

ECLI:NL:RBAMS:2017:7282

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	04-10-2017
Datum publicatie	06-10-2017
Zaaknummer	C/13/615474 / HA ZA 16-959
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	

Het door eiseres gehanteerde selectieve distributiesysteem is toelaatbaar onder artikel 101 lid 1 VWEU, omdat het gaat om luxe producten (sportschoenen en – kleding van een bekend merk) en de door het selectieve distributiesysteem opgelegde beperkingen niet bezwaarlijker zijn dan voor een doeltreffende handhaving van de kwaliteitseisen noodzakelijk is. De rechtbank sluit aan bij de conclusie van advocaat generaal N. Wahl in de zaak C-230/16 (ECLI:EU:C:2017:603). Nu gedaagde in strijd met het selectieve distributiesysteem de producten van eiser ook via niet geautoriseerde webshops heeft aangeboden, heeft zij in strijd met de overeenkomst gehandeld. De tekortkoming van gedaagde rechtvaardigt de ontbinding.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/615474 / HA ZA 16-959

Vonnis van 4 oktober 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NIKE EUROPEAN OPERATIONS NETHERLANDS B.V.,

gevestigd te Hilversum,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. M. de Koning te Amsterdam,

tegen

de vennootschap naar Italiaans recht

ACTION SPORT SOC. COOP, A.R.L.,

gevestigd te Bagheria, (Italië)

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. L.B. van Luijn te Rotterdam.

Partijen zullen hierna NEON en Action Sport genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 8 februari 2017
- de conclusie van antwoord in reconventie
- het proces-verbaal van comparitie van 25 augustus 2017
- een brief van 4 september 2017 van mr. Van Dreunen, namens NEON met opmerkingen naar aanleiding van het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten in conventie en in reconventie

2.1. Het Amerikaanse Nikeconcern produceert en distribueert sportkleding, sportschoenen en aanverwante artikelen. NEON is verantwoordelijk voor de distributie van de Nikeproducten in Europa.

2.2. Action Sport exploiteert een sportartikelenwinkel aan de Via del Cavaliere 170 in Bagheria, op Sicilië (Italië).

Tot dat door NEON de relatie met Action Sport is verbroken bestelde Action Sport bij NEON Nikeproducten voor de verkoop in haar winkel. Bestellingen werden geplaatst via een *webbased* platform waartoe Action Sport toegang had met behulp van door NEON aan haar verstrekte loginadressen.

Bestellingen werden gedaan door het plaatsen van een "*purchase order*" die door NEON al dan niet werd geaccepteerd door middel van een "*order acknowledgement*"

Bij iedere *order acknowledgement* werden de Standard Conditions of Sale van NEON (hierna de Algemene voorwaarden) meegestuurd.

2.3. De Algemene voorwaarden houden onder meer en voor zover van belang in:

“[...]

Article 1 – Formation of Agreement

1.1 Any order sent by the purchaser (hereinafter 'Purchaser') for certain Nike goods and/or services (hereinafter 'Products') to Nike European Operations Netherlands B.V. (hereinafter 'NIKE') will be accepted entirely at NIKE's discretion. Any acceptance by NIKE will take place by means of NIKE's standard order acknowledgement form (hereinafter 'Order Acknowledgement'), except that and solely in case of fill-in orders NIKE will not separately communicate its acceptance in writing. These conditions (hereinafter the 'Conditions') will be applicable to all orders of Products that are accepted by NIKE. To the extent that any order, accepted by NIKE, relates to the supply of services, the Conditions will apply by analogy.

1.2 Each order that is accepted will, together with the relevant Order Acknowledgement and the Conditions, constitute an individual agreement between NIKE and the Purchaser (hereinafter the "Order").

[...]

Article 4 – Title and Payment

4.1 All Products supplied by NIKE pursuant to an Order will be sold on the basis of DDP 'Incoterms 2000, and the prices include freight, taxes, customs duties, warehouse charges and other costs associated with transportation and storage up to the moment of Delivery. The Purchaser will, in addition to the price, be liable for all costs and expenses incurred after the moment of Delivery. Purchaser will pay or reimburse NIKE for any costs or expenses incurred by NIKE in relation to the Products after Delivery.

[..]

Article 7 - Force Majeure

7.1 Any delay in the performance of NIKE's obligations under the Order which is (in whole or in part) caused by (i) fire, flooding or other natural disasters, (ii) strikes or other industrial actions or disputes, (iii) acts of governments (including custom clearance problems in the country of origin or destination regardless of the nature thereof), (iv) default of suppliers or sub-contractors (including but not limited to carriers) or (v) any circumstances outside NIKE's reasonable control, (each hereafter "Force Majeure") will not be attributable to NIKE. NIKE will not be liable for any damage caused by Force Majeure.

[...]

Article 12 – Applicable Law and Jurisdiction

12.1 The Order will be considered a contract made in The Netherlands and will be governed in all respects by the laws of The Netherlands including the Convention on Contracts for the International Sale of Goods ('CISG').

12.2 The Purchaser irrevocably submits to the jurisdiction of the Courts of Amsterdam in The Netherlands for the purposes of any legal action or proceedings arising out of or in connection with any Order and/or these Conditions.

