

ECLI:NL:RBAMS:2024:7935

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	18-12-2024
Datum publicatie	27-12-2024
Zaaknummer	C/13/739577
Rechtsgebieden	Mededingingsrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Tussenuitspraak
Inhoudsindicatie	Mededingingsrecht verkoper van merkcartridges en huismerkcartridges voert deze zaak tegen fabrikant van printers en cartridges, omdat de fabrikant voor de distributie van haar producten een selectief distributiestelsel heeft ingevoerd vraag of dit stelsel in strijd is met het mededingingsrecht kartelverbod van artikel 101 VWEU; metro-criteria; groeps- en individuele vrijstelling misbruik van economische machtspositie van artikel 102 VWEU
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK Amsterdam

Civiel recht

Zaaknummer: C/13/739577 / HA ZA 23-847

Vonnis van 18 december 2024

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DIGITAL REVOLUTION B.V.,

te Amsterdam,

hierna: **DR,**

2. de rechtspersoon naar buitenlands recht

123 INKT BVBA,

te Gent (België),

hierna: **123inkt België,**

3. de rechtspersoon naar buitenlands recht

123TINTA SL,

te Azuqueca de Henares (Spanje),

hierna: **123inkt Spanje,**

4. de rechtspersoon naar buitenlands recht

INK MAESTRO LIMITED,

te Dublin (Ierland),

hierna: **123inkt Ierland,**

5. de rechtspersoon naar buitenlands recht

123INK AB,

te Jordbro (Zweden),

hierna: **123inkt Zweden,**

6. de rechtspersoon naar buitenlands recht

123DRUKUJ.PL SP.Z.O.O.,

te Zerniki Wroclawskie (Polen),

hierna: **123inkt Polen,**

eisende partijen,

hierna samen te noemen: **123inkt,**

advocaat: mr. Th.C.J.A. van Engelen,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HP EUROPE B.V.,

te Amsterdam,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HP NEDERLAND B.V.,

te Amsterdam,

3. de rechtspersoon naar buitenlands recht

HP INC.,

te Wilmington (Verenigde Staten van Amerika),

4. de rechtspersoon naar buitenlands recht

HP HEWLETT PACKARD GROUP LLC.,

te Houston (Verenigde Staten van Amerika),

5. de rechtspersoon naar buitenlands recht

HP HEWLETT PACKARD DEVELOPMENT COMPANY, L.P.,

te Houston (Verenigde Staten van Amerika),

6. de rechtspersoon naar buitenlands recht

HP PRINTING AND COMPUTING SOLUTIONS S.L.U.,

te Madrid (Spanje),

7. de rechtspersoon naar buitenlands recht

HP BELGIUM B.V.,

te Diegem (België),

gedaagde partijen,

hierna samen te noemen: **HP,**

advocaat: mr. J.D. Drok.

1 Waar de zaak over gaat

- 1.1. 123 inkt distribueert printers en printbenodigdheden van het merk HP, zoals inktpoeder(toner)- en inktcartridges. 123inkt verkoopt huiskartridges die compatibel zijn met printers van HP. 123inkt is deze procedure gestart omdat HP voor de distributie van haar producten een selectief distributiestelsel heeft ingevoerd.
- 1.2. Een selectief distributiestelsel houdt in dat producten alleen mogen worden (door)verkocht aan erkende handelspartners die bepaalde voorwaarden van de fabrikant aanvaarden en naleven. 123inkt stelt zich op het standpunt dat het selectieve distributiestelsel van HP in strijd is met het mededingingsrecht.
- 1.3. De rechtbank beslist in dit vonnis dat het stelsel van HP niet voldoet aan de Metro-criteria en daarmee binnen het bereik van artikel 101 lid 1, VWEU valt. De rechtbank beslist tevens dat het selectief distributiestelsel op grond van wat partijen hebben aangevoerd niet kan profiteren van de Groepsvrijstelling.
- 1.4. De rechtbank neemt in dit vonnis nog geen eindbeslissing. Het selectieve distributiestelsel kan mogelijk op individuele basis profiteren van de vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU en daarover is nog onvoldoende debat van partijen geweest. Partijen krijgen daarom eerst nog de gelegenheid zich daarover nader uit te laten.
- 1.5. Over het tweede verwijt van 123inkt, dat HP met haar stelsel misbruik maakt van haar economische machtspositie, beslist de rechtbank dat dit verwijt in het eindvonnis ongegrond zal worden verklaard.

2 De procedure

- 2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 30 september 2024 en de daarin genoemde stukken.

3 De feiten

- 3.1.

HP is een fabrikant of *Original Equipment Manufacturer* (OEM) van printers en printbenodigdheden, zoals inktpoeder(toner)- en inktcartridges (hierna: cartridges). HP verkoopt haar producten wereldwijd, niet alleen aan handelaren (distributeurs), maar ook direct aan de consument.

- 3.2. HP brengt haar cartridges onder eigen naam (hierna: HP-cartridges) op de markt. In de meeste printermodellen van HP kunnen alleen specifiek voor dat model bestemde cartridges worden gebruikt. Dergelijke cartridges worden niet door andere OEMs gemaakt. Wel kunnen derden, bij sommige printers door middel van hacking, cartridges maken die kunnen worden gebruikt op HP-printers, zogenoemde huiskartridges. Om het hacken te bemoeilijken, is HP er op een gegeven moment toe overgegaan om de geheime code van HP chips periodiek te wijzigen. *Dynamic Security*, dat HP in 2016 heeft geïntroduceerd, is een authenticatie-methode die met dergelijke periodiek veranderende parameters werkt. Sommige printers van HP zijn uitgerust met dit *Dynamic Security*-systeem.
- 3.3. 123 inkt is een webwinkel voor kantoorartikelen. 123inkt verkoopt onder meer HP-printers en de daarvoor bestemde cartridges, niet alleen van het merk HP maar ook van haar eigen huiskartridge. Waar 123inkt aanvankelijk alleen op Nederland was gericht, via DR en de domeinnaam [internetsite 1] , is zij inmiddels ook gericht op België (via 123inkt België), Spanje (via 123inkt Spanje), Ierland (via 123inkt Ierland), Zweden (via 123inkt Zweden), en Polen (via 123inkt Polen), steeds via vergelijkbare domeinnamen.
- 3.4. Huiskartridges, waaronder die van 123inkt, maken geen gebruik van originele HP-chips. Door een update van de software op de printer kan het zijn dat huiskartridges niet altijd (of niet langer) compatibel zijn met HP-printers die zijn uitgerust met *Dynamic Security*.
- 3.5. Zowel HP als 123inkt bieden naast printers met klassieke cartridges ook zogenaamde *services* aan. In geval van HP gaat het om HP Instant Ink, een abonnementsdienst, waarbij de consument automatisch nieuwe cartridges toegestuurd krijgt wanneer de printer signaleert dat de oude bijna op zijn. Met deze service betaalt de consument alleen voor het aantal af te drukken pagina's. HP+ is een variatie op HP Instant Ink. HP biedt daarnaast ook HP SmartTank printers aan, die een grote tank inkt of toner bevatten die een gemiddelde klant gedurende enkele jaren verbruikt en die daarna kan worden bijgevuld met flesjes. 123inkt biedt *Managed Print Services* aan, waarbij zij onderhoud en automatische toezending van cartridges en eventueel ook papier voor de printer aanbiedt.
- 3.6. Op 11 augustus 2020 heeft HP een selectief distributiestelsel geïntroduceerd voor de distributie van haar producten en services, waaronder printers en printbenodigdheden zoals cartridges. Het distributiestelsel ziet op het gebied bestaande uit de Europese Economische Ruimte (EER), Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk (hierna: het Gebied).
- 3.7. Het selectieve distributiestelsel van HP houdt in dat HP-producten alleen door erkende distributeurs (*Authorized Partners*) mogen worden afgenomen, en ook alleen aan andere erkende partners of consumenten mogen worden doorverkocht. Om een erkende partner te worden moeten distributeurs een online registratieproces doorlopen, waarbij zij de '*HP Selective Distribution Criteria*' (hierna: SDC) moeten aanvaarden. Na toelating worden afnemers van HP geregistreerd in de '*Authorized Partner List*' (hierna: APL).
- 3.8. De SDC zijn enkele malen gewijzigd. De laatste versie geldt sinds 1 november 2023, en luidt - voor zover hier relevant - als volgt:

"(..)

SCOPE

(..)

Under this system of distribution, HP Products and Services are restricted to sellers (“HP Authorized Partners”) meeting certain technical or professional standards (“selective distribution criteria” or “SDC”) to ensure they are properly marketed. Sales by HP Authorized Partners to other HP Authorized Partners are subject to the same selective distribution criteria.

