

Implicaties van het nieuwe Commissiebeleid inzake verticale afspraken voor de Mededingingswet

Een terreinverkenning

Mr. E.R. Vollebregt en mw.mr. Y.S.H. Schers

Recentelijk is het Vervolg op het Groenboek betreffende verticale afspraken bekendgemaakt.¹ In dit document wordt de met het Groenboek betreffende verticale afspraken² ingezette herijking van het beleid voortgezet en nader gestalte gegeven. Ter vervanging van – bijna alle – huidige groepsvrijstellingen inzake verticale afspraken stelt de Commissie één groepsvrijstelling voor, waarbij naast een zwarte lijst aan marktmacht bijzonder gewicht wordt toegekend. Deze omslag van materiële aard wordt geflankeerd door een aantal voorstellen van procedurele aard.

De nog geen jaar oude Mededingingswet (Mw) kenmerkt de overgang van een gemengd misbruikstelsel naar een verbodstelsel en daarmee de uiteindelijke aansluiting bij het Europees mededingingsrecht. Gezien de dynamische koppeling tussen de Mw en het Europees mededingingsrecht, in het bijzonder op het gebied van de groepsvrijstellingen, zal het voorgenomen Commissiebeleid van grote betekenis zijn voor de Mw en het in de tussentijd te hantieren ontheffingsbeleid. Het lijkt erop dat de Commissie de Nederlandse wetgever rechts zal inhalen in een wedloop van herwaardering van mededingingsbeleid.

Over de (economische) vraag of verticale afspraken de mededinging ontoelaatbaar, toelaatbaar of in het geheel niet beperken, zijn boeken en periodieken volgeschreven.³ Dit artikel zal niet inhoudelijk ingaan op die vraag. Na een uiteenzetting van het voorgenomen Commissiebeleid en de trendbreuk met het huidige beleid, zullen de implicaties daarvan voor het Nederlandse mededingingsbeleid worden geanalyseerd. Ten eerste wordt ingegaan op de eventuele noodzaak tot aanpassing van de Mw. Ten tweede wordt stilgestaan bij de materiële gevolgen voor het Nederlandse mededingingsrecht. Ten derde zullen de consequenties van het voorgestelde beleid voor en het (overblijvende) nut van de nationale vrijstellingen worden aangestipt. Ten slotte worden enkele beschouwingen gewijd aan de gevolgen voor het ontheffingsbeleid van de NMa.

Mr. E.R. Vollebregt is advocaat te Brussel (Liedekerke Siméon Wessing Houthoff); Mr. Y.S.H. Schers is advocaat te Amsterdam (Houthoff Advocaten & Notarissen).

Het nieuwe beleid in hoofdlijnen

Herijking van het beleid

In een recente Competition Policy Newsletter werd het veranderende economische denken, dat aan het voorgenomen Commissiebeleid ten grondslag ligt, reeds preludeerend aangekondigd zonder dat evenwel op de bijbehorende ingrijpende formele wijzigingen werd ingegaan.⁴ Het centrale element in het veranderde economische beleid is de groeiende consensus dat verticale afspraken slechts in bepaalde omstandigheden negatieve effecten hebben op een gegeven markt. In hoofdlijnen wil de Commissie afspraken⁵ die geen significante negatieve effecten op een markt hebben een veilige zone bieden. Tegelijkertijd wordt beoogd duidelijk en voorspelbaar aan te geven welke overeenkomsten niet in deze veilige zone thuishoren. Daartoe is een meer economische benadering nodig, die rekening houdt met het effect dat verticale overeenkomsten in hun marktcontext hebben.⁶ Ter onderscheiding van de econo-

- 1 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels op verticale afspraken: Vervolg op het Groenboek betreffende verticale afspraken, zie website van D-G IV (<http://www.europa.eu.int/comm/DG04>).
- 2 Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie, COM (96) 721 def., 22 januari 1997. Zie voor een bespreking daarvan: Schroeder, D., *The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*, *ECLR*, Vol. 18, No. 7, October 1997, p. 430-434; Biro, Z. Fletcher, A., *The EC Green Paper on Vertical Restraints: An Economic Comment*, *ECLR*, Vol. 19, No. 3, March 1998, p. 129-138.
- 3 Zie bijvoorbeeld Montangie, Y., *Verticale prijsbinding: moet kunnen*, *SEW* 1998, p. 196 (en de literatuur aangehaald in dit artikel) en de reactie van Mok, M.R., V.p., *weg ermee*, *SEW* 1998, p. 200; Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*, West Publishing Co., USA, 1994, § 11.7; Jenny, F., *Competition and efficiency*, *Fordham Corporate Law Institute*, 1993, p. 185, *Competition Policy and vertical restraints: franchising agreement*, OECD, Parijs, 1994; Sanfillipo, L., *The retail sector and application of antitrust rules*, *European Competition Law Review*, 1997, p. 492; Rey, P. en Caballero-Sanz, F., *The policy implications of the economic analysis of vertical restraints*, *Economic Papers*, nr. 199, 1996
- 4 Peepkorn, L., D-G IV-A-1, *The Economics of Verticals*, *Competition Newsletter* nr. 2, juni 1998, p. 11.
- 5 De term 'afsprake(n)' dient in dit artikel te worden gelezen als: overeenkomst(en) tussen ondernemingen, besluit(en) van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedraging(en).
- 6 De Commissie onderkende deze noodzaak reeds met betrekking tot coöperatieve joint ventures, zie Commissie Beschikking 90/410 Elopak-Metalbox/Odin, Pb. EG 1990, L 209/15.

mische effecten verdeelt de Commissie verticale afspraken in de volgende vier groepen: (1) exclusieve distributie, (2) merkexclusiviteit, (3) verticale prijsbinding en (4) marktverdeling.