12.3 The foregoing submission is made for the benefit of NIKE from time to time and will not affect the right of NIKE to initiate Proceedings in any other jurisdiction.

Article 13 – Selective Retailer Distribution Policy

13.1 The Purchaser will at all times comply with NIKE's Selective Retailer Distribution Policy in force from time to time.

13.2 Unless prior approved by NIKE in writing, the Purchaser will not, either directly or indirectly, sell or otherwise make available Products to any person, firm or corporation in any place or country outside the European Economic Area (EEA) or to any person or entity that the Purchaser knows, or in the exercise of reasonable judgment should know, intends to offer, sell or deliver such Products outside the EEA.

[...]"

2.4. Nike's *Selective Retailer Distribution Policy* (hierna: de Policy) versie 2013 houdt onder meer en voor zover van belang in:

“[...]

Nike's vision is to be the world's most authentic, connected and distinctive brand in sport. One of the key drivers of that vision is to create, grow and transform the marketplace. To do this, we want to increase the mutual profitability for ourselves and our retailers.

With that in mind, we are pleased to introduce a new version of the Nike European Operations Netherlands B.V. ("NEON") Distribution Policy.

[...]

We want to ensure that our brand and our products are distributed and presented in the right environment. An effective Distribution Policy allows our consumers to make informed purchasing decisions in a retail environment which meets their increasing expectations and needs as well as our own.

[...]

All retailers must comply with the new Distribution Policy in order to remain, or become, customers of NEON. The new Distribution Policy will come into effect from the Summer 2013 season (i.e. for product deliveries from April 2013).

[...]

CRITERIA FOR BRICK AND MORTAR¹

1. REPUTATION

RETAILER shall exercise a retail activity consisting in the purchase and sale of sporting goods or lifestyle personal goods to end consumers. RETAILER shall display all Nike products for consumer sale within a quality retail environment from fixed and enclosed trading premises that complies with the below.

RETAILER shall display all Nike Products for consumer sale within a quality retail environment which is strictly separate and differentiated from other parts of the shop floor. With respect to Nike footwear and apparel, the above-described area must be exclusively dedicated to the sale of either: (a) sporting goods; (b) lifestyle products; or (c) footwear or apparel as appropriate. With respect to Nike accessories and specialty categories products (Bags, Golf, Kids, Socks, etc. . .), the above-described area must be exclusively dedicated to the sale of either: (a) sporting goods; (b) lifestyle products; or (c) products which are complementary to the relevant Nike product.

RETAILER shall either have (i) an established reputation and track record for the sale of products comparable to the Nike product range they wish to sell, or (ii) a documented financial and business plan aiming at establishing reputation and track record for the sale of products comparable to the Nike product range they wish to sell. This means that the Retailer must be recognized by sporting goods or lifestyle inspired consumers (as appropriate) as a credible and quality destination in their shopping process for the relevant products, as demonstrated by local/national reputation, consumer panel surveys, quotes in magazine or online consumer reviews.

¹ These criteria apply to Retailers with primarily brick and mortar premises and that primarily sell and acquire their revenues from physical stores. For Retailers with primarily "digital" premises (e.g. website) and that sell and acquire a vast majority of their revenues from digital, an additional set of criteria is available upon request.

[...]

CRITERIA FOR BRICK AND MORTAR

4. RULES OF THE GAME

8. For any online activity, RETAILER shall:
- Directly operate its website under its own trading name. In case RETAILER has outsourced any of the activities related to the hosting and exploitation of its website to a third party, RETAILER shall accept full responsibility towards Nike and/or consumers for the content of the website and for any event arising out or in connection with any transaction on the website. RETAILER website (not just relevant webpage) must primarily be visited by end consumers in relation to sport or the purchase of sporting goods/lifestyle personal goods;
 - Display all Nike Products for consumer sale directly and exclusively within either i) its own website or ii) NEON authorised retailers own websites. RETAILER shall not allow other companies (which are not NEON authorised retailers) to display Nike Products for consumer sale within its own website and shall not display Nike Products for consumer sale within websites of other companies (which are not NEON authorised retailers);
 - Warrant that its website does not contain, refer to, or is not linked to, pages containing illegal, infringing, obscene or pornographic material or pages that promote violence, discrimination or contain hate speech.

[...]"

- 2.5. Action Sport heeft Nikeproducten aangeboden via Amazon. Amazon is geen door NEON geautoriseerde verkoper van Nikeproducten.
- 2.6. NEON heeft onder meer Zalando, Le Redoute en Otto als geautoriseerde verkopers aangewezen. Via die zogenoemde e-tailers kunnen ook andere geautoriseerde retailers van NEON Nikeproducten online aanbieden.
- 2.7. NEON heeft Action Sport er in verschillende e-mails en brieven op gewezen dat de verkoop via niet-geautoriseerde platforms in strijd was met de Policy en Action Sport verzocht die verkoop te staken.
- Bij brief van 7 oktober 2015 heeft NEON Action Sport voor zover van belang geschreven, (in de (onbetwiste) Engelse vertaling):

"[...]