GENERAL PROVISIONS

1. All HP Authorized Partners must:

a. comply with the SDC at all times;

(..)

d. cooperate with HP by allowing and reasonably facilitating HP controls of compliance with the HP SDC upon HPs request, including disclosing product sources and sellout data of HP products and third-party products allegedly infringing HPs intellectual property and submitting to audits and other mechanisms as agreed.

(..)

HP GENERAL SELECTIVE DISTRIBUTION CRITERIA

Applicable to all HP Products and Services:

Experience	An HP Authorized Partner must sell and be in the business of selling information technology (IT) products and/or services to other channel partners and/or end customers.
Valid warranty:	HP Products must be sold with a valid HP manufacturers warranty; supplies products must be sold prior to the HP manufacturers warranty end date and customers must be informed of HP manufacturers warranty duration. In addition, HP Authorized Partner must comply with its obligations as a seller in relation to consumer withdrawal rights and consumer warranties.
Post-Sales Support	An HP Authorized Partner must deliver or facilitate the provision of post-sales support using reasonable skill and care in accordance with good industry practice and applicable law.
Staff	An HP Authorized Partner must maintain a qualified and trained staff knowledgeable about the Products and Services, who complete any required training and certification courses for the Products and/or Services as provided by HP through its training tool(s) and/or portal(s) or otherwise communicated by HP.
Business Practices	An HP Authorized Partner must maintain and foster the reputation of the HP brand, conduct fair and ethical sales and marketing practices, including: 1. compliance with applicable legislation, including, but not limited to, legislation governing privacy, consumer protection, intellectual property rights, competition and fair trade, export licensing, trade controls and anti-corruption; 2. compliance with HP Partner Program(s) and HP Partner Agreement(s) terms during the course thereof and upon expiry or termination; you cannot be an HP

	Authorized Partner after your HP Partner Agreement was terminated by HP; and 3. refraining from engaging in counterfeit practices or other infringements of HP intellectual property including buying or selling HP Products or Services not intended by HP for the related market. HP Products must not be altered or tampered with in any way.
Finance	An HP Authorized Partner must have sufficient financial resources to sustain sales of Products and Services to other channel partners and/or end customers.
Pre-sales support for offline sales	An HP Authorized Partner must be capable of providing end customers with pre- sales advice using reasonable skill and care in accordance with good industry practice. HP Authorized Partners must be capable of assisting end customers in selecting Products and Services and answering related customer enquiries with the objective of creating and maintaining maximum customer satisfaction.

(..)

HP PRODUCT-SPECIFIC SELECTIVE DISTRIBUTION CRITERIA

For certain defined Products and Services, additional product-specific criteria apply as listed here after.

(..)

PRINTING SOLUTIONS:

(..) PRODUCT SPECIFIC CRITERIA

() A. Meet the following criteria for online sales via website or online marketplace:

(..) 1. *Seller identity and contact details:* Online sales offered either via a functional website or marketplace providing choice of payment methods, estimated delivery date, registered address, VAT number and/or other public registration as legally required, email and phone number.

(..) 2. *Correct and up to date product information:* Display complete, accurate and up to date product information as needed to allow buyers to make an informed decision relating to the product, including but not limited to: (i) HP product name, including product number or the series name or the model name; (ii) product functionality, compatibility and interoperability information, and any applicable restrictions; and (iii) a high quality image of the product; for supplies, it must be front facing in HP original packaging to allow reading of packaging information.

(..) 3. *Avoid customer confusion:* Refrain from using HP trademarks, logos, branding, naming, images of HP products and part numbers in listings and product content for non-HP manufactured products in a way that could confuse customers into thinking erroneously that a non-HP product is a HP OEM product. In particular, refrain from using HP trademarks, naming and/or part numbers in the product name of a non-HP product, except at the end of such product name by using the indication such as "alternative to", "compatible cartridge for", "remanufactured" or similar wording clearly indicating that said product is a non-original HP product. For clarity purposes, the listing of non-HP products should not start with "HP".

(..) 4. *Correct product shipment:* Ship the exact product number ordered by the customer in new, unused and undamaged original HP packaging; ship an HP original when HP original ordered by

customer. If the HP Authorized Partner offers various shipment options (e.g., standard, express, courier, etc.), the HP Authorized Partner must clearly state the cost of each shipment option and expected delivery time for each option.

(..) 5. *Utilize protective packaging*: HP products ordered online must meet reasonable level of protection for transportation to ensure the product, including its original HP packaging, is intact and in good condition when delivered to the customer.

(..) 6. *No depreciation of HP brand*: No undermining of the HP brand or the high level of quality of the HP products. No inaccurate or false description or inaccurate or false comparison of HP products to any other products. Specifically, for sales via the sellers own websites (for the avoidance of doubt, this does not apply to third party listings on marketplaces), (i) when customers search for print hardware or supplies using HP branded terms, search results must show the relevant original HP product in the top position of the organic search results; (ii) on the HP product detail page, no non-HP competing product information should appear above or in the midst of the HP product detail information excluding dynamic paid advertising and dynamic recommendation fields; and (iii) after a customer has added an HP product to the shopping cart or moves to check-out, refrain from actively recommending, promoting or offering customer to switch an HP product for any other products in a misleading manner. (..)“

3.9. Bij e-mail van 3 juni 2022 heeft HP Europe B.V. een 'Notice Letter' doen sturen aan DR, waarin staat dat zij constateert dat DR in strijd handelt met de SDC en verzoekt om dit handelen te staken.

3.10. Bij e-mail van 7 juni 2022 heeft DR (voor zover van belang) als volgt gereageerd:

"I can inform you that we are not an HP Authorized Partner and therefore the HP Selective Distribution criteria do not apply to us."

3.11. Bij e-mail van 7 juli 2022 aan DR en 123inkt Spanje heeft HP Europe B.V. opnieuw een 'Notice Letter' gestuurd.

3.12. Bij drie inhoudelijk identieke brieven van 28 april 2023 en 4 mei 2023 aan DR, [internetsite 2] B.V. (geen partij in deze procedure) en 123inkt Spanje heeft HP gesommeerd om de verkoop, inkoop en het op voorraad hebben van HP producten te staken en gestaakt te houden en de aanwezige voorraden te vernietigen of te verkopen aan een geautoriseerde HP partner. Als grondslag voor deze sommatie heeft HP in die brieven aangevoerd dat DR zich schuldig maakt aan onrechtmatige praktijken, waaronder *bait-and-switch* praktijken, het verkopen van HP-producten zonder verpakking en van producten waarvan de fabrieksgarantie is verlopen, merkinbreuk en inbreuk op overeenkomsten tussen HP en geautoriseerde *resellers*, en het verspreiden van *incomplete, misleading, degrading and/or unverifiable statements*.

3.13. Bij brieven van 10 en 11 mei 2023 heeft HP aan 123inkt Ierland, respectievelijk 123inkt Zweden meegedeeld dat zij met onmiddellijke ingang van de APL zijn verwijderd.

Verkoopwijze van 123inkt

3.14. Op de website van 123inkt staat naast iedere aangeboden originele HP-cartridge een boodschap in rode letters, die luidt: *"Wij adviseren u om in plaats van deze cartridge het 123inkt huismerk te nemen"*.

» HP 305 (3YM61AE) inktcartridge zwart (origineel)



Omschrijving

De originele HP 305 (3YM61AE) inktcartridge zwart bevat 2,2 ml.

Specificaties

Kleur:	zwart	Merk:	HP
Type:	inkjet cartridge	Nummer:	3YM61AE
Inhoud:	2,2 ml	EAN-code:	00194441597349
Capaciteit:	± 120 pagina's	Ons artikelnr.:	044690

Bespaar 66,1% op uw inkt!

Bespaar op uw afdrukkosten. En met bijna 8 x zoveel inhoud.

123inkt huismerk vervangt HP 305 (3YM61AE) inktcartridge zwart voor € 27,50

Bestellen

Tip

Wij adviseren u om i.p.v. deze cartridge het 123inkt huismerk te nemen.

Morgen in huis

1 Bestellen

€ 10,50 (incl. 21% btw)
(€ 8,68 excl. 21% btw)

direct leverbaar

» 123inkt huismerk vervangt HP 305 (3YM61AE) inktcartridge zwart



Omschrijving

Bespaar 66,1% op uw inkt!

123inkt huismerk cartridge zwart.

Inhoud 17 ml (dus bijna 8 x zoveel inhoud als het origineel !!!).

U ziet het verschil in uw portemonnee !!!