Ad 1 Exclusieve distributie

De beperkingen in deze groep hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat de leverancier slechts aan een beperkt aantal wederverkopers levert. Voorbeelden van dit soort beperkingen zijn exclusieve distributie, exclusieve afname en exclusieve toedeling van klanten. Als gevolg van een geringer aantal distributeurs en afsluiting van verkoopkanalen van de fabrikant of de leverancier voor bepaalde wederverkopers wordt met name de intrabrandmededinging beperkt.

Ad 2 merkexclusiviteit

Deze groep bevat afspraken die een wederverkoper ertoe bewegen zijn vraag naar een bepaald product te concentreren op één leverancier. Voorbeelden hiervan zijn non-concurrentie- en minimumafnamebedingen. De voornaamste gevolgen voor de mededinging zijn gelegen in beperking van de interbrandmededinging. Deze wederverkopers kunnen immers niet door andere leveranciers worden beleverd en kunnen daardoor nog slechts één merk verkopen. Mededinging tussen leveranciers om de merkexclusiviteitscontracten kan echter de negatieve effecten verzachten. Dit verzachtende effect wordt minder naarmate de duur van de merkexclusiviteitscontracten langer is.

Ad 3 Verticale prijsbinding

Deze groep behoeft geen introductie. Afwezigheid van intrabrandmededinging in prijs en prijstransparantie die in geconcentreerde markten gemakkelijk tot horizontale collusie leidt, voert de Commissie als meest kenmerkende negatieve effecten op.

Ad 4 Marktverdeling

Deze groep bevat met name afzetbeperkingen voor de wederverkoper en de leverancier. Voorbeelden hiervan zijn exclusieve afname, territoriale verkoopbeperkingen, verbod van wederverkoop en koppelverkoop. Dit soort beperkingen hebben een negatief effect op de marktintegratie en werken bovendien prijsdiscriminatie in de hand. Alhoewel de werking van koppelverkoop anders is, heeft het eveneens als effect de uitsluiting van andere leveranciers en een beperkte interbrandmededinging.

Combinaties van afspraken

De Commissie onderscheidt vervolgens de volgende combinaties van afspraken uit de verschillende groepen: (1) combinaties die mogelijk positieve effecten op de mededinging hebben, (2) combinaties die mogelijk negatieve effecten hebben en (3) combinaties die vanuit het oogpunt van marktintegratie een bijzonder negatief effect op de mededinging hebben. Hoewel de Commissie in het Groen-

boek nog het tegendeel beweerde⁷ gaat zij thans uit van de stelling dat een combinatie van verticale afspraken veelal een negatief effect op de mededinging zal hebben.⁸ In principe is daarom een combinatie van beperkingen die zowel de intra- als interbrandmededinging beperken, die beide de intrabrandmededinging beperken of die beide marktintegratie hinderen, niet toegestaan.⁹ Combinaties van verticale afspraken kunnen echter gunstig worden beoordeeld indien de ene beperking de mogelijk negatieve effecten van de andere(n) begrenst.¹⁰ Daarnaast onderkent de Commissie dat bepaalde verticale afspraken noodzakelijk kunnen zijn ter voorkoming van bepaalde efficiency problemen binnen de distributieketen.¹¹

Formele pijlers van het nieuwe beleid

Het voorgestelde beleid is gegrond op drie formele pijlers: (1) verruiming van de ontheffingsbevoegdheden, (2) aanpassing van de gevolgen van de nietigheid ex artikel 85 lid 2 EG-Verdrag en (3) een Groepsvrijstelling voor – bijna – alle verticale afspraken. De Commissie hoopt dat rond het jaar 2000 alle noodzakelijke wetgevingsaanpassingen zullen zijn voltooid.

De eerste pijler: verruiming ontheffingsbevoegdheden

De eerste pijler behelst een vergroting van de bevoegdheden van de Commissie voor het verlenen van ontheffingen ex artikel 85 lid 3 EG-Verdrag. Momenteel heeft de Commissie op grond van de Raadsverordening 19/65 slechts bevoegdheid voor groepsvrijstellingen inzake bilaterale overeenkomsten met betrekking tot de wederverkoop van eindproducten.¹² De Commissie wenst dit uit te breiden tot multilaterale overeenkomsten voor wederverkoop. Daarnaast is de Commissie voornemens het nieuwe beleid uit te strekken tot diensten, halffabrikaten en andere producten die het onderwerp kunnen zijn van verticale afspraken.

De tweede pijler: herziening van Verordening 17

De tweede pijler houdt met de herziening van artikel 4 lid 2 van Verordening 17¹³ een procedureel *novum* in. Thans heeft een ontheffing slechts terugwerkende kracht tot het moment van aanmelding. Hetgeen vóór dat moment heeft plaatsgevonden, is en blijft nietig in geval van strijd met artikel 85 lid 1 EG-Verdrag. Het nieuwe beleid voorziet in een in tijd verdergaande terugwerkende kracht; tot het moment van inwerkingtreding van de afspraak. Als voor-

7 Groenboek, § 67.

8 Vervolg Groenboek, p. 18.

9 Vervolg Groenboek, p. 18.

10 Vervolg Groenboek, p. 19.

11 Vervolg Groenboek, p. 19-21.

12 Artikel 1 Verordening 19/65 inzake de toepassingen van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Pb. EG 1965, nr. 36, p. 533).