We have understood that your company has offered and is carrying on offering Nike products for sale to consumers via website/s of non-authorised retailers, as the attachment to this letter provides for. By doing this, your company conflicts with the rules of the Guidelines provided by the NEON Selective Distribution Policy applicable to it. Thus, we formally challenge that your company is violating its obligations pursuant to such Policies.

We hereby order you and any related company, also pursuant to art. 1454 of the Italian Civil Code, to immediately cease and stop from any offer and sale of Nike products via one or more website of non-authorised retailers and to remove all the pictures of Nike products on such websites (or website) within 15 business days from the date of this letter.

NEON expressly retains any rights held by it, in particular, among others, the right to suspend all the discounts (or part of them) granted and the eventual deliveries as well as the right to terminate the partnership with your company.

[...]"

- 2.8. Bij brief van 16 december 2015 heeft NEON aan Action Sport geschreven (in de (onbetwiste) Engelse vertaling):

"[...]

We follow up on the previous letters that we sent to you on 20 August 2015, 17 September 2015 and 7 October 2015, continuously requesting you to comply with the NEON Distribution Policy, as well as from our lawyer's letter sent you today.

Despite such letters, your company carries on to offer Nike items to be sold to customers via website/s of non-authorized retailers, as it results from the attachment to this letter. The last deadline to remedy your non-fulfilment expired on 28 October 2015 without any action being carried out from you. For this reason, your Company remains defaulting to comply with your contractual obligations pursuant to the NEON Distribution Policy.

For this reason, we consider our commercial relationship with your company terminated starting from 28 December 2015. From this date onwards, your access to nike.net and to all the Nike systems is terminated. Any order submitted and accepted before such date will be duly executed. Conversely, any new order not accepted at this date or submitted after this date will be refused.

[...]"

Deze brief wordt door partijen aangemerkt als een ontbindingsverklaring.

- 2.9. NEON heeft vervolgens aan Action Sport de toegang tot het webplatform ontzegd, zodat Action Sport niet langer bestellingen bij NEON kon plaatsen.
- 2.10. Bij dagvaarding van 18 januari 2016 heeft Action Sport NEON gedagvaard in kort geding voor de rechtbank in Termini Imerese (regio Palermo). In dat geding heeft NEON een bevoegdheidsverweer opgeworpen.
- Bij beslissing van 7 juni 2016 heeft die rechtbank te zich onbevoegd verklaard van de vordering kennis te nemen, omdat kort gezegd partijen een rechtsgeldige forumkeuze voor de rechtbank Amsterdam hebben gemaakt.

3 Het geschil

in conventie

- 3.1. NEON vordert dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:
1. voor recht verklaart dat NEON op rechtmatige wijze de Overeenkomst tussen NEON en Action Sport heeft ontbonden;
 2. voor recht verklaart dat Action Sport niet gerechtigd is tot enige schadevergoeding voor de ontbinding van de Overeenkomst of anderszins voor de beëindiging van hun relatie;
- met veroordeling van Action Sport in de proces- en de nakosten
- 3.2. NEON voert daartoe aan dat tussen partijen de Policy heeft gegolden, maar dat Action Sport in strijd daarmee Nikeproducten via Amazon heeft aangeboden. Daarmee is Action Sport toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de Overeenkomst, zodat NEON bevoegd was de Overeenkomst te ontbinden.
- 3.3. Action Sport voert verweer. Zij stelt daartoe dat de Policy tussen partijen niet is overeengekomen, althans dat haar de Policy niet bij of voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst is ter hand gesteld, zodat zij deze kon vernietigen. Subsidiar stelt Action Sport dat de Policy een ongeoorloofde beperking van de mededinging is en om die reden nietig moet worden beschouwd. Meer subsidiar stelt Action Sport dat de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt en nog meer subsidiar dat een beroep op de Policy naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.
- 3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

- 3.5. Action Sport vordert in reconventie dat de rechtbank bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad :
- A. voor recht verklaart dat de Policy niet tussen partijen is overeengekomen;
 - B. voor recht verklaart dat de Policy nietig is;
 - C. voor recht verklaart dat de ontbindingsverklaring van NEON zonder rechtsgevolg is gebleven;
 - D. voor recht verklaart dat de Overeenkomst nog steeds van kracht is;
 - E. voor recht verklaart dat NEON jegens Action Sport toerekenbaar te kort is geschoten, dan wel onrechtmatig heeft gehandeld;
 - F. NEON gebiedt om binnen zeven dagen na betekening van het te wijzen vonnis de Overeenkomst, volledig na te komen, en / althans Action Sport weer toegang te geven tot het Nike online platform om weer bestellingen te kunnen plaatsen, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50.000, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, voor elke keer dat NEON de Overeenkomst niet nakomt, met een maximum van € 500.000, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag;
 - G. NEON veroordeelt tot betaling van een bedrag van € 61.785,85, zijnde de door Action Sport geleden schade als gevolg van het niet leveren van de in / terzake de jaren 2015 en 2016 (lente /zomercollectie) overeengekomen goederen;
 - H. NEON veroordeelt tot vergoeding van de verder door Action Sport geleden schade nader op te maken bij staat,
- met veroordeling van NEON in de proces- en de nakosten;
- alle gevorderde bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldatum dan wel de datum van de conclusie van eis in reconventie, althans een door de rechtbank te bepalen datum.
- 3.6. Action Sport grondt haar vorderingen onder A t/m F en H op haar in conventie in verweer opgeworpen stelling dat NEON niet bevoegd was tot ontbinding van de overeenkomst. De vordering onder G grondt Action Sport op de stelling dat NEON een aantal reeds voor 28 december 2015 geaccepteerde bestellingen niet heeft uitgeleverd.
- 3.7. NEON voert verweer.
- 3.8. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. De rechtbank ziet in de omstandigheid dat de vorderingen in conventie en reconventie (voor zover het betreft de vorderingen onder A t/m F en H) alle betrekking hebben op de gerechtvaardigheid van de ontbinding van de overeenkomst door NEON, aanleiding deze gezamenlijk te behandelen. De reconventionele vordering onder G zal hierna afzonderlijk worden behandeld..