Uiteraard met 100% garantie

Specificaties

Kleur:	zwart	Merk:	123inkt
Type:	inkjet cartridge	Nummer:	3YM61AE
Inhoud:	17 ml	Ons artikelnr.:	093160

Tip

Wij adviseren u om deze cartridge i.p.v. de originele cartridge te nemen.

Morgen in huis

1 Bestellen

€ 27,50 (incl. 21% btw)
(€ 22,73 excl. 21% btw)

direct leverbaar

- 3.15. Indien een consument op de website van 123inkt een originele HP-cartridge aan het winkelmandje heeft toegevoegd, staat er op de website direct onder het product een aanbieding van een huismerk-cartridge met een knop vervangen.

Winkelwagentje

Aantal	Product	Prijs	Totaal	Wijzigen
1	HP 305 (3YM61AE) inktcartridge zwart (origineel)	€ 10,50	€ 10,50	 

↳ Waarom te veel betalen? Bespaar 66,1% op uw inkt met het 123inkt huismerk!

Nu bestellen is morgen in huis

€ 27,50 per stuk

Vervangen

Subtotaal € 10,50
Verzendkosten € 4,95
Totaal (incl. 21% btw) € 15,45

- 3.16. Consumenten die originele HP-cartridges bij 123inkt hebben gekocht, worden opgebeld met het aanbod om de HP-cartridges alsnog in te ruilen voor huismerk-cartridges.

- 3.17. Bij de verkoop van HP-printers die zijn uitgerust met *Dynamic Security* voegt 123inkt brieven in de dozen van de printers, met het advies om "de automatische updates van de printers uit te schakelen".

- 3.18. Via haar webshops heeft 123inkt (in ieder geval sinds februari 2023) verschillende typen HP-inkt- en lasercartridges aangeboden zonder originele verpakking, onder de vermelding: "Dit betreft een milieuverpakking. Zonder overbodig plastic en karton". Van sommige van deze HP-inkt-cartridges is uit onderzoek gebleken dat de einddatum van de fabrieksgarantie op het moment van aanbieden al (ruimschoots) was verstreken.

Vervalste HP-toners

3.19. In 2023 heeft HP ontdekt dat zich vervalste HP-cartridges (ook wel *counterfeit*-cartridges) in de voorraad van 123inkt bevonden. 123inkt heeft dit bevestigd en heeft klanten hierover geïnformeerd en medewerkers van HP hebben een bezoek gebracht aan 123inkt om de voorraad te controleren.

Eerdere procedures tussen partijen

3.20. Tussen (enkele entiteiten van) 123inkt en HP zijn de volgende procedures gevoerd.

3.20.1. Twee door HP aangespannen octrooi-procedures over verschillende cartridge-modellen: in de ene zaak is 123inkt in het gelijk gesteld, de andere is geschikt. Daarnaast zijn er ook enkele octrooi-procedures tegen 123inkt gevoerd door Samsung; HP is wat betreft printers van Samsung haar rechtsopvolger.

3.20.2. In een procedure over de rechtmatigheid van het *Dynamic Security*-systeem heeft het gerechtshof Amsterdam bij arrest van 17 december 2019 geoordeeld dat HP een gerechtvaardigd belang heeft bij dit systeem.¹ Dit arrest is door de Hoge Raad bekrachtigd.²

3.20.3. Een procedure over de vraag of HP misbruik maakt van haar machtspositie op verschillende cartridge-markten voor HP-printers: in deze procedure heeft deze rechtbank bij vonnis van 15 december 2021 de vorderingen van 123inkt afgewezen. Tegen dit vonnis heeft 123inkt hoger beroep ingesteld. In het vonnis heeft de rechtbank³ (voor zover van belang) het volgende overwogen:

"4.21.3 Ook als de rechtbank - veronderstellenderwijs - met Digital Revolution zou uitgaan van het bestaan van vele separate cartridge-markten, is geenszins gezegd dat HP op al die markten over een economische machtspositie beschikt. Volgens Digital Revolution is dit het geval, omdat HP degene is die de vorm van de cartridges ontwerpt en bepaalt welke informatie de chip van de cartridge moet bevatten om in een HP-printer te kunnen functioneren. Daarmee gaat Digital Revolution eraan voorbij dat pas van een economische machtspositie sprake is, wanneer haar positie betrokkene in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen doordat zij haar de mogelijkheid geeft zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers te gedragen (artikel 1 aanhef en onder i Mw). Dat dit het geval is heeft Digital Revolution niet onderbouwd. Dit klemt te meer, omdat Digital Revolution tijdens de mondelinge behandeling naar voren heeft gebracht dat de aanwezigheid van de goedkopere huiskartridges een voor de afnemer gunstige prijsdruk op de HP-cartridge-markt zet. Volgens Digital Revolution belet deze concurrentie het dat HP haar prijzen verhoogt. Dit wijst erop dat HP geen economische machtspositie heeft. Al om deze redenen kan niet worden geoordeeld dat HP over een economische machtspositie beschikt."

3.21. Een kort geding-procedure bij de rechtbank Den Haag over de verkoop door 123inkt van HP-cartridges zonder originele verpakking:⁴ de voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 14 juni 2023 geoordeeld dat de fabrieksgarantiedatum die door de verwijderde originele buitenverpakking voor de consument bij ontvangst van het product niet zichtbaar is en in elk geval niet duidelijk kenbaar is aan de hand van wat de consument ontvangt wezenlijke informatie over de inktcartridge is en 123inkt geboden om deze verkoop te staken en gestaakt te houden. 123inkt heeft hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.

3.22. De aan de onderhavige bodemprocedure voorafgaande kort geding-procedure bij deze rechtbank: de voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 6 juli 2023 voorshands geoordeeld dat het selectieve distributiestelsel van HP niet onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU valt. HP heeft tijdens de kortgedingzitting op 14 juni 2023 bevestigd dat zij geen bezwaar maakt tegen de verkoop van HP-producten uit de voorraad van 123inkt.

4 Het geschil

4.1. 123 inkt vordert na wijziging en aanvulling van de grondslag van eis bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

A. met onmiddellijke ingang een verbod voor HP (**primair**) om het selectieve distributiestelsel binnen de Europese Unie nog te handhaven en ten uitvoer te (doen) leggen, dan wel (**subsidiar**) om 123inkt direct of indirect te belemmeren om originele HP-printers en originele HP-Supplies, met inbegrip van originele HP-cartridges, in te kopen bij door HP geautoriseerde groothandels of distributeurs en/of deze producten te verkopen;

B. een gebod voor HP (**primair**) om alle door HP geautoriseerde groothandels, distributeurs of andere HP Authorized Partners schriftelijk te informeren dat het selectieve distributiestelsel binnen de EU van rechtswege nietig is wegens strijd met artikel 101 VWEU⁵, dan wel (**subsidiar**) om alle door HP geautoriseerde groothandels, distributeurs of andere HP Authorized Partners schriftelijk te informeren dat 123inkt bevoegd is om originele HP-printers en originele HP-printer supplies, met inbegrip van originele HP-cartridges, bij HP Authorized Partners in te kopen en geleverd te krijgen op gebruikelijke commerciële condities en te instrueren dergelijke orders van 123inkt, zowel ieder voor zich als gezamenlijk, niet te weigeren;

C. veroordeling van HP om aan 123inkt te voldoen de door 123inkt ten gevolge van het onrechtmatig invoeren en handhaven van het selectieve distributiestelsel veroorzaakte schade, nader op de te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met de toepasselijke wettelijke rente;

D. veroordeling van HP in de proceskosten.

4.2. 123 inkt legt aan haar vorderingen het volgende ten grondslag. HP handelt onrechtmatig door het selectieve distributiestelsel te hanteren, omdat:

- primair: het stelsel naar zijn aard de strekking heeft de mededinging te beperken en daarmee van rechtswege nietig is wegens strijd met het kartelverbod van artikel 101 VWEU en de met dit artikel corresponderende bepalingen van nationaal mededingingsrecht in de zes betrokken landen⁶; in dat verband voert 123inkt aan dat het stelsel van HP niet voldoet aan de Metro-criteria;
- subsidiar: dit handelen is aan te merken als misbruik van de economische machtspositie van HP op de printermarkt en op de verschillende cartridge markten voor verschillende HP-modellen, hetgeen is verboden op grond van artikel 102 VWEU en de met dit artikel corresponderende bepalingen van nationaal mededingingsrecht in de zes betrokken landen;
- meer subsidiar: dit handelen in strijd met is met artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) en de daarmee corresponderende bepalingen van het nationale recht van de overige vijf landen.