13 Raadsverordening 17/62 inzake de implementatie van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (Pb. EG 1962, p. 204).

deel hiervan wordt genoemd de inperking van nationale procedures die enkel zijn gericht op de ontsnapping aan (ongewenste) contractuele bepalingen doch die vanuit een mededingingsrechtelijk en -politiek oogpunt niet problematisch behoeven te zijn. Veelal blijkt na economische analyse dat een bepaalde afspraak weliswaar mededingingsbeperkend is, maar aan de voorwaarden van artikel 85 lid 3 EG-Verdrag voldoet. In een dergelijke situatie wordt de afspraak niettemin gedurende het tijdvak vóór de aanmelding door nietigheid getroffen. De nationale rechter kan geen ontheffing verlenen en zal de afspraak nietig verklaren, terwijl de Commissie slechts vanaf het moment van aanmelding de gemaakte afspraken kan sanctioneren. De in tijd verdergaande terugwerkende kracht voorkomt dit. Aldus zal de klemtoon komen te liggen op bescherming van de concurrentie in plaats van bescherming van private belangen die vaak niets met concurrentie te maken hebben.¹⁴

Daarnaast is het volgens de Commissie waarschijnlijk dat ondernemingen als gevolg van de verdergaande terugwerkende kracht minder aanmeldingen 'voor de zekerheid' zullen verrichten. Ondernemingen zouden enkel afspraken aanmelden die mogelijk problemen op kunnen leveren onder artikel 85 EG-Verdrag. Het is echter twijfelachtig of deze verwachting verwezenlijkt zal worden. Thans worden afspraken waarvan men niet twijfelt dat ze zijn toegestaan immers niet aangemeld, terwijl afspraken waarbij dit niet het geval is wel worden aangemeld teneinde eventuele nietigheid te ondervangen.

Tenslotte lijkt de Commissie de gevolgen van de nietigheid te willen regelen voor overeenkomsten die niet onder de Groepsvrijstelling vallen. Tot op heden werd dit uitsluitend door het nationale recht geregeld. De Commissie is in deze gevallen voornemens te voorkomen dat nietige clausules van de afspraak kunnen worden afgescheiden.¹⁵ Partiële nietigheid, zoals in Nederland in artikel 3:41 BW geregeld, is in deze gevallen dan niet meer aan de orde.¹⁶ Deze wijziging leidt in wezen ertoe dat de gevolgen van de nietigheid ex artikel 85, lid 2, EG-Verdrag aan de competentie van de lidstaten worden onttrokken. De behandeling van het voorstel tot herziening van Verordening 17 in de Raad zal moeten uitwijzen of de lidstaten zich hierin kunnen vinden.

De derde pijler: de Groepsvrijstelling

De derde pijler bestaat uit een groepsvrijstelling die een groot deel van de huidige groepsvrijstellingen voor distributie¹⁷, beschikkingen¹⁸ en bekendmakingen¹⁹ zal vervangen en het huidige recht op bepaalde punten zal aanvullen. De Commissie houdt wat betreft de exacte inhoud van de Groepsvrijstelling nog een slag om de arm maar geeft wel de grote lijnen ervan weer.²⁰ Saillant detail daarbij is dat de door de Commissie gekozen oplossing de minste steun kreeg in de consultatieprocedure volgende op het Groenboek.²¹

Teneinde tegemoet te komen aan de bij het bedrijfsle-

ven levende behoefte mededingingsbeperkingen in absolute termen uit te drukken, zal de Groepsvrijstelling zijn opgebouwd uit een zwarte lijst van *prima facie* beperkingen en marktaanderepels. Dit stelsel leidt ertoe dat de mededingingsbeperkingen die niet op de zwarte lijst staan, toegestaan zijn.²² Deze vrijheid wordt evenwel ingeperkt zodra in een bepaalde situatie de marktaanderepels worden bereikt. Alsdan zijn de mededingingsbeperkingen opgenomen bij de marktaanderepel niet (meer) toegestaan. Ofschoon de Groepsvrijstelling gelding zal hebben voor vrijwel alle verticale afspraken, wordt voorzien in enkele uitzonderingen.²³

De in de zwarte lijst opgenomen *prima facie* beperkingen betreffen in ieder geval afspraken c.q. bepalingen inzake minimum- en vaste eindgebruikersprijzen alsmede absolute gebiedsbeschermingen. Met de zwarte lijst hoopt de Commissie het dwangbuiseffect van de huidige groepsvrijstellingen te voorkomen door het achterwege laten van voorwaarden van toepasselijkheid voor de Groepsvrijstelling (de zogenaamde 'witte lijst'). Als gevolg hiervan kunnen bijvoorbeeld bepaalde exclusiviteitsclausules zowel ten aanzien van gebied als ten aanzien van klanten worden gehanteerd. Dit betreft een verruiming ten opzichte van het huidige beleid. De voorgestelde zwarte lijst lijkt voorts afspraken te bevatten die een verenging inhouden van het huidige vrijstellingsbeleid. Dit betreft bijvoorbeeld de dan niet meer toegestane combinatie van alleenverkoop met alleenafname.

14 Vervolg Groenboek, p. 28.

15 Vervolg Groenboek, p. 38.

16 Zie voor een bespreking van de gevolgen van nietigheid G.W. van der Klis en S.A.C.M. Lavrijssen, *Gedane zaken nemen geen keer: de beperkte werking van de nietigheid*, M&M, 1998, p. 79 e.v.