in conventie en reconventie

bevoegdheid

- 4.2. De rechtbank dient haar bevoegdheid te beoordelen op grond van de 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) (hierna: Brussel I bis-Vo)
- 4.3. Tussen partijen is de toepasselijkheid van de Algemene voorwaarden niet in geschil. Evenmin is in geschil dat die Algemene voorwaarden een forumkeuze bevatten voor de rechtbank Amsterdam

die op het onderhavige geschil van toepassing is en dat die forumkeuze voldoet aan de voorwaarden voor een rechtsgeldige forumkeuze overeenkomstig artikel 25 Brussel I bis-Vo.

Nu het onderwerp van het geschil ook niet op de voet van artikel 15, 19, 23 of 24 Brussel I bis-Vo van de toepassing van artikel 25 Brussel I -bis-Vo is uitgesloten, is de rechtbank daarmee bevoegd over het geschil te oordelen.

toepasselijk recht

- 4.4. Het toepasselijk recht moet worden vastgesteld aan de hand van Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

Artikel 3 Rome I bepaalt dat een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Partijen twisten er niet over dat de Algemene voorwaarden een geldige rechtskeuze voor Nederlands recht bevatten, zodat de rechtbank dat recht zal toepassen.

is tussen partijen de Policy overeengekomen

- 4.5. Tussen partijen is niet in geschil dat hun rechtsverhouding een overeenkomst is waarop de Algemene voorwaarden van toepassing zijn.

Artikel 13 verklaart de Policy toepasselijk zoals die van tijd tot tijd van kracht is. Daarmee behoort de Policy tot de Algemene voorwaarden, in de vorm waarin die van tijd tot tijd van kracht is. Daaraan staat niet in de weg dat de tekst van de Policy 2013 niet bij het aangaan van de relatie aan Action Sport ter hand gesteld is. Dat kon ook niet, omdat toen nog een andere versie van de Policy van kracht was.

Wel moet worden aangenomen dat Action Sport bevoegd is de bepalingen van de Policy te vernietigen indien haar niet een redelijke gelegenheid is geboden daarvan kennis te nemen.

De rechtbank zal aannemen dat Action Sport beoogd heeft een beroep te doen op die vernietiging, waar zij stelt dat haar die voorwaarden niet ter hand zijn gesteld.

- 4.6. NEON betwist dat aan Action Sport niet tijdig de gelegenheid zou zijn gegeven van de Policy 2013 kennis te nemen.

Daartoe stelt NEON het volgende.

In een e-mail van 10 september 2012 heeft NEON aangekondigd dat er een nieuwe Policy zou worden ingevoerd in 2013, met daarin opgenomen een link naar de website waarop de nieuwe Policy was te vinden. Op die website werd de retailer via een menu naar de Policy in een door hem geselecteerde taal geleid. Daar kon de retailer de Policy in PDF-format downloaden en diende hij door het aanvinken van een hokje de Policy te aanvaarden. Uit een daarvan opgemaakt logbestand:



Subscriber Key	Email	Click-Through Time	Link Clicked
<input type="checkbox"/>	actionsport@virgilio.it	9/10/2012 11:43 AM	https://insurvey.net

blijkt dat Action Sport op 9 oktober 2012 op de link naar de nieuwe versie van de Policy heeft geklikt, aldus NEON.

Deze stelling is door NEON onderbouwd met een verklaring van de heer [naam] .

- 4.7. Action Sport heeft haar stelling dat zij eerst in 2014, toen zij daarom heeft gevraagd, een exemplaar van de Policy heeft ontvangen en dat zij daar toen meteen tegen heeft geprotesteerd tegenover de gemotiveerde stellingen van NEON dat en op welke wijze Action Sport de gelegenheid heeft gehad van de inhoud van de Policy 2013 kennis te nemen op geen enkele wijze nader onderbouwd. In die omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat vast staat dat Action Sport de Policy in 2012 heeft gelezen en aanvaard, zodat die versie van de Policy deel is gaan

uitmaken van de overeenkomst.

is de Policy strijdig met het Europese mededingingsrecht?