4.3. 123 inkt heeft daarbij de volgende toelichting gegeven. 123inkt en HP zijn sinds 2013 in een concurrentiestrijd verwickeld op de cartridge markt voor HP-printers. Het selectieve distributiestelsel van HP is een nieuwe strategie van HP die erop is gericht om de concurrentie van huiskartridges uit te schakelen. Eerdere juridische en technische uitsluitingsstrategieën van HP waren de octrooirechtprocedures, *Dynamic Security*, HP Instant Ink en HP+.

4.4. HP voert verweer dat er in de kern op neerkomt dat haar selectieve distributiestelsel:

- buiten het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU valt omdat het voldoet aan de criteria uit het Metro-arrest⁷;
- is vrijgesteld op grond van artikel 2 lid 1 van de Verordening betreffende de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten⁸ (hierna: de Groepsvrijstelling), omdat het marktaandeel van HP op de

relevante markt voor printsystemen lager is dan 30%;
- individueel is vrijgesteld op grond van artikel 101 lid 3 VWEU.
Daarnaast betwist HP dat zij een economische machtspositie heeft.

5 De beoordeling

Rechtsmacht en toepasselijk recht

- 5.1. Omdat verschillende eiseressen (2 tot en met 6) en gedaagden (3 tot en met 7) zijn gevestigd in het buitenland, heeft deze zaak een internationaal karakter en zal de rechtbank ambtshalve moeten beoordelen of zij rechtsmacht heeft en door welk recht de vorderingen worden beheerst.
- 5.2. De vraag of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft moet voor de in de Europese Unie gevestigde gedaagden worden beoordeeld aan de hand van de Brussel I bis-Verordening⁹ en voor de overige gedaagden aan de hand van de commune bevoegdheidsregels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).
- 5.3. Omdat HP is verschenen zonder de bevoegdheid van deze rechtbank te betwisten, wordt de rechtsmacht van deze rechtbank in dit geschil vastgesteld op grond van de stilzwijgende forumkeuze van partijen (artikel 26 lid 1 Brussel I-bis ten aanzien van de in de Europese Unie gevestigde gedaagden, artikel 9 Rv ten aanzien van de overige gedaagden).
- 5.4. Het toepasselijk recht moet worden beoordeeld aan de hand van de Rome II Verordening¹⁰. Deze beoordeling leidt tot de conclusie dat in dit geval Nederlands recht van toepassing is op de vorderingen van 123inkt. De vorderingen van 123inkt zijn namelijk gebaseerd op een onrechtmatige daad die bestaat uit een daad van oneerlijke concurrentie zoals bedoeld in artikel 6 Rome II. 123inkt stelt daarbij dat de markt van verschillende landen, althans van de EU wordt beïnvloed. In de stellingen van 123inkt ligt besloten dat de door haar betoogde beperking van de mededinging in ieder geval de markt in Nederland rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloedt. HP heeft dat niet betwist. Daarmee is sprake van de situatie als bedoeld in artikel 6 lid 3 onder b Rome II, op grond waarvan het 123inkt vrijstaat om haar vordering te baseren op het recht van de aangezochte rechter in Nederland.
- 5.5. De vaststelling van het toepasselijke recht is in dit geval overigens van ondergeschikte betekenis omdat het in deze procedure (vooral) gaat over de uitleg van artikel 101 VWEU en artikel 102 VWEU.

Eerste verwijt: strijd met het kartelverbod

- 5.6. Het eerste verwijt van 123inkt is dat het selectieve distributiestelsel van HP in strijd is met het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU.

Toetsingskader: het verbod en de vrijstelling daarvan

- 5.7. Een overeenkomst valt onder het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU wanneer deze ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 5.8.

Uit bestendige jurisprudentie van het HvJEU, voor het laatst bevestigd in het Coty-arrest, volgt dat (de beperkingen die deel uitmaken van) selectieve distributiestelsels noodzakelijkerwijs de mededinging binnen de interne markt beïnvloeden.¹¹ Dat geldt dus ook voor het selectieve distributiestelsel van HP.

5.9. Tegelijkertijd volgt uit deze jurisprudentie dat selectieve distributiestelsels volledig buiten het bereik van het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU vallen, wanneer sprake is van een objectieve rechtvaardiging¹² van de in het selectieve distributiestelsel vervatte individuele beperkingen voor de distributeurs. Daarvan kan sprake zijn in geval van zuiver kwalitatieve selectieve distributie. In de rechtspraak van het HvJEU is dit uitgewerkt in de Metro-criteria. Deze luiden als volgt:

- i. de eigenschappen van het betrokken product maken een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk teneinde de kwaliteit ervan te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren,
- ii. de wederverkopers worden gekozen op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard die uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast, en
- iii. de vastgestelde criteria gaan niet verder dan noodzakelijk.¹³

5.10. Als een selectief distributiestelsel niet aan deze voorwaarden voldoet en daarmee binnen het bereik van het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU valt, kan een selectief distributiestelsel alsnog zijn toegestaan. Dat is het geval als het voldoet aan de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU, omdat het selectieve distributiestelsel voldoet aan de voorwaarden van de Groepsvrijstelling of omdat het selectief distributiestelsel op grond van een individuele toets voldoet aan de voorwaarden van lid 3. De achterliggende ratio van deze vrijstelling is dat de mededingingsbeperkende effecten van de overeenkomst worden gecompenseerd door zwaarder wegende mededingingsbevorderende effecten.¹⁴

5.11. Op grond van de Groepsvrijstelling (artikel 2 lid 1 jo artikel 3) zijn verticale overeenkomsten, waaronder selectieve distributiestelsels, zonder nadere individuele analyse van het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU vrijgesteld zolang:

- i) het marktaandeel van de leverancier en de afnemer op de relevante markt niet groter is dan 30% (artikel 3), en
- ii) geen sprake is van zogenoemde *hardcore*-beperkingen in de verticale overeenkomst (artikel 4) en
- iii) geen sprake is van uitgesloten beperkingen in de verticale overeenkomst (artikel 5).

5.12. De Groepsvrijstelling is op grond van artikel 2 lid 4 niet van toepassing op verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen, tenzij sprake is van een niet-wederkerige verticale overeenkomst en een van de volgende omstandigheden van toepassing is:

(i) de leverancier is op het *upstream*niveau actief als fabrikant, importeur of groothandelaar en op het *downstream*niveau als importeur, groothandelaar of detailhandelaar van goederen, terwijl de afnemer een importeur, groothandelaar of detailhandelaar op het *downstream*niveau is, en geen concurrerende onderneming is op het *upstream*niveau waar hij de contractgoederen koopt, of

(ii) de leverancier is een aanbieder van diensten op verschillende handelsniveaus, terwijl de afnemer zijn diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt.

5.13. Op grond van artikel 101 lid 3 VWEU kunnen overeenkomsten waarop de Groepsvrijstelling niet van toepassing is alsnog op individuele basis van het kartelverbod worden vrijgesteld als voor die individuele overeenkomst wordt aangetoond dat:

- i) de overeenkomst bijdraagt aan de verbetering van de productie of van de distributie van de producten of aan de verbetering van de technische of economische vooruitgang,
- ii) een billijk aandeel van de voordelen van de overeenkomst aan de gebruikers ten goede komt,
- iii) de beperking van de concurrentie onmisbaar is voor de te realiseren doelstelling en
- iv) er voldoende restconcurrentie blijft bestaan.

5.14. Een belangrijke aanvulling op de Groepsvrijstelling zijn de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen¹⁵ (hierna: de Richtsnoeren). Daarin wordt uiteengezet hoe artikel 101 lid 1 en artikel 101 lid 3 VWEU dienen te worden toegepast op verschillende soorten verticale overeenkomsten, waaronder selectieve distributieovereenkomsten, waarbij met name ook handvatten worden gegeven voor de op grond van artikel 101 lid 3 VWEU te verrichten economische analyses.

Beschrijving van het selectieve distributiestelsel van HP

5.15. Voorop staat dat eenieder die aan de kwalitatieve criteria kan voldoen, wordt toegelaten tot het selectieve distributiestelsel van HP. Het selectieve distributiestelsel van HP beperkt de handel in HP-producten en services in het Gebied tot erkende partners die de SDC aanvaarden, en zich daarmee verplichten om deze voorwaarden na te leven (de *Authorized Partners*). De doelstelling hiervoor is blijkens de SDC: *“to ensure they are properly marketed.”*

5.16. Naast dit uitgangspunt bestaat het stelsel van HP uit (i) algemene voorwaarden, (ii) specifieke voorwaarden voor alle HP-producten, en (iii) specifieke voorwaarden specifiek voor *printing solutions* (printers en printbenodigdheden, waaronder cartridges) (zie hiervoor 3.8).