17 Met uitzondering van de groepsvrijstellingen voor autodistributie (Verordening 1475/95) en technologieoverdracht (Verordening 240/96) zullen de volgende groepsvrijstellingen worden vervangen: de groepsvrijstelling voor exclusieve distributie (Verordening 1983/83), de groepsvrijstelling voor exclusieve afname (Verordening 1984/83), de franchise-groepsvrijstelling (Verordening 4087/88), specialisatieovereenkomsten (Verordening 417/85) en onderzoek & ontwikkeling overeenkomsten (Verordening 418/85).

18 Met name op het gebied van selectieve distributie. Zie bijvoorbeeld: Beschikking 16 december 1991, Yves Saint Laurent (Pb. EG 1992, L 12/24) en Beschikking 24 juli 1992 Givenchy (Pb. EG 1992, L 236/11)

19 Bijvoorbeeld: Bekendmaking inzake samenwerkingsovereenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen, (29 juli 1968 Pb. EG, C-75/3).

20 Vervolg Groenboek, p. 34.

21 Van de binnengekomen reacties was 82,4% tegen de nu door de Commissie voorgestelde benadering. Daarnaast spraken het Europese Parlement, het Economisch en Sociaal Comité, het Comité voor de Regio's en de meerderheid van de lidstaten die gereageerd hadden, zich uit tegen het nu voorgestelde systeem (Vervolg Groenboek, p. 7-13). Toch kan de Commissie opmerken dat 'In de loop van het overleg zijn de standpunten van de lidstaten ten aanzien van het Groenboek geëvolueerd en is er een grotere consensus ontstaan over het in deze mededeling beschreven beleidsvoorstel [...]', zie Vervolg Groenboek, p. 13.

22 Vervolg Groenboek, p. 33.

23 Vervolg Groenboek, p. 37. Deze uitzonderingen betreffen, kort weergegeven, wederkerige overeenkomsten tussen (potentiële) concurrenten, overeenkomsten die onder de Bekendmaking toeleveranciers vallen, overeenkomsten die onder Verordening 240/96 inzake technologieoverdracht vallen en overeenkomsten betreffende intellectuele eigendomsrechten.

Met betrekking tot de marktaandeeldrempels heeft de Commissie nog geen beslissing genomen of een systeem met twee drempels (twintig en veertig procent) of een enkele drempel (tussen de vijftwintig en vijfendertig procent) zal worden ingevoerd. In het geval van twee drempels worden overeenkomsten waarbij de leverancier een marktaandeel tussen de twintig en veertig procent heeft, aangemeld onder een vooronderstelling van toelaatbaarheid. Bij een marktaandeel van veertig procent of hoger ontbreekt deze vooronderstelling (maar het tegendeel is ook niet aan de orde), omdat vanwege de aanwezig geachte marktmacht altijd een grondig onderzoek naar individuele toelaatbaarheid is vereist. In het geval van een enkele drempel (vijftwintig tot vijfendertig procent) kunnen alle overeenkomsten met een marktaandeel daarboven worden aangemeld ter ontheffing. Consequentie van een marktaandeeldrempel van twintig of vijftwintig tot vijfendertig procent is dat – mits de afspraak geen *prima facie* beperkingen bevat – de De Minimis-drempel wordt verhoogd. De (vernieuwde) Minimis-bekendmaking stelt dat behandeling van verticale overeenkomsten pas bij een marktaandeel van tien procent voor de Commissie opportuun wordt.²⁴

Ter bepaling van het aandeel op de relevante markt zal het marktaandeel van de leverancier in het algemeen als ijkpunt worden genomen.²⁵ De Commissie geeft voorts enkele richtlijnen omtrent de wijze van berekening van het marktaandeel.²⁶ Voorzover de marktaandeeldrempels nog tot onzekerheid mochten leiden merkt de Commissie droogjes op: *‘De Commissie is zich ervan bewust dat deze maatregelen niet voor absolute rechtszekerheid zullen zor-*

*gen. Een meer economische benadering is echter niet met absolute rechtszekerheid in overeenstemming te brengen.’*²⁷

Van belang is dat in het kader van verdere decentralisatie de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid krijgen de vrijstelling voor hun grondgebied in te trekken wanneer de voorwaarden van de Groepsvrijstelling niet meer vervuld zijn.²⁸ De Commissie zal daartoe op basis van de Samenwerkingsbekendmaking²⁹ nauw samenwerken met de nationale mededingingsautoriteiten. Korte communicatielijnen tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zullen ter verzekering van een uniforme toepassing van het Europees mededingingsrecht onontbeerlijk zijn.³⁰

Trendbreuk met het huidige beleid

Indien het voorstel van de Commissie wordt geaccepteerd, betekent dit zowel vanuit procedureel als materieel oogpunt een trendbreuk met het verleden. Ontheffingen kunnen met terugwerkende kracht tot het moment van inwerkingtreding van de afspraak worden verleend. De huidige groepsvrijstellingen betreffende distributie, met uitzondering van de groepsvrijstelling voor de automobielenindustrie³¹, zullen verdwijnen.