- 4.8. Uit de Policy volgt dat zij ertoe strekt een selectief distributiesysteem voor NEON te bewerkstelligen. De Policy laat alleen toegelaten distributeurs toe en verbiedt de levering aan of via niet toegelaten distributeurs. Anders dan Action Sport stelt volgt uit de bepaling dat:
- "All retailers must comply with the new Distribution Policy in order to remain, or become, customers of NEON"*
- niet alleen dat de afnemers aan de Policy zijn gehouden, maar ook dat NEON gehouden is slechts afnemers te aanvaarden die zich aan de Policy houden.
- 4.9. Vervolgens dient te worden onderzocht of het onderhavig selectieve distributiesysteem valt onder de beperkingen van artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna VWEU), en zo ja of het selectieve distributiesysteem van NEON desondanks is toegelaten, omdat het voldoet aan de voorwaarden om te vallen onder de groepsvrijstelling van Verordening 330/2010.
- 4.9.1. Reeds in zijn arrest van 25 oktober 1977 zaak 26/76 (ECLI:C:1977:167) overwoog het HvJEG:
- "[...]
- 20 Overwegende dat de in de artikelen 3 en 85 van het eeg-verdrag gestelde voorwaarde dat de mededinging niet wordt vervalst , uitgaat van het bestaan van een werkzame mededinging (workable competition) op de markt , dat wil zeggen de mate van mededinging die noodzakelijk is voor de naleving van de fundamentele vereisten en het bereiken van de doelstellingen van het verdrag , inzonderheid de totstandbrenging van een markt met soortgelijke voorwaarden als een interne markt ;
- dat dit vereiste ervan uitgaat dat de aard en intensiteit van de mededinging kunnen variëren naar gelang van de betrokken produkten of diensten en de economische structuur van de betrokken marktsectoren ;
- dat met name op het gebied van de fabricage van technisch hoogwaardige duurzame consumptiegoederen van goede kwaliteit , waarin een betrekkelijk klein aantal grote en middelgrote fabrikanten een gevarieerd assortiment toestellen aanbiedt die - althans in de ogen van de consument - betrekkelijk gemakkelijk verwisselbaar zijn , de structuur van de markt zich niet verzet tegen het bestaan van uiteenlopende verkoopkanalen die zijn aangepast aan de kenmerken der verschillende producenten en de behoeften der verschillende categorieën gebruikers ;
- dat de commissie op grond hiervan terecht heeft aangenomen dat selectieve verkoopsystemen naast andere factoren een met artikel 85 , lid 1 , verenigbare concurrentiefactor vormen , mits bij de keuze der wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd met betrekking tot de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf , en deze voorwaarden uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast;
- [...]"
- Die lijn is in latere jurisprudentie niet verlaten.
- 4.9.2. Vast staat dat de in de Policy opgenomen voorwaarden voldoen aan de eis dat het objectieve kwaliteitscriteria betreffen met betrekking tot de vakbekwaamheid van de distributeur, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf en dat deze uniform en zonder discriminatie worden gehanteerd.
- De volgende vraag is of het selectieve distributiesysteem noodzakelijk is. Uit de

jurisprudentie van het HvJEU, zoals samengevat in de conclusie van advocaat generaal N. Wahl in de zaak C-230/16 (ECLI:EU:C:2017:603) volgt:

"[...]dat luxe producten, gelet op de kenmerken en de aard ervan, de toepassing van een selectief distributiestelsel noodzakelijk kunnen maken om het behoud van de kwaliteit en het juiste gebruik van die producten te verzekeren. Anders gezegd, selectieve distributiestelsels voor de verkoop van luxe en prestigieuze artikelen die primair tot doel hebben het merkimago van de artikelen in stand te houden, vallen niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU. (overweging 74)

4.9.3. Naar het oordeel van de rechtbank moeten de Nikeproducten worden aangemerkt als luxeproducten en dient de Policy om merkimago in stand te houden.

4.9.4. Onderzocht dient dan nog te worden of de in de Policy opgenomen beperking, die het aan de distributeurs verbiedt de goederen via niet-geautoriseerde webwinkels aan te bieden, gerechtvaardigd wordt door de noodzaak het luxe imago van de producten in stand te houden. In de hiervoor reeds aangehaalde conclusie van AG Wahl overweegt de AG op dit punt:

"[...]

110. Het litigieuze beding in het hoofdgeding ontnemt de erkende distributeurs immers niet de mogelijkheid om de contractproducten op hun eigen websites aan te bieden. Evenmin verbiedt zij deze distributeurs, niet naar buiten toe kenbaar gebruik te maken van platforms van derden om diezelfde contractproducten aan te bieden.

111. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, op basis van met name de resultaten van haar sectoronderzoek, lijken de eigen webshops van de distributeurs bij de huidige stand van ontwikkeling van de elektronische handel het belangrijkste verkoopkanaal voor onlineverkoop te vormen. Hoewel platforms van derden een steeds grotere rol spelen bij de verkoop van de producten van detailhandelaren, kan een verbod voor erkende distributeurs om naar buiten toe kenbaar van die platforms gebruik te maken, gelet op de huidige stand van ontwikkeling van de elektronische handel, dan ook niet worden gelijkgesteld met een algemeen verbod of een substantiële beperking van de verkoop via internet.