5.17. In de algemene voorwaarden is onder meer opgenomen dat *Authorized Partners* op verzoek van HP meewerken aan controles gericht op naleving van de SDC (artikel 1 aanhef en onder a en d, hierna: de compliancevoorwaarde). Daaronder valt het verstrekken van herkomst- en verkoopgegevens van HP-producten en van producten die mogelijk inbreuk maken op het intellectueel eigendom van HP en het meewerken aan audits en andere mechanismen.

5.18. De specifieke voorwaarden voor alle HP-producten bestaan uit algemene professionaliteitseisen voor de verkoper wat betreft ervaring, aftersales-ondersteuning, beschikbaar personeel, handelspraktijken, financiën en klantadvies. Een van deze voorwaarden is dat HP-inktcartridges verkocht moeten worden voor de einddatum van de fabrieksgarantie.

5.19. De specifieke voorwaarden voor printers en printbenodigdheden bestaan uit een zestal eisen voor de verkoper bij online verkoop, die als volgt zijn onder te verdelen (artikelen A, 1 tot en met 6, hierna gezamenlijk ook: de presentatievoorwaarden):

vier eisen met betrekking tot:

- informatieverstrekking over de identiteit van de verkoper (A1);
- correcte en actuele informatieverstrekking over het product (A2);
- (correcte) productverzending (A4);
- het gebruik van beschermende (originele) verpakking (A5),

en daarnaast twee eisen met betrekking tot:

- het voorkomen van verwarring bij de klant; de verkoper moet zich onthouden van het gebruik van (afbeeldingen, tekens of onderdeelnummers van) het HP-merk bij de aanbidding van niet-HP-producten op een wijze dat klanten zich kunnen vergissen en een niet-HP-product voor een HP-product kunnen aanzien (A3)
- het voorkomen van *depreciation* van het merk HP: de verkoper moet zich onthouden van het ondermijnen van het merk HP of de hoge kwaliteit van HP-producten; geen onnauwkeurige of onjuiste beschrijving of onnauwkeurige of onjuiste vergelijking geven van HP-producten met andere producten (A6).

Toetreding tot de APL

5.20. HP stelt dat haar stelsel voor iedereen toegankelijk is. Bij de online aanmelding wordt alleen algemene bedrijfsinformatie gevraagd, waarna men automatisch binnen enkele minuten wordt vermeld

op de APL.

5.21. Volgens opgave van HP hebben sinds de introductie van het stelsel ruim 130.000 afnemers zich als erkende partner geregistreerd, waaronder 5.000 in Nederland. HP heeft sindsdien 2002 distributeurs in het Gebied, waaronder 128 distributeurs in Nederland, gesommeerd om zich aan de SDC te houden. HP heeft een aantal distributeurs geschorst of verwijderd van de APL, of hen de toegang daartoe geweigerd, vanwege hun gebrek aan naleving van de SDC.

Inleidende opmerking over de bewijslastverdeling

5.22. Op grond van artikel 2 van Verordening 1/2003 draagt in alle nationale procedures tot toepassing van de communautaire mededingingsregels de partij die beweert dat sprake is van een inbreuk op artikel 101 lid 1 VWEU, de bewijslast van die inbreuk, terwijl de partij die zich beroept op de vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU de bewijslast draagt dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.

5.23. Zoals uit het vooropgestelde kader volgt (zie 5.8), beïnvloeden selectieve distributiestelsels, en dus ook het stelsel van HP, in beginsel de mededinging. Dat betekent evenwel niet, anders dan 123inkt lijkt te veronderstellen, dat een selectief distributiestelsel dat niet aan de Metro-criteria voldoet en daarmee binnen het bereik van artikel 101 lid 1 VWEU valt, verboden is. Anders dan het gebruik door 123inkt van het begrip "distributiekartel" voor het selectieve distributiestelsel van HP doet veronderstellen, is een selectief distributiestelsel in beginsel een legitieme manier om producten te distribueren. In het algemeen wordt immers erkend dat selectieve distributie bepaalde voordelen kan opleveren voor fabrikant, distributeurs en consumenten. Van een kartelafsprake zou sprake kunnen zijn indien de invoering van het stelsel als zodanig een heimelijke marktuitsluitingsstrategie vormt, maar 123inkt heeft op de zitting bevestigd dat dit niet de strekking is van haar argumenten over het selectieve distributiestelsel van HP. Het is dan ook aan 123inkt om te stellen en te onderbouwen dat het selectief distributiestelsel een inbreuk op het mededingingsrecht oplevert.

5.24. Indien dat het geval is, is het vervolgens aan HP, die zich beroept op de vrijstelling van artikel 101 lid 3 VWEU, om te onderbouwen dat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Van 123inkt wordt in het kader van haar verweer daartegen verwacht dat zij zich tenminste in enige mate ook uitlaat over de vraag waarom het binnen de context van de betreffende markt onwaarschijnlijk is dat het selectieve distributiestelsel in aanmerking komt voor een vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU. Zij dient daartoe informatie te verstrekken die voor die beoordeling van belang is. In die zin volgt de rechtbank dus het Nike-arrest van het gerechtshof Amsterdam.¹⁶ Welke mate van detail en welke informatie verlangd kan worden is in de eerste plaats afhankelijk van de mate van onderbouwing van het beroep op de vrijstelling door HP. In dit geval heeft 123inkt een langdurige relatie met HP en beschikt zij over veel relevante marktinformatie omdat zij zelf ook een belangrijke speler op de markt voor cartridges is. Dat betekent dat het, mits HP haar beroep op de vrijstelling voldoende onderbouwt, ook op de weg van 123inkt ligt om zich over de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU uit te laten en voor die beoordeling voldoende informatie aan te dragen.

Toetsing aan de Metro-criteria

5.25. Beoordeeld moet worden of het stelsel van HP voldoet aan de Metro-criteria, te beginnen met het eerste criterium. Dit criterium luidt: "*de eigenschappen van het betrokken product maken een dergelijk distributienetwerk noodzakelijk teneinde de kwaliteit ervan te behouden en het goed gebruik ervan te verzekeren*".

5.26.

De rechtbank is van oordeel anders dan de voorzieningenrechter in het voorafgaande kort geding dat het selectieve distributiestelsel niet aan dit criterium voldoet. Het criterium vereist namelijk dat *de eigenschappen van het product* het selectieve distributiestelsel noodzakelijk maken en daarvan is bij de printers en cartridges van HP geen sprake. 123inkt stelt terecht dat de printers en cartridges van HP geen hoogkwalitatieve of hoogtechnologische producten of luxeproducten zijn of producten die anderszins tot selectieve distributie nopen. Het is niet de bijzondere kwaliteit of technologie van de printers en de cartridges van HP die noopt tot een bepaalde daarmee corresponderende gespecialiseerde wijze van verkopen. Ook is het niet het luxe karakter van de producten dat een bepaalde daarmee corresponderende prestigieuze wijze van positionering van deze producten in de markt noodzakelijk maakt. De cartridges zijn containers van inkt of inktpoeder die al decennia op de markt verkrijgbaar zijn, zonder dat deze selectief gedistribueerd werden. Al even lang zijn er volwaardige huismerkalternatieven op de markt aanwezig. Als er eerder kennelijk lange tijd geen noodzaak was voor selectieve distributie van deze producten, terwijl de producten sinds die tijd niet wezenlijk zijn veranderd, valt moeilijk in te zien waarom de eigenschappen van deze producten selectieve distributie nu ineens wel noodzakelijk zouden maken. Daarbij geldt dat de printermarkt zich technologisch ontwikkelt en de cartridges van invloed zijn op de werking van de printer, maar dat is steeds het geval geweest en heeft er eerder ook niet aan in de weg gestaan dat de hierboven geschetste marktstructuur zich heeft ontwikkeld.

5.27. Uit de door HP verstrekte marktinformatie volgt dat, tegen de achtergrond van de gebruikelijke technologische ontwikkeling van de markt, een trend waarneembaar is richting *managed print services* en andere vernieuwende product-marktcombinaties. Die ontwikkeling houdt echter geen verband met de (technische of luxe) *aard* van de producten. Daarnaast vormt, daar zijn partijen het over eens, het overgrote deel van de omzet nog steeds traditionele verkopen van afzonderlijke printers en van daarmee compatibele cartridges.

