren te behouden. Hierdoor heeft de eindtekst van de verordening een hoog compromisgehalte gekregen.

Ook heeft dit ertoe geleid dat een behoorlijk aantal sectoren van de toepassing van de verordening is uitgezonderd. Dit geldt in de eerste plaats voor de veel bediscussieerde auteursrechtelijk beschermde werken (zoals video’s, e-boeken of online muziek). Het voorstel van het Parlement²⁷ om ook die werken onder het bereik van de verordening te brengen, om zo de keuze en toegang tot die diensten en producten voor consumenten te vergroten, werd hevig bekritiseerd door ondernemingen en belangenverenigingen uit de creatieve industrie.²⁸ De toepassing van de verordening daarop zou volgens hen het zorgvuldig uitgebalanceerd licentiesysteem voor digitale contentdiensten verstoren, omdat die vaak gebaseerd zijn op territoriale licenties met tarieven variërend per territorium. Hierdoor zou hun commerciële vrijheid worden beperkt ten nadele van de consument.²⁹ Vooral nog is daarom besloten om de verordening niet van toepassing te laten zijn op auteursrechtelijk beschermde werken of ander beschermd materiaal. Wel is opgenomen dat tijdens de eerste evaluatie van de verordening (over twee jaar) aandacht moet worden besteed aan de reikwijdte van de verordening. Daaronder vallen expliciet ook 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). Op

deze manier is getracht tegemoet te komen aan zowel de belangen van de consument als die van de handelaar.

De gezochte balans tussen de belangen van consumenten en handelaren blijkt bijvoorbeeld ook uit het recht voor klanten om te weten welk aanbod in andere lidstaten wordt gedaan (ten behoeve van de consument), terwijl er geen leveringsverplichting geldt en (prijs)differentiatie mogelijk blijft (ten behoeve van de handelaar).³⁰ Dat betekent dat een klant in Nederland bijvoorbeeld online een product in Duitsland kan kopen, maar de handelaar geen verplichting heeft om het product ook in Nederland aan te bieden of af te leveren. De klant in Nederland zal zelf voor verzending van het product van Duitsland naar Nederland moeten zorgen (of het moeten ophalen). Ook blijven andere redenen om levering te weigeren dan redenen omwille van de nationaliteit valide, zoals *out-of-stock* of een vermoeden van fraude.

Een ander voorbeeld van het compromiskarakter van de verordening is dat slechts eenmaal toestemming hoeft te worden gegeven voor het re-routen van de klant.³¹ Hoewel dit ook als voordeel voor de consument zou kunnen worden gezien, is dit met name voor de handelaar voordelig. Tegelijkertijd zal de verordening eveneens van toepassing zijn op zakelijke afnemers – ondanks de bezwaren van handelaren.³² Dit leidt op zijn beurt juist tot hogere lasten voor handelaren.

Conclusie

Hoewel de toepasselijkheid van de verordening dus is ingeperkt als gevolg van het politieke compromis, biedt de verordening voor de meeste handelstransacties duidelijkheid over de situaties waarin geoblocking en andere vormen van (geo)discriminatie niet zijn toegestaan. Daarmee lijkt het doel van de verordening – het verder verduidelijken wanneer discriminatie al dan niet is toegestaan in aanvulling op artikel 20 lid 2 Dienstenrichtlijn – te worden behaald.³³ Of dat voldoende is om een echte *game changer* voor de ontwikkeling van de interne markt te worden blijft de vraag. Wij voorzien echter dat de invloed van de verordening groter kan zijn dan thans zou kunnen worden gedacht. Met name in combinatie met andere voorstellen binnen de *Digital Single Market*-strategie, zoals het voorstel voor een verordening betref-

26. (Onder andere) de Nederlandse regering had verzocht om een langere termijn. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 22122, 2167 (fiche: verordening geoblocking), p. 7. Doordat de overgangstermijn is verlengd, is het ook niet langer nodig een afwijkende termijn op te nemen voor de inwerkingtreding van art. 4 lid 1 sub b verordening (zie art. 11 conceptverordening). Voor overeenkomsten die beperkingen bevatten ten aanzien van passieve verkoop in strijd met de verordening, maar in overeenstemming met het (Europese en nationale) mededingingsrecht geldt overigens dat art. 6 pas na 24 maanden in werking treedt.

27. Parlement, rapport plenaire vergadering, 27 april 2017, p. 55.

28. Zie bijvoorbeeld de gezamenlijke reactie van een aantal ondernemingen en belangengroepen d.d. 29 mei 2017, <www.digitaleurope.org/DesktopModules/Bring2mind/DMX/Download.aspx?Command=Core_Download&entryID=2445&language=en-US&PortalId=0&TabId=353>.

29. Gezamenlijke reactie van een aantal ondernemingen en belangengroepen d.d. 29 mei 2017, p. 1.

30. Zie bijvoorbeeld art. 4 lid 1a en overweging nr. 14 verordening.

31. Er waren zorgen geuit dat het te belastend zou zijn om iedere keer om toestemming te vragen. Zie Parlement, rapport plenaire vergadering, 27 april 2017, p. 55.

32. Of de verordening ook van toepassing moet zijn op zakelijke afnemers was onderwerp van discussie. Beargumenteerd werd dat teneinde contractsvrijheid te behouden, B2B-contracten buiten de reikwijdte van de verordening zouden moeten vallen. Zie Parlement, rapport plenaire vergadering, 27 april 2017, p. 42. Zie ook overweging nr. 12 verordening voor de redenen waarom zakelijke afnemers toch binnen de reikwijdte van de verordening vallen. Het betreft overigens alleen de zakelijke afnemers die tevens eindgebruiker zijn.

33. Zie art. 1 lid 1 verordening.

fende grensoverschrijdende pakketbezorgdiensten,³⁴ zou het aantal grensoverschrijdende aankopen enorm kunnen stijgen.³⁵

Voor handelaren in producten en diensten die binnen de reikwijdte van de verordening vallen, geldt dat zij er goed aan doen het jaar 2018 te benutten om hun verkoopbeleid, distributiesysteem en verkoopvoorwaarden tegen het licht te houden. Op basis van de verordening dienen zij zichzelf niet alleen de vraag te stellen of zij hun voorwaarden en contracten moeten aanpassen, maar ook of zij op basis van de verordening gehouden kunnen zijn hun producten over de grenzen te gaan leveren dan wel aan klanten uit andere lidstaten binnen het territorium waarin zij werkzaam zijn. Het verbod op geodiscriminatie zou immers ook kunnen betekenen dat ze bepaalde verkoopmethoden of leveringsvoorwaarden misschien niet langer willen aanbieden.

34. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende grensoverschrijdende pakketbezorgdiensten, SWD(2016) 166 + 167 final.

35. Voorwaarde is uiteraard wel dat er een voldoende afschrikwekkende werking uitgaat van de verordening en de (publieke) handhaving ervan.