112. Wat, in de tweede plaats, de evenredigheid betreft, denk ik dat op basis van de stukken voor het Hof vooralsnog niet kan worden vastgesteld dat een dergelijk verbod in algemene zin als onevenredig ten opzichte van het nagestreefde doel moet worden beschouwd.

113. Ik wijs erop dat de leverancier / het netwerkhoofd zijn erkende distributeurs op grond van de tussen hen bestaande contractuele verhouding weliswaar bepaalde verplichtingen kan opleggen en aldus een zekere controle over de verkoopkanalen voor zijn producten kan uitoefenen, maar geen controlemogelijkheden heeft ten aanzien van de verkoop van die producten die via platforms van derden verloopt. In dat perspectief kan de litigieuze verplichting voor Coty Germany een geschikt middel zijn om haar doelstellingen te realiseren.

114. Weliswaar kan niet worden ontkend dat onlineplatforms, zoals het platform in het hoofdgeding, in staat zijn een prestigieuze presentatie van de betrokken producten te ontwikkelen en te verzekeren, precies zoals de erkende distributeurs dat zouden doen, maar naleving van de kwaliteitseisen, een legitiem voorschrift in het kader van een selectief distributiestelsel, kan slechts doeltreffend worden verzekerd als de onlineverkoopomgeving wordt ontwikkeld door erkende wederverkopers die bij overeenkomst aan de leverancier / het netwerkhoofd gebonden zijn, en niet door een derde marktspeeler op wiens praktijken die leverancier geen invloed kan uitoefenen.

4.9.5. De rechtbank acht de overwegingen van de AG overtuigend en ziet daarom geen aanleiding

de zaak aan te houden tot dat het HvJEU in deze zaak uitspraak heeft gedaan of om zelf vragen aan het HvJEU te stellen.

Daar komt bij dat de feiten in onderhavige zaak zich nog in zoverre van de feiten in de zaak C 230/16 onderscheiden dat vaststaat dat NEON een aantal platforms heeft toegelaten tot het selectieve distributiesysteem en de Policy het de distributeurs toestaat via die platforms webverkopen te realiseren.

4.10. De conclusie van het voorgaande is dat de Policy een onder artikel 101 lid 1 VWEU toelaatbaar selectief distributiesysteem is, zodat de Policy niet nietig is en NEON bevoegd is Action Sport daar aan te houden.

4.11. Action Sport heeft nog aangevoerd dat NEON onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt waarom Amazon niet zou voldoen aan de in de Policy gestelde kwaliteitseisen. Die stelling miskent het karakter van het selectieve distributiesysteem. Amazon is geen geautoriseerde (r)etailer zodat aan NEON geen middelen tot handhaving van haar selectieve distributiesysteem jegens Amazon ter beschikking staan. Het staat Amazon uiteraard vrij om bij NEON een verzoek te doen om tot het selectieve distributiesysteem te worden toegelaten en NEON zal, indien Amazon aan de criteria voldoet, gehouden zijn om Amazon als zodanig te aanvaarden, maar zolang Amazon niet de status heeft van geautoriseerde retailer valt zij buiten het systeem.

4.12. Nu niet in geschil is dat Action Sport Nikeproducten via Amazon heeft aangeboden aan consumenten staat met hetgeen hiervoor is overwogen vast dat Action Sport tekortgeschoten is in de verplichtingen uit de overeenkomst.

Artikel 6:265 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat iedere tekortkoming de bevoegdheid geeft aan de wederpartij de overeenkomst te ontbinden, tenzij de tekortkoming gezien haar bijzondere aard of geringe omvang de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.

Action Sport heeft zich erop beroepen dat de gevolgen voor haar zeer ernstig zijn, dat de tekortkoming beperkt is en dat de belangen voor NEON gering zijn en dat daarom de ontbinding door de tekortkoming niet wordt gerechtvaardigd.

De rechtbank volgt haar daarin niet.

De aan Action Sport door de Policy opgelegde beperking behoefde haar er niet van te weerhouden via het internet Nikeproducten te verkopen. Zij kon daartoe de producten aanbieden via haar eigen website of via websites van geautoriseerde derden. Het is naar NEON onbestreden heeft gesteld en naar ook uit de aard van het selectief distributiesysteem voortvloeit voor NEON van groot belang dat zijn haar selectieve distributiesysteem handhaaft.

NEON heeft voorts onweersproken en met een rapport onderbouwd gesteld dat er op sommige momenten meer dan 800 aanbiedingen van Action Sport op Amazon stonden. Van een geringe inbreuk is dus geen sprake. Bovendien heeft NEON Action Sport ruimschoots de gelegenheid gegeven aan de tekortkoming een einde te maken, voordat zij tot ontbinding van de overeenkomst is overgegaan. In die omstandigheden heeft Action Sport naar het oordeel van de rechtbank niet aangetoond dat de ontbinding gezien de bijzondere aard of geringe omvang van de tekortkoming niet zou zijn gerechtvaardigd.

4.13. Voor haar stelling dat een beroep door NEON op de Policy op de voet van artikel 6:248 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is heeft Action Sport in wezen geen andere argumenten aangevoerd als voor haar stelling dat de tekortkoming de ontbinding niet zou rechtvaardigen. Dat is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende om die stelling te kunnen dragen.