5.28. HP heeft nog gewezen op een uitspraak van het Oberlandesgericht Hamburg.¹⁷ De zaak waar het Oberlandesgericht over moest oordelen verschilt wezenlijk van de onderhavige. In de zaak voor het Oberlandesgericht ging het om (onder meer) voedingssupplementen en waren de *eigenschappen van het product* (de *bijzondere aard van het product*, zoals HP ook zelf stelt) wel doorslaggevend. Het Oberlandesgericht stelt de *"hohe Qualität der () Waren"* centraal en dat de *"Qualitätsanspruch"* van de producten maakte dat deze op een specifieke manier verkocht moesten worden, te weten met aanprijzing en klantbegeleiding door deskundigen. Het Oberlandesgericht zag deze *"Qualitätsanspruch"* bevestigd in het zeer significante prijsverschil tussen de selectief gedistribueerde voedingssupplementen en andere vergelijkbare producten op de markt. Gesteld noch gebleken is dat daar in het onderhavige geval sprake van is. Deze uitspraak brengt de rechtbank dan ook niet op andere gedachten.

Conclusie: aan de Metro-criteria wordt niet voldaan

5.29. Omdat het selectieve distributiestelsel van HP niet aan het eerste Metro-criterium voldoet, behoeven de overige twee Metro-criteria geen bespreking meer.

De Groepsvrijstelling

5.30. 123 inkt heeft allereerst betoogd dat HP geen beroep toekomt op de Groepsvrijstelling omdat sprake is van een verticale overeenkomst tussen concurrerende ondernemingen. De rechtbank verwerpt dit betoog. Zoals HP heeft aangevoerd, blijkt uit de toelichting in de Richtsnoeren dat zich hier de eerste van de twee gevallen voordoet waarin de Groepsvrijstelling toch op verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen van toepassing is.¹⁸ 123inkt is immers niet zelf actief als fabrikant op de markt voor printers en cartridges, maar laat cartridges vervaardigen op basis van door 123inkt aangeleverde specificaties.

5.31. 123

Inkt heeft voorts aangevoerd dat HP geen gebruik kan maken van de Groepsvrijstelling omdat het marktaandeel van HP op de relevante markt groter is dan 30%.

- 5.32. Partijen verschillen van mening hoe de relevante productmarkt moet worden afgebakend. Volgens 123inkt gaat het om de afzonderlijke markten voor cartridges voor de individuele printermodellen van HP. Zij verwijst daarbij naar de beschikkingen van de Europese Commissie in de zaken *Pelikan v Kyocera*¹⁹, *Ricoh*²⁰ en *EFIM*²¹ en de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Hilti*.²² Volgens HP heeft deze marktafbakening door de ontwikkeling van de markt sindsdien zijn geldigheid verloren (de meest recente beschikking dateert uit 2009) en moet worden uitgegaan van een zogeheten systeemmarkt, die zowel de levering van printers als van met die printers compatibele cartridges omvat.
- 5.33. Uit de bekendmaking van de Europese Commissie inzake de afbakening van de relevante markt²³ volgt dat de afbakening van een systeemmarkt meer geschikt kan zijn naarmate (i) de kans groter is dat afnemers bij de aanschaf van het primaire product de kosten over de hele levensduur van dat product meewegen, (ii) de uitgaven voor (of de waarde van) het (de) secundaire product(en) hoger zijn dan de uitgaven voor (of de waarde van) het primaire product, (iii) de substitueerbaarheid tussen primaire producten groter is en de overstapkosten tussen primaire producten lager zijn, en (iv) wanneer er geen of weinig aanbieders zijn die gespecialiseerd zijn in uitsluitend het (de) secundaire product(en).
- 5.34. Het debat tussen partijen op dit onderdeel heeft zich met name toegespitst op de vraag in hoeverre consumenten bij de aanschaf van een printer de kosten van de cartridges over de levensduur van de printer meewegen. HP heeft zich in dat verband beroepen op de studie van het *Joint Research Centre* van de Europese Commissie (JRC), waaruit blijkt dat op diverse nationale markten binnen de Europese Unie de prijs van cartridges de belangrijkste of een van de belangrijkste factoren is bij de keuze voor een bepaalde printer. 123inkt beroept zich op een in haar opdracht voor deze procedure verricht consumentenonderzoek van *Centerdata* naar het koopgedrag van Nederlandse consumenten van printers en cartridges. Uit dat onderzoek volgt dat de prijs van de cartridges tijdens de levensduur van de printer voor Nederlandse consumenten een veel minder belangrijke factor vormt bij de keuze voor een bepaald merk printer.
- 5.35. Partijen verschillen ook van mening over de afbakening van de geografische markt. Ten aanzien van de relevante geografische markt is in de beschikkingen met betrekking tot de printermarkt in de zaken *Pelikan v Kyocera*, *Ricoh* en *EFIM*, waarnaar 123inkt verwijst, de uiteindelijke geografische marktafbakening in het midden gelaten, omdat dit voor de in die zaken te maken beoordeling geen verschil maakte voor de uiteindelijke conclusie. De Europese Commissie overwoog wel dat er aanknopingspunten waren dat de markt ruimer dan nationaal was. 123inkt heeft in lijn daarmee zowel marktaandeelinformatie verstrekt over de Nederlandse markt als marktaandeelinformatie over de EU-markt. HP stelt zich op het standpunt dat de geografische markt ruimer is dan de nationale markt en waarschijnlijk het gehele gebied van de Europese Economische Ruimte omvat.
- 5.36. 123 inkt stelt dat het marktaandeel van HP op de door haar afgebakende afzonderlijke productmarkten, zowel in Nederland als in de EU, steeds ruim boven de 30% ligt, onder verwijzing naar cijfers van GFK, Infosource en IDC en het genoemde rapport van *Centerdata*. HP stelt op haar beurt dat haar marktaandeel op de relevante systeemmarkt lager is dan 30%, namelijk 25% in de EER, en 26% in Nederland, onder verwijzing naar genoemde studie van het JRC en een analyse van *Compass Lexecon*.
- 5.37. Aan de marktaandeelcijfers in het rapport van *Compass Lexecon* zijn de data ten grondslag gelegd van de printerverkopen in acht EU-lidstaten die naar zeggen van HP 80% van de totale verkopen in de EER omvatten. 123inkt heeft op grond van de brondata van het rapport van *Compass Lexecon* een herberekening gemaakt. Deze herberekening is niet beperkt tot de acht door *Compass Lexecon* genoemde EU-lidstaten, maar gebaseerd op alle IDC-data voor de Europese markt. Zelfs bij een relatief ruime definitie van de consumentenmarkt voor printers, waarbij ook printers met een

aanschafwaarde tot 1000 nog worden meegerekend, resulteren op basis van die data marktaandeelen boven 30%, te weten een marktaandeel van 43,47% op basis van verkopen in volume en 35,30% op basis van verkopen naar waarde.

5.38. Op grond van de hiervoor weergegeven informatie over de markt en de stellingen die partijen daarover hebben betrokken, kan niet de conclusie worden getrokken dat de eerdere afbakening door de Europese Commissie van afzonderlijke markten voor printers en printbenodigdheden niet langer geldig is. Ook als een trend richting een systeemmarkt waarneembaar is, is nog steeds onvoldoende gebleken dat de consument voldoende zicht heeft op de totale printkosten tijdens de levensduur van de printer en is onvoldoende gebleken dat aan elk van de andere voorwaarden is voldaan om uit te gaan van één enkele systeemmarkt voor de verkoop van zowel printers als cartridges. Zowel de door 123inkt verstrekte GFK-cijfers als de brondata van het rapport van *Compass Lexecon* wijzen er daarbij op dat als wordt uitgegaan van afzonderlijke markten voor printers en cartridges op basis van de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, het marktaandeel van HP op de markt voor HP-cartridges eerder boven de 30% ligt dan beneden die drempel.

Conclusie: Groepsvrijstelling biedt geen soelaas

5.39. Een en ander leidt tot de conclusie dat op basis van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht niet kan worden vastgesteld dat het marktaandeel van HP op de relevante markt kleiner is dan 30%. Duidelijk is wel dat HP een aanzienlijk marktaandeel heeft en dat dat marktaandeel alleen (net) onder de 30% lijkt te blijven als een systeemmarkt of de hele printermarkt tot uitgangspunt wordt genomen. Daarom ziet de rechtbank geen aanleiding om een van partijen in de gelegenheid te stellen nader bewijs te leveren van hun stellingen, zeker nu geen van partijen op dit punt een (specifiek) (tegen)bewijsaanbod heeft gedaan. De conclusie is dan ook dat de rechtbank niet kan vaststellen dat HP kan profiteren van de Groepsvrijstelling.

De individuele vrijstelling (artikel 101 lid 3 VWEU)

5.40. Dan ligt de vraag voor of het selectieve distributiestelsel van HP kan profiteren van een (individuele) vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU. Voor deze vrijstelling moet zijn voldaan aan de onder 5.13 reeds weergegeven vier vereisten:

- i) de overeenkomst draagt bij aan de verbetering van de productie of van de distributie van de producten of aan de verbetering van de technische of economische vooruitgang,
- ii) een billijk aandeel van de voordelen van de overeenkomst komt aan de gebruikers ten goede,
- iii) de beperking van de concurrentie is onmisbaar voor de te realiseren doelstelling en
- iv) er blijft voldoende restconcurrentie bestaan.