De nieuwe Groepsvrijstelling zal niet alleen van toepassing zijn op producten³² maar ook op diensten, halffabrikaten en in beperkte mate ook op software.³³ Door uitbreiding naar halffabrikaten komen ook bepaalde *‘industrial supply’*-afspraken binnen het bereik van de Groepsvrijstelling. Tot nu toe werd over de toelaatbaarheid van mededingingsbeperkingen in *‘industrial supply’*-afspraken slechts in een beperkt aantal kwesties uitsluitend gegeven.³⁴

24 Zie Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85 lid 1 van het Verdrag vallen, Pb. EG 1997, C-372/13, waarin in § 9 een marktaandeel van 10% genoemd wordt. Het effect van een hogere De Minimis-drempel is slechts feitelijk, omdat de Bekendmaking uitgaat van een marktaandeel waarbij de Commissie de beperking niet merkbaar acht (§ 3 van de Bekendmaking), terwijl in de Groepsvrijstelling gesproken wordt van een marktaandeel waarbij een merkbare mededingingsbeperking nog automatisch vrijgesteld wordt. De Commissie kondigt op de laatste bladzijde van het Vervolg Groenboek evenwel aan dat in het licht van de wijzigingsvoorstellen een herziening van de (recente) De Minimis wellicht noodzakelijk is.

25 Vervolg Groenboek, p. 28-29. Nota bene: in geval van exclusieve afname is het marktaandeel van koper van doorslaggevende betekenis.

26 Vervolg Groenboek, p. 28-29:

- de relevante markt zoals gedefinieerd op grond van de Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het Gemeenschappelijke mededingingsrecht (Pb. EG 1997, C-372/5) wordt in aanmerking genomen;
- het marktaandeel wordt gebaseerd op gegevens van het laatste financiële jaar;
- het marktaandeel kan berekend worden op basis van volume als er te weinig gegevens omtrent de waarde van de verkopen beschikbaar zijn;
- overeenkomsten blijven nog twee jaar gedekt door de Groepsvrijstelling indien het marktaandeel de drempel met niet meer dan 5% overschrijft;
- indien de voornoemde 5% wordt overschreden, is de Groepsvrijstelling nog van toepassing tijdens een gedoogperiode van een jaar, gerekend vanaf het eerste financiële jaar nadat de marktaandeeldrempel overschreden werd.

27 Vervolg Groenboek, p. 29

28 Vervolg Groenboek, p. 22

29 Bekendmaking inzake de samenwerking tussen de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie voor de toepassing van artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, Pb. EG 1997, C-313/3.

30 Het verzekeren van de uniforme toepassing van EG-recht is een belang dat het HvJ EG in het kader van de artikel 177 EG-procedure bijzonder serieus neemt: zie bijvoorbeeld de arresten C-297/88 en C-97/89 Dzodzi [1990] Jur. p. I-3763, C-231/89 Gmurzynska-Bscher [1990] Jur. p. I-4003 en C 384/89 Tomatis en Fulchiron [1991] Jur. p. I-127, waarin het HvJ EG aangaf nationale implementatie van EG-wetgeving onder bepaalde omstandigheden (te zullen interpreteren) zodat de uniformiteit van het EG-recht wordt verzekerd. Zie daaromtrent ook Schers, Y.S.H en Vollebregt, E.R., *‘De wachters bewaakt: interpretatie van de nieuwe Mededingingswet door het HvJ EG?’*, *NJB*, 1998, p. 555-559.

31 Commissie Verordening No. 1475/95 van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85(3) van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, Pb. EG L 145/25. Men kan bij deze uitzondering vraagtekens zetten. De automobielenindustrie is immers niet verplicht haar (dealer)contracten in te passen in deze groepsvrijstelling maar kan ook kiezen voor een individuele ontheffingsaanvraag of inpassing in een andere groepsvrijstelling (considerans 33).

32 Met uitzondering van de groepsvrijstelling inzake franchise-overeenkomsten zijn de huidige groepsvrijstellingen slechts op producten van toepassing.

33 Overeenkomsten waarbij de softwareverkoper zijn software aan de eindgebruiker verkoopt zonder dat deze een copyright hierover verkrijgt, worden gezien als een leveringsovereenkomst voor de wederverkoop van producten. Hiermee zal veelal worden bedoeld op de verkoop van zogenaamde standaard softwarepakketten, al is het geen uitzondering dat de opdrachtgever van maatwerksoftware geen auteursrecht verkrijgt. De Commissie maakt hiermee een einde aan een lang bestaande onzekerheid. Andere overeenkomsten betreffende software hebben nadere consideratie nodig. Zie Vervolg Groenboek, p. 37.

De toepassingsuitbreiding kan echter niet worden gezien als een gelijkgeschakeling van de verschillende categorieën. Zoals de Commissie wederom onderkent, dienen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van bepaalde verticale afspraken de verschillen tussen de categorieën niet uit het oog te worden verloren.³⁵ Wat betreft dienstenfranchise had de Commissie reeds in haar Computerland-beschikking uitgemaakt dat – in tegenstelling tot een productfranchise – in geval van een dienstenfranchise bepaalde verdergaan-de restricties noodzakelijk kunnen zijn voor het goed functioneren van het franchisenetwerk.³⁶

De voornaamste breuk van materiële aard met het verleden is – naast de geconstateerde verenging – de gewijzigde houding ten opzichte van verticale prijsbinding. Onder het voorbehoud dat deze niet dient uit te monden in vaste wederverkooprijzen, is het toegestaan om naast adviesrijzen maximumrijzen te hanteren. In de verhandeling over de positieve effecten van verticale afspraken lijkt de Commissie bovendien de hand te reiken aan ontheffingsverzoeken inzake vaste wederverkooprijzen. De Commissie redeneert dat in bepaalde omstandigheden er een rechtvaardiging bestaat om gedurende een beperkte periode vaste wederverkooprijzen toe te staan; bijvoorbeeld bij de introductie van een nieuw product.³⁷ Daarnaast wordt het fenomeen van selectieve distributie in de Groepsvrijstelling geïncorporeerd en men is dus niet meer (alleen) afhankelijk van de beschikkingenpraktijk en jurisprudentie. Wat betreft franchising kan worden opgemerkt dat alhoewel dit onder de Groepsvrijstelling zal vallen, de (huidige) voorkeursbehandeling wordt verlaten.³⁸

In het Vervolg Groenboek bevestigt de Commissie dat bij de herziening van het mededingingsbeleid met betrekking tot verticale afspraken marktintegratie, naast de bescherming van de mededinging, een belangrijk doel blijft. Wanneer het doel van marktintegratie niet wordt meegewogen, kan de beoordeling van een bepaalde clausule anders uitvallen.³⁹ Als beoordelingsmodus lijkt marktintegratie in het voorgenomen Commissiebeleid echter minder gewicht te krijgen en wordt dit mede gezien in het licht van de verwachte Gemeenschapsuitbreiding. Bovendien zullen overwegingen van marktintegratie in de toekomst, gezien de voorgestelde procedurele veranderingen, pas aan de orde komen bij het in een specifiek geval intrekken van de vrijstelling of het onthouden van een ontheffing.

Weerslag op de Mededingingswet

Dynamische koppeling

'Gouverner, c'est prévoir', dacht de wetgever ongetwijfeld toen hij het Nederlandse mededingingsrecht vergaand in de pas met het Europese mededingingsrecht wilde laten lopen. Alhoewel de wetgever niet beoogde om de Mw een (exacte) kopie te doen zijn van het Europees mededingingsrecht, heeft de wetgever expliciet aangegeven dat deze niet strenger en niet soepeler dient te zijn dan het

Europees mededingingsrecht.⁴⁰ In de artikelen 13 en 14 Mw is bovendien een directe koppeling gelegd tussen Europees en Nederlands mededingingsrecht. Artikel 6 Mw heeft geen gelding indien een ontheffing is verleend door de Commissie of aan de voorwaarden van een Europese groepsvrijstelling is voldaan. Hierbij speelt geen rol of al dan niet sprake is van effect op de interstatelijke handel. Indien de Commissie volstaat met een zogenaamde *comfort letter* is voor de geldigheid van de desbetreffende mededingingsbeperking een nationale vrijstelling of ontheffing noodzakelijk. Ondernemingen zijn daarom veelal genoodzaakt om in geval van (nieuwe) mededingingsafspraken een dubbele aanmelding te verrichten.

Of de dynamische koppeling zover gaat dat aspecten als marktintegratie een belangrijke doelstelling van Nederlands mededingingsbeleid is of zou moeten zijn, kan niet eenvoudig beantwoord worden. De Nederlandse markt is reeds één markt. Voorzover het Europees mededingingsrecht als referentiekader wordt gebruikt voor louter Nederlandse gevallen, moet daarmee bij de beoordeling of sprake is van een mededingingsbeperking c.q. ontheffingsgrond rekening worden gehouden.⁴¹ De bezorgdheid van de Commissie over de groep combinaties van verticale afspraken die vanuit het oogpunt van marktintegratie negatief beoordeeld moeten worden, behoeft in het Nederlandse mededingingsrecht waarschijnlijk niet gedeeld te worden. Zou (Nederlandse) marktintegratie wel een rol (moeten) spelen dan kan men zich afvragen of artikel 13 Mw daartoe voldoende ruimte biedt. Ingevolge dit artikel kan de directeur-generaal slechts de toepasselijkheid van een Europese groepsvrijstelling ten aanzien van een niet-interstatelijke mededingingsafpraak intrekken in geval van omstandigheden welke krachtens de relevante Europese groepsvrijstelling kunnen leiden tot buitentoepassingverklaring daarvan. Doelstellingen van Nederlandse marktintegratie zijn hieronder niet begrepen en lijken daarmee vooralsnog geen grond voor intrekking te kunnen zijn.

Implicaties voor het Nederlands mededingingsbeleid

Noodzaak tot procedurele wijzigingen

Met artikel 20 Mw, op grond waarvan een ontheffingsbeschikking van de NMa kan terugwerken tot de datum van de ontheffingsaanvraag, heeft de wetgever

34 Beschikking 6 december 1983, Schlegel/CPIO (Pb. EG 1983, L 351/20) Beschikking 5 september 1979, Kemi-DDSF (Pb. EG 1979, L 286/32) en Industriële gassen (19^e Mededingingsverslag §§ 87-88).

35 Vervolg Groenboek, p. 19.

36 Zie Commissie Beschikking 88/604 Servicemaster, Pb. EG 1988, L 332/38, § 6.

37 Vervolg Groenboek, p. 19-20.

38 Vervolg Groenboek, p. 37-38.

39 Peeperkorn, p. 11

40 Tweede Kamer 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 10.

41 VerLoren van Themaat, P., Het wonderbaarlijke convergentieproces tussen Nederlands en Europees mededingingsrecht, *M&M*, nr. 1 maart 1998, p. 3-6.

indertijd expliciet aansluiting gezocht bij de huidige terugwerkende kracht van een Europese ontheffing.⁴² Ter handhaving van deze aansluiting is een formele wetswijziging onvermijdelijk indien de door de Commissie voorgestelde wijzigingen doorgang vinden. Invoering van verdergaande terugwerkende kracht van een Nederlandse ontheffing draagt bovendien bij aan vermindering van de werklust van de NMa en de betrokken ondernemingen. In eerste instantie kan bij vermeend interstatelijke afspraken worden volstaan met een aanmelding bij de Commissie; een Europese ontheffing stelt ex artikel 14 Mw de werking van artikel 6 Mw buiten werking. Indien geen ontheffing van de Commissie wordt verkregen, kan in dat geval alsnog bij de NMa een verzoek worden ingediend om een nationale ontheffing vanaf het moment van inwerkingtreding van de afspraak.