4.14. Voor zover Action Sport heeft beoogt aan te voeren dat NEON niet aan haar klachtplicht overeenkomstig artikel 6:89 BW heeft voldaan wordt die stelling verworpen. In het midden kan blijven of artikel 6:89 BW toepassing kan vinden op een tekortkoming als de onderhavige, die niet ziet op een gebrekkige levering. Vast staat immers dat Action Sport ook nadat NEON haar een en

andermaal op de tekortkoming had gewezen daarmee is voortgegaan. In die omstandigheden valt niet in te zien dat Action Sport enig gerechtvaardigd belang heeft bij haar beroep op artikel 6:89 BW.

- 4.15. Een en ander leidt tot het oordeel dat in conventie de vorderingen van NEON zullen worden toegewezen, met dien verstande dat, behoudens ten aanzien van de proceskosten, de beslissing niet uitvoerbaar bij voorraad zal worden verklaard, nu een verklaring voor recht zich daarvoor niet leent. In reconventie zullen de vorderingen onder A t/m F en H van Action Sport worden afgewezen.

in conventie voorts

- 4.16. Action Sport zal als de in conventie in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van NEON begroot als volgt:

- griffierecht € 619,00
- dagvaarding € 77,75
- salaris advocaat € 904,00 (2 punten × tarief € 452,00)

Totaal € 1.600,25

De nakosten zullen worden toegewezen als in het dictum vermeld.

in reconventie voorts

- 4.17. De vordering in reconventie onder G betreft de door Action Sport gevorderde schade die zij heeft geleden als gevolg van het feit dat NEON een aantal reeds voor de ontbinding geaccepteerde bestellingen niet heeft uitgeleverd c.q. heeft geannuleerd.

- 4.18. Naar Action Sport onweersproken heeft gesteld heeft NEON overeenkomstig onderstaande lijst bestellingen geaccepteerd maar niet uitgeleverd (geannuleerd):

nr.	ordernr.	besteld	geaccepteerd	geannuleerd	ontvangen
1	0885146714	137	125	105	20
2	0885182480	10	10	0	10
3	885030814	35	28	0	28
4	0084648662	142	142	86	56
5	884591586	35	17	0	17
6	0885119078	54	54	36	18
7	0885133993	67	67	12	55
8	0885146319	128	128	100	28
9	0885145012	37	37	25	12
10	0885146210	54	42	0	42
11	0885144503	183	159	79	80
12	0885136907	12	0	0	12
13	0885139329	167	167	14	153
14	0885132678	154	138	16	122
15	0885127258	24	0	0	6
16	0885136405	146	134	49	85
17	0885143321	54	54	0	54
18	0885139367	48	24	0	24
19	0883312781	16	8	0	8
20	0885235710	127	127	79	48
21	0885427094	6	0	0	6
22	0885704894	260	260	0	260

23	08857044893	323	323	0	323
24	088580744	6	0	0	6
25	0885989332	16	16	0	16
26	0885576469	30	0	0	30
27	709984434	231	231	100	131

De rechtbank merkt daarbij op dat met betrekking tot de in de lijst vetgedrukte ordernummers weliswaar getallen in de kolom geannuleerd zijn opgenomen, maar uit de lijst ook blijkt dat het hier niet geaccepteerde bestellingen betreft. Die zullen in het hiernavolgende daarom buiten beschouwing blijven, nu Action Sport niet heeft gesteld dat NEON niet bevoegd was die bestellingen niet te accepteren.

4.19. NEON heeft ten verweerde aangevoerd dat zij om twee redenen reeds geaccepteerde bestellingen van Action Sport heeft geannuleerd.

4.19.1. Ten eerste heeft NEON met Action Sport een kredietplafond afgesproken. Op een zeker moment is NEON - nadat Action Sport herhaaldelijk in gebreke was gebleven met het (tijdig) betalen van de facturen - met Action Sport overeengekomen dat Action Sport maximaal € 30.000,00 krediet zou worden verleend.

4.19.2. Ten tweede heeft NEON een aantal orders geannuleerd kort gezegd omdat het aantal bestellingen van het betreffende product te gering was om de productie daarvan te rechtvaardigen. NEON stelt dat daarom sprake was van overmacht, zodat zij niet langer gehouden was de betreffende producten (uit) te leveren.

4.20. Action Sport heeft niet betwist dat met NEON een kredietplafond was overeengekomen noch dat ten aanzien van de door NEON genoemde bestellingen sprake was van overschrijding van het plafond. NEON was daarom naar het oordeel van de rechtbank bevoegd de betreffende orders niet uit te leveren.