5.41. HP stelt dat haar stelsel hieraan voldoet. Zij wijst op het volgende. Het selectieve distributiestelsel helpt HP de verspreiding van *counterfeits* tegen te gaan, hetgeen een rechtvaardiging kan vormen voor de beperking van de mededinging die inherent is aan de beperkingen die aan distributeurs worden opgelegd binnen een selectief distributiestelsel. HP verwijst naar de Watch Repair-beschikking van de Commissie.²⁴ Verder stelt HP onder verwijzing naar de analyse van *Compass Lexecon* dat het distributiestelsel leidt tot een groot aantal voordelen, waardoor het bijdraagt aan de verbetering van de technische en economische vooruitgang. HP heeft voor de invoering van het selectieve distributiestelsel ook naar alternatieven gekeken, maar daarmee bleken niet dezelfde of vergelijkbare efficiëntieverbeteringen te kunnen worden gerealiseerd. De criteria zijn voorts zodanig geformuleerd dat in beginsel iedere potentiële distributeur aan de criteria zou kunnen voldoen, waardoor het stelsel enorm concurrerend is. Het distributiestelsel schakelt op geen enkele manier de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit.

5.42. HP heeft daarnaast aangevoerd dat zij zich in de praktijk op de markt geconfronteerd ziet met de volgende verkoopmethoden van 123inkt, te weten dat 123inkt:

- i) originele HP-producten verkoopt zonder de originele verpakking, waaronder ook cartridges waarvan de einddatum van de fabrieksgarantie al (ruimschoots) is verstreken;
- ii) HP-printers verkoopt voorzien van een aanwijzing om de automatische updates van de software van de printer uit te schakelen, om op die manier te voorkomen dat een huismerkcartridge door het *Dynamic Security*-systeem (zie 3.17) onbruikbaar wordt;
- iii) op verschillende manieren klanten die een HP-cartridge overwegen, probeert te overtuigen om in plaats daarvan een huismerkcartridge aan te schaffen, onder meer ook door deze klanten die een HP-product hebben besteld, actief op te bellen ('*bait-and-switch*-praktijken).

5.43. HP heeft verklaard dat in andere landen dan Nederland ook andere distributeurs dan 123inkt deze verkoopmethoden hanteren.

5.44. Met haar selectieve distributiestelsel wil HP dergelijke verkoopmethodes voorkomen. Doelstelling van het selectieve distributiestelsel is om te verzekeren dat producten op een correcte wijze in de handel worden gebracht. HP wil met het stelsel ervoor zorgen dat consumenten een hoogwaardige aankoopervaring hebben, onder meer door het verstrekken van informatie aan klanten welke noodzakelijk is om weloverwogen aankoopbeslissingen te kunnen nemen. Dit omvat ook informatie over interoperabiliteit voor printers die uitgerust zijn met *Dynamic Security*. Daarnaast tracht HP zich met het stelsel te beschermen tegen *bait-and-switch*-praktijken, en het risico van misleidende uitlatingen. Als een consument niet weet dat de cartridges oude cartridges zijn waarvan de fabrieksgarantie al is verlopen omdat de detailhandelaar de originele buitenverpakking heeft verwijderd waarop de einddatum van de garantie staat vermeld, of als de consument niet weet dat een product verkeerd wordt gebruikt met niet-compatibele cartridges, of dat een *counterfeit*-product wordt gebruikt, zullen problemen met het product altijd ten koste gaan van HP's merk. Dit tracht HP middels haar selectieve distributiestelsel te voorkomen, aldus HP.

5.45. Ter zitting heeft het debat zich niet toegespitst op de (on)mogelijkheid van een individuele vrijstelling. 123inkt heeft in haar processtukken wel in algemene zin betwist dat is voldaan aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling, maar heeft dat verder niet toegelicht. Vooruitlopend op een meer inhoudelijke reactie van 123inkt (zie hierna 5.54), ziet de rechtbank aanleiding om alvast het volgende te overwegen over het selectieve distributiestelsel van HP in haar geheel.

5.46. Allereerst geldt dat het selectieve distributiestelsel van HP in beginsel voor een ieder toegankelijk is. Handelaren kunnen zonder wezenlijke voorafgaande toetsing toetreden tot het stelsel, zoals in de praktijk ook veelvuldig is gebeurd. Ook 123inkt onderschrijft dit: "*De ervaring leert dat aanmelding een geautomatiseerd proces is, waarbij alleen maar algemene bedrijfsinformatie wordt gevraagd, waarna men automatisch (en binnen enkele seconden/minuten) vermeld wordt op de lijst van Authorized Partners. Inhoudelijk stelt de acceptatie als Authorized Partner dus niks voor*". Van de handelaren die zich hebben aangemeld heeft HP naar haar zeggen inmiddels een relatief klein aantal uit het stelsel verwijderd.

5.47. Bovendien is het beperkende karakter van de SDC gering. De criteria zien met name op *hoe* de producten moeten worden verkocht, en houden op dat vlak bepaalde geboden en verboden in. In zoverre strekken de criteria er kennelijk toe om bepaalde als onwenselijk beschouwde verkoopmethoden uit te sluiten en verkopers op die manier te disciplineren. Veel van de criteria zijn vrij minimaal en vereisen, zoals 123inkt zelf ook stelt, niet meer dan dat wet- en regelgeving (correct) wordt nageleefd. De gestelde eisen bevatten in elk geval geen zogenoemde *hardcore*-restricties of kwantitatieve restricties. De eisen vergen ook geen grote investeringen van distributeurs en sluiten niet een bepaald type distributeur op voorhand uit.

5.48. Tussen partijen is niet in geschil dat geen van de andere printerfabrikant selectieve distributie toepassen, zodat geen sprake lijkt van cumulatieve concurrentieverstorende effecten.

5.49.

Tegen deze achtergrond lijkt het selectieve distributiestelsel van HP op het eerste gezicht aan de cumulatieve vereisten van artikel 101 lid 3 VWEU te kunnen voldoen. Het selectieve distributiestelsel lijkt bij te dragen aan verbetering van de distributie (criterium i), omdat HP zich geconfronteerd ziet met verkooppraktijken die het aanbod van HP als minderwaardig doen overkomen, zowel in relatie tot huismerken als in relatie tot andere product-marktcombinaties zoals *managed print services*. Omdat dergelijke nieuwe product-marktcombinaties op de printermarkt in opkomst zijn, neemt ook het belang toe om de consument goed te informeren over het verschil tussen de verschillende typen aanbiedingen. In deze zich ontwikkelende marktcontext kan het dienstbaar aan de distributie zijn dat strikter wordt toegezien op de juiste verkoop van het bestaande aanbod van HP, met inbegrip van een juiste voorlichting van de consument. Hier lijken consumenten ook bij gebaat (criterium ii), omdat zij gemakkelijker de afweging kunnen maken welk commercieel aanbod het beste aansluit op hun individuele gebruik. Uit de door HP ingebrachte studie van het JRC (zie 5.35) blijkt bovendien dat het efficiënter gebruik van inktcartridges belangrijke milieudoelstellingen dient. Deze kunnen ook in het kader van een mededingingsrechtelijke beoordeling van selectieve distributiestelsels worden meegewogen.²⁵ De criteria lijken in algemene zin (zie evenwel ook hierna) onmisbaar voor het beoogde doel (criterium iii). Tot slot lijkt op grond van de op dit moment beschikbare informatie over de markt en het relatief open karakter van het selectieve distributiestelsel van HP te verwachten dat voldoende concurrentie overblijft zowel *inter-* als *intra-brand* (criterium iv).

5.50. De toets aan artikel 101 lid 3 VWEU vergt niet alleen een beoordeling van het selectieve distributiestelsel als geheel, maar ook van de afzonderlijke potentieel beperkende bepalingen (de SDC). Tijdens de mondelinge behandeling is gedebatteerd over een aantal concrete criteria van het distributiestelsel die volgens 123inkt in het bijzonder mededingingsbeperkend zijn. Hierin ziet de rechtbank aanleiding om het volgende te overwegen.

5.50.1. Volgens 123inkt houdt de compliancevoorwaarde (zie 5.17) een (algemene) verplichting voor de handelaar in om mee te werken aan HP-controles van compliance met de SDC, waaronder een (algemene) verplichting tot het verstrekken van herkomst- en verkoopgegevens van HP-producten en een (algemene) verplichting aan het meewerken aan audits. Via dit boekenonderzoek krijgt HP toegang tot bedrijfsgeheimen. Zo komt HP bijvoorbeeld te weten waar de handelaar inkoopt, tegen welke tarieven, wie belangrijke toeleveranciers zijn en welke (scherpe) prijzen de handelaar hanteert, aldus 123inkt. HP heeft hier tegenover gesteld dat geen prijsinformatie wordt opgevraagd en dat de informatie die wel wordt opgevraagd niet naar HP gaat, maar naar een derde, accountantskantoor KPMG. KPMG fungeert als filter om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie HP bereikt. HP vraagt onder meer informatie op om *counterfeiting* tegen te gaan. Een van de criteria geeft HP het recht om, als sprake is van *counterfeiting*, te achterhalen van welke partijen deze producten afkomstig zijn, aldus HP.

5.50.2. De presentatievoorwaarden (zie 5.19) houden kort gezegd voorschriften in over de wijze van presentatie van HP-producten in relatie tot de presentatie van niet-HP-producten, waaronder in het bijzonder de huismerken. Volgens 123inkt gaat het de fabrikant (HP) niet aan hoe de handelaar, 123inkt, haar producten verkoopt. HP mag niet voorschrijven hoe de cartridges van HP (of het merk HP) worden gepresenteerd op de website van 123inkt. Het moet 123inkt vrijstaan klanten te wijzen op een vergelijkbaar product voor een lagere prijs. Volgens HP zijn de criteria van het selectieve distributiestelsel noodzakelijk. HP wil niet dat de distributeur zich negatief of laatdunkend uitlaat over HP-producten; de criteria zijn erop gericht dat er geen sprake is van *undermining of the HP brand*.

5.51. Het is de vraag of (al) deze compliance- en presentatievoorschriften gelet op de doelstelling van het selectief distributiestelsel als onmisbaar kunnen worden beschouwd en/of niet te ruim en/of te vaag zijn geformuleerd.

5.52. Omdat, zoals hiervoor is overwogen, het debat over het beroep van HP op artikel 101 lid 3 VWEU, zowel wat betreft het selectieve distributiestelsel als geheel als wat betreft de afzonderlijke criteria, tot

nu toe beperkt is geweest, worden partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover alsnog bij akte uit te laten. Omdat HP een beroep doet op de vrijstelling wordt, zoals overwogen in 5.24, HP als eerste in de gelegenheid gesteld (nader) toe te lichten waarom haar selectieve distributiestelsel voldoet aan de vereisten van artikel 101 lid 3 VWEU. In het bijzonder zal HP ook moeten ingaan op de vraag in hoeverre het stelsel ook voldoet aan het onmisbaarheidsvereiste (criterium iii), met daarbij een specifieke toelichting op de compliancevoorwaarde en de presentatievoorwaarden. Partijen mogen in hun akte tevens ingaan op de vraag of en waarom (zoals 123inkt heeft aangevoerd) nietigheid van één criterium meebrengt dat het hele selectieve distributiestelsel nietig is of (zoals HP heeft betoogd) nietigheid van één criterium de overige onderdelen van het stelsel onaangetast laat.

5.53. Voor haar akte krijgt HP vanwege de tussenliggende feestdagenperiode een termijn van acht (8) weken. 123inkt mag vervolgens op de gebruikelijke termijn van zes (6) weken een antwoordakte nemen.

Onrechtmatig handelen jegens 123inkt Ierland en 123inkt Zweden

5.54. 123 inkt heeft aangevoerd dat HP onrechtmatig heeft gehandeld jegens 123inkt Ierland en 123inkt Zweden door deze vennootschappen zonder voorafgaande ingebrekestelling te verwijderen van de APL wegens handelen in strijd met de SDC. Omdat in dit vonnis nog niet wordt geoordeeld over de rechtsgeldigheid van het selectieve distributiesysteem van HP houdt de rechtbank de beoordeling hiervan aan tot het eindvonnis.

Misbruik economische machtspositie

5.55. Als tweede grondslag voor haar vorderingen heeft 123inkt aangevoerd dat HP misbruikt maakt van haar economische machtspositie door de mededinging op de verschillende markten voor met HP-printers compatibele cartridges uit te sluiten, althans substantieel te beperken, door middel van het introduceren en handhaven van het selectieve distributiestelsel.

5.56. De vraag of HP een machtspositie inneemt op de markt waarop zij actief is, is eerder aan de orde gekomen in de bodemprocedure tussen partijen die heeft geleid tot het vonnis van deze rechtbank van 15 december 2021. Daarin heeft de rechtbank geoordeeld dat HP geen (economische) machtspositie heeft (zie 3.21). 123inkt heeft in deze procedure de juistheid van dit vonnis bestreden. Daartoe heeft zij aangevoerd dat de rechtbank is uitgegaan van de (niet langer) juiste veronderstelling dat concurrentie op de printermarkt een disciplinerende werking heeft op de cartridgemarkt. Aan de hand van het eerder genoemde onderzoek van *Centerdata* heeft 123inkt gesteld dat er geen reden is om te veronderstellen dat consumenten op basis van ontwikkelingen op de cartridgemarkt de voorkeur zouden gaan geven aan een andere printerfabrikant dan HP. Zij heeft in dat kader aangevoerd dat cartridgeprijzen en verbruikskosten van een printer geen rol van betekenis spelen bij de aanschaf van een printer. HP heeft betwist dat haar marktaandeel zo hoog is dat zij een machtspositie heeft. Bovendien geldt het door de rechtbank in haar vonnis van 15 december 2021 genoemde uitgangspunt dat een nauwe band bestaat tussen de printers (het primaire product) en de cartridges (het secundaire product) nog steeds. Dat klanten bij de aanschaf van een printer rekening houden met de totale kosten gedurende de levensduur van de printer wordt bovendien bevestigd door het onderzoek van het JRC. De genoemde disciplinerende werking bestaat dus nog steeds.

5.57. In het licht van deze gemotiveerde betwisting heeft 123inkt onvoldoende aangevoerd om te komen tot een andere beoordeling dan de rechtbank in genoemd vonnis.

5.58. Het voorgaande leidt tot de volgende beslissing.

6 De beslissing

De rechtbank

6.1. verwijst de zaak naar de rol van 12 februari 2025 voor een akte uitlating aan de zijde van HP overeenkomstig de aanwijzingen in rov. 5.52, waarna 123inkt op een termijn van zes (6) weken een antwoordakte mag nemen,

6.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. Singeling, voorzitter, mr. R.A. Dudok van Heel en mr. M.F.A.M. Smeets, rechters, en in het openbaar uitgesproken op 18 december 2024.

-
- 1 ECLI:NL:GHAMS:2019:4502, r.o. 3.6.2.
 - 2 Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1950.
 - 3 ECLI:NL:RBAMS:2021:8167
 - 4 ECLI:NL:RBDHA:2023:8658, r.o. 4.17.
 - 5 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Trb. 2013, 109.
 - 6 Nederland, België, Spanje, Ierland, Zweden en Polen
 - 7 HvJEU 25 oktober 1977, zaak C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro/Commissie*).
 - 8 Verordening (EU) nr. 2022/720 van de Commissie van 1 juni 2022 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
 - 9 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), PbEU 2012, L 351/1.
 - 10 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II").
 - 11 HvJEU, 6 december 2017, C-230/16, *Coty Germany* (ECLI:EU:C:2017:941), rov. 23.
 - 12 HvJEU 13 oktober 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, (ECLI:EU:C:2011:649), rov. 39 en 41.
 - 13 HvJEU *Pierre Fabre*, rov. 41, zie ook: HvJEU *Coty*, rov. 24.
 - 14 Groepsvrijstelling, considerans onder 8.
 - 15 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2022/C 248/01).
 - 16 ECLI:NL:GHAMS:2020:2004
 - 17 Oberlandesgericht Hamburg 22 maart 2018, dossiernr. 3 U 250/16, rov. 44.
 - 18 Randnummer 92 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen.
 - 19 Brief van de EC van 22 september 1999 inzake *Pelikan v Kyocera* (Case No IV/34.330).
 - 20 Brief van 7 januari 1999 (Case no IV/E/2.36.431).
 - 21 Brief van 20 mei 2009 (Case COMP / C-3.39.391).
 - 22 HvJEG 2 maart 1994, *Hilti*, ECLI:EU:C:1994:7, NJ 1995, 20 (rov. 11-15).
 - 23 Bekendmaking van de Commissie betreffende de afbakening van de relevante markt ten behoeve van het mededingingsrecht van de Unie, Pb EU C/2024/1645.
 - 24 Commissiebeschikking 29 juli 2014, zaaknummer AT.39097, 135
 - 25 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, randnummer 235.