Implicaties van materiële aard

De Groepsvrijstelling zal een zwarte lijst van verboden mededingingsbeperkingen bevatten, welke zonder problemen in het Nederlands mededingingsrecht kan doorwerken. Het stelsel van marktaandeeldrempels lijkt, gezien de werking van artikel 13 Mw evenmin doorwerkingsproblemen op te leveren. De materiële doorwerking zal gelijk de huidige groepsvrijstellingen duidelijk in het Nederlands recht inpasbaar zijn. Het toepassingsbereik van de Groepsvrijstelling wordt voor een belangrijk deel bepaald door het marktaandeel in kwestie. Dit lijkt wat betreft de in artikel 13 Mw neergelegde doorwerking geen evidente problemen op te leveren. De in het Besluit vaststelling formulieren Mededingingswet⁴³ gegeven wijze van marktomschrijving sluit voldoende aan bij de Commissie Bekendmaking inzake de relevante markt.⁴⁴

Zoals reeds besproken heeft de Commissie in bepaalde gevallen de bevoegdheid voorbehouden om de Groepsvrijstelling in te trekken in een specifiek geval. Artikel 13 lid 2 Mw geeft de directeur-generaal een vergelijkbare bevoegdheid. De door de Commissie gegunde overgangperiode in geval van overschrijding van de marktaandeeldrempel met vijf procent of minder bedraagt echter twee jaar, terwijl artikel 13 lid 5 Mw een kortere periode lijkt te impliceren aangezien deze uitgaat van 'ten minste' zes weken. Deze mogelijke onzekerheid voor ondernemingen zou door een beleidslijn van de NMa kunnen worden ondervangen.

De in de franchisegroepsvrijstelling en andere groepsvrijstellingen⁴⁵ neergelegde oppositieprocedure keert in de voorgestelde Groepsvrijstelling niet terug. De (on)mogelijkheid van de doorwerking van de oppositieprocedures in de Mw heeft reeds tot de nodige onzekerheid en kritiek geleid.⁴⁶ De parlementaire geschiedenis van de Mw geeft voor de doorwerking van de oppositieprocedures geen aanknopingspunten. De NMa stelt zich thans op het standpunt dat indien de oppositieprocedure enkel niet van toepassing is vanwege het ontbreken van interstatelijke handel, een

afpraak niettegenstaande de ogenschijnlijke doorwerking van artikel 13 Mw toch voor een ontheffing ex artikel 17 Mw moet worden aangemeld. Wat betreft verticale distributieafspraken zal met het verdwijnen van de oppositieprocedure een thans in de Mw bestaande lacune worden ingevuld. Voor afspraken die vallen onder het toepassingsbereik van de overblijvende groepsvrijstellingen met een oppositieprocedure blijft het probleem bestaan.

Nut van de nationale vrijstellingen

Het Vervolg Groenboek roept de vraag op naar het nut van de huidige nationale vrijstellingen inzake distributie. Als gevolg van de doorwerking van de Groepsvrijstelling zal immers geen behoefte meer bestaan aan nationale groepsvrijstellingen op het gebied van door de Groepsvrijstelling geregelde materie. Het tijdelijk Besluit vrijstelling prijsbinding dagbladen⁴⁷ blijft in ieder geval zijn nut behouden nu daarin vaste eindgebruikersprijzen zijn vrijgesteld. Zoals reeds besproken staan dergelijke prijsbepalingen op de zwarte lijst van de Groepsvrijstelling.

Met het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel lijkt de Nederlandse wetgever in zekere mate op het gewijzigde beleid te hebben geanticipeerd. Voornoemd Besluit voorziet immers zowel in de mogelijkheid van maximumprijzen als van afnameverplichtingen. Indien de Groepsvrijstelling in haar huidige vorm in werking treedt, wordt de mogelijkheid tot gebruikmaking van maximumprijzen verruimd. Een tijdelijke reclameactie, die als voorwaarde wordt gesteld in het Besluit⁴⁸, is dan niet meer noodzakelijk ter voorkoming van mededingingsrechtelijke sancties. In tegenstelling tot de Groepsvrijstelling inzake franchise staat het Besluit een afnameverplichting (tot zestig procent) toe. Aangezien de afnameverplichting vooralsnog niet op de zwarte lijst van de Groepsvrijstelling staat, lijkt hiermee de mogelijkheid van opname van een afnameverplichting (die mogelijk verder gaat dan zestig procent), in het kader van een franchiseachtige constructie te zijn toegestaan. Mogelijkerwijs leidt de invoering van het stelsel van twee of één marktaandeeldrempel(s) nog tot een gedeeltelijke inperking hiervan.

Ten slotte lijkt met het verdwijnen van de strikte definiëring van het begrip franchise de combinatie van verti-

42 Tweede Kamer 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 68.

43 Besluit van de D-G NMa, 2 januari 1998, Stcrt. 1998, 1.

44 Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. EG 1997, C-372/5.