Indien de door NEON opgegeven lijst in de door Action Sport opgegeven lijst wordt geïntegreerd levert dat de volgende lijst op:

nr.	ordernr.	besteld	geaccepteerd	geannuleerd	ontvangen	kredietplafond
1	0885146714	137	125	105	20	
2	0885182480	10	10	0	10	
3	885030814	35	28	0	28	
4	0084648662	142	142	86	56	
5	884591586	35	17	0	17	
6	0885119078	54	54	36	18	
7	0885133993	67	67	12	55	
8	0885146319	128	128	100	28	
9	0885145012	37	37	25	12	
10	0885146210	54	42	0	42	
11	0885144503	183	159	79	80	
12	0885136907	12	0	0	12	
13	0885139329	167	167	14	153	
14	0885132678	154	138	16	122	
15	0885127258	24	0	0	6	
16	0885136405	146	134	49	85	
17	0885143321	54	54	0	54	
18	0885139367	48	24	0	24	
19	0883312781	16	8	0	8	
20	0885235710	127	127	79	48	

21	0885427094	6	0	0	6	
22	0885704894	260	260	0	260	
23	08857044893	323	323	0	323	
24	088580744	6	0	0	6	
25	0885989332	16	16	0	16	
26	0885576469	30	0	0	30	
27	709984434	231	231	100	131	

4.20.1. Dan resteren als geaccepteerde orders die niet door het kredietplafond zijn getroffen:

2	0885182480	10	10	0	10
3	885030814	35	28	0	28
5	884591586	35	17	0	17
6	0885119078	54	54	36	18
27	709984434	231	231	100	131

4.21. Anders dan NEON stelt kan de omstandigheid dat onvoldoende bestellingen zijn gedaan om economisch verantwoord te produceren niet worden aangemerkt als overmacht. Indien NEON meent dat zij eerst bij een bepaalde omvang van de bestellingen economisch kan produceren, dan had het op haar weg gelegen in de overeenkomst daarin te voorzien. Zij heeft in haar Algemene voorwaarden een bepaling over overmacht opgenomen, artikel 7.1, maar dat artikel voorziet hier niet in.

Dat betekent dat NEON de tekortkoming ten aanzien van de onder 4.20.1 genoemde bestellingen kan worden toegerekend, zodat zij daarvoor jegens Action Sport schadeplichtig is.

4.22. Action Sport stelt dat haar schade gelijk is aan het bedrag van de waarde van de geannuleerde orders. Uit de door Action Sport overgelegde en in zoverre onbestreden orderpapieren kan worden afgeleid dat dat voor de onderscheiden orders de onderstaande bedragen betreft:

0885182480	€	380,48
885030814	€	1.355,98
884591586	€	636,61
0885119078	€	965,88
709984434	€	6.999,92
Totaal	€	10.338,87

Action Sport heeft die berekening van de schade erop gegrond dat de aanbevolen verkoopprijs tweemaal de bij de retailer in rekening gebrachte prijs bedraagt.

NEON heeft die berekening betwist. Zij heeft aangevoerd dat niet vaststaat dat Action Sport alle betreffende producten ook voor de aanbevolen verkoopprijs zou hebben verkocht, dat zij mogelijk lagere prijzen hanteert en dat wellicht niet alle goederen zouden zijn verkocht. Bovendien moet rekening worden gehouden met mogelijke alternatieve omzet, aldus NEON.

4.23. De rechtbank zal de door Action Sport geleden schade schatten. Zij neemt daarbij tot uitgangspunt het bedrag dat in r.o. 4.22 is berekend en zal daarop, in verband met de door NEON genoemde aspecten die op zich zelf door Action Sport niet zijn betwist, maar die moeilijk in concreto zijn te kwantificeren, een korting toepassen van 25%.

NEON zal mitsdien veroordeeld worden om aan Action Sport te voldoen € 7.754,15.

4.24. Action Sport heeft gevorderd dat NEON zal worden veroordeeld om over het toegewezen bedrag de wettelijke rente te betalen vanaf "de vervaldatum". Zij heeft echter nagelaten te vermelden per welke datum volgens haar de betreffende bedragen zijn vervallen, of zelfs maar op basis waarvan de vervaldatum zou kunnen worden berekend. De rechtbank zal de rente daarom toewijzen vanaf 14 dagen na de conclusie van eis in reconventie en dus met ingang van 8 februari 2016.

4.25. Nu partijen in reconventie over en weer deels in het gelijk en deels in het ongelijk worden gesteld zullen de proceskosten in reconventie worden gecompenseerd, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

- 5.1. verklaart voor recht dat NEON op rechtmatige wijze de Overeenkomst tussen NEON en Action Sport heeft ontbonden,
- 5.2. verklaart voor recht dat Action Sport niet gerechtigd is tot enige schadevergoeding voor de ontbinding van de Overeenkomst of anderszins voor de beëindiging van hun relatie,
- 5.3. veroordeelt Action Sport in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van NEON begroot op € 1.600,25,
- 5.4. veroordeelt Action Sport tot betaling van een bedrag van € 131,00 aan nasalaris, te verhogen met een bedrag van € 68,00 in geval van betekening, onder de voorwaarde dat Action Sport niet binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis vrijwillig aan het vonnis heeft voldaan,
- 5.5. verklaart de veroordelingen onder 5.3 en 5.4 uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

in reconventie

- 5.7. veroordeelt NEON tot betaling aan Action Sport van € 7.754,15 (zevenduizend zeshonderdvierenvijftig euro en vijftien eurocent, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover met ingang van 8 februari 2016 tot aan de dag van voldoening,
- 5.8. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.9. wijst af het meer of anders gevorderde,
- 5.10. compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.H. Marcus en in het openbaar uitgesproken op 4 oktober 2017.