



## Het vervolg op het Vervolg Groenboek verticale afspraken

mr H.H.P. Lugard

Het is bepaald opvallend dat een zo belangrijk beleidsterrein als het Europese mededingingsbeleid met betrekking tot mededingingsbeperkingen opgenomen in verticale overeenkomsten sedert de inwerkingtreding van Verordening 67/67 geen fundamentele wijziging heeft ondergaan.<sup>1</sup> Dat is des te verwonderlijker nu dat beleid van meet af aan heeft bloot gestaan aan niet geringe kritiek.<sup>2</sup> Die kritiek is deels van institutionele aard en terug te voeren op het systeem van bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaten terzake van de toepassing van het Europees mededingingsrecht zoals neergelegd in Verordening 17<sup>3</sup> en de brede en formele interpretatie door de Commissie van het kartelverbod van artikel 85 lid 1 EG.

Feit is dat de Commissie de daardoor veroorzaakte toestroom van aanmeldingen van – vaak vanuit economisch oogpunt onschuldige – overeenkomsten, eenvoudigweg niet binnen een redelijke periode adequaat kan afhandelen.<sup>4</sup> De omstandigheid dat in het algemeen (wel verleende) ontheffingen ingevolge artikel 4 lid 1 van Verordening 17 slechts gelding kunnen hebben vanaf het moment van aanmelding van de betreffende overeenkomst, heeft aanzienlijk bijgedragen tot het vastlopen van de Brusselse machinerie.<sup>5</sup> Het informeel afsluiten van aanmeldingsprocedures door middel van ‘comfort letters’, die, afhankelijk van hun inhoud, deels tegemoetkomen aan de wens van de betrokken partijen zekerheid te verkrijgen omtrent de afdwingbaarheid van de betrokken regelingen heeft slechts een gering positief effect gehad. Bovendien binden deze comfort letters de nationale rechter en mededingingsautoriteiten