45 Te weten specialisatieovereenkomsten (417/85), O&O-overeenkomsten (418/85), technologieoverdrachtovereenkomsten (240/96) en overeenkomsten inzake zeevervoer (Verordening 4056/86, Pb. EG 1986, L 378/4) en luchtvervoer (Verordening 3975/87, Pb. EG 1987, L 374/1).

46 Mok, Prof. mr. M.R., Mededingingswet: aandachtspunten en knelpunten, TVVS 1998 nr. 98/8, p. 222.

47 Besluit van 15 december 1997, houdende enige tijdelijke vrijstellingen van prijsafspraken voor dagbladen van het verbod van mededingingsafspraken, Stb. 1997, p. 1.

48 Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, Stb. 1997, 704, artikel 2.

cale afspraken met franchiseachtige constructies in het algemeen te worden verruimd. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het nut van het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel met de inwerkingtreding van de Groepsvrijstelling niet meer bestaat, althans is verminderd. Dat de Groepsvrijstelling voor de afloop van het Besluit (2008) in werking treedt, valt te verwachten. Tot het moment van de inwerkingtreding van de Groepsvrijstelling kunnen (nationale) detailondernemingen in ieder geval van de nationale vrijstelling profiteren en behoudt deze aldus voorlopig haar nut.

Ontheffingsbeleid NMa

Op het moment dat deze tekst werd afgesloten, had de NMa slechts enkele ontheffingen ex artikel 17 Mw beoordeeld. Met uitzondering van de Erasmus Muziekproducties⁴⁹ beschikking hadden deze enkel betrekking op horizontale afspraken. Welk beleid de NMa met betrekking tot verticale afspraken naast de (doorwerkende) groepsvrijstellingen voorstaat, is daarom vooralsnog niet duidelijk. Gezien de voorgenomen wijzigingen in het Europese mededingingsbeleid, lijkt anticipatie daarop van de NMa bij haar beleidsvorming inzake verticale afspraken op zijn plaats.⁵⁰ De NMa zou daarmee niet alleen de door zovelen gepredikte economische effecten van verticale afspraken erkennen maar eveneens mogelijke discrepanties voor de toekomst voorkomen. Mogelijke discrepanties doen zich voor indien voor een bepaalde afspraak een nationale ontheffing wordt geweigerd, maar uiteindelijk via de (door)werking van artikel 13 Mw ingevolge de Groepsvrijstelling weer is toegestaan. Een onderneming dient immers in een dergelijke situatie (wederom) te (her)overwegen of een andere indeling van haar distributiestelsel vanuit bedrijfseconomisch oogpunt is gewenst. Dat is moeilijk te verzoenen met de intentie van de Commissie om met de Groepsvrijstelling nu juist de met deze (her)overweging gemoeide kosten voor het bedrijfsleven te verminderen.⁵¹

Anticipatie op het voorgenomen Commissiebeleid door de NMa heeft voor de huidige ontheffingsaanvragen wellicht ook een keerzijde. De voorgestelde Groepsvrijstelling bevat op een enkel punt een verenging van het huidige beleid: de combinatie van exclusieve afname en alleenverkoop zal niet meer automatisch zijn vrijgesteld. Bij de beoordeling van ontheffingsaanvragen met betrekking tot halffabrikaten, diensten en software lijkt enige terughoudendheid bij enkele analoge toepassing van de huidige groepsvrijstellingen op zijn plaats.

Afsluitende opmerkingen

Met het in dit artikel besproken Vervolg Groenboek tracht de Commissie tegemoet te komen aan de kritiek vanuit het bedrijfsleven op haar verticale afsprakenbeleid. Of de voorgestelde procedurele wijzigingen uiteindelijk in deze vorm werkelijkheid zullen worden, dient te worden afgewacht. Hiervoor zijn immers goedkeuring van de Raad en advies van het Parlement nodig.

Vooruitlopend op de definitieve procedurele wijzigingen en ter vermindering van de werklust van de NMa verdienen twee punten nu reeds aandacht. Ten eerste zou, ter voorkoming van uiteenlopend beleid voor de toekomst, de NMa bij haar beschikkingen inzake (overgangs)ontheffingen het in het Vervolg Groenboek uitgestippelde beleid als leidraad kunnen nemen. Ten tweede lijkt de door de SER voorgestelde mogelijkheid van formele wetwijziging bij AMvB meer dan eens gewenst.⁵² Daarbij zou kunnen worden overwogen de verdergaande terugwerkende kracht nu reeds in te voeren. Hiermee wordt gelijktijdige aanmelding bij zowel de Commissie als de NMa overbodig.

49 Besluit van de D-G NMa van 8 september 1998 tot afwijzing van een aanvraag om ontheffing ex artikel 17 Mw, zaaknr. 155. Deze beschikking betrof verticale prijsbinding, hetgeen de Commissie onder het nieuwe beleid ook niet toe zal staan.

50 Aangezien de Groepsvrijstelling naar verwachting pas in 2000 in werking treedt, zal deze mogelijk niet de werklust van de NMa wat betreft de zogenaamde overgangsontheffingen ex artikel 101 jo artikel 17 Mw kunnen ontnemen. Deze ontheffingen dienen in principe uiterlijk 1 november 1999 te zijn afgehandeld. Slechts door middel van het stellen van vragen kan deze termijn wellicht worden opgerekt tot het moment van inwerkingtreding van de Groepsvrijstelling.

51 Vervolg Groenboek, p. 5 en p. 27.

52 SER-advies, 21 oktober 1994, advies 94/13, p. 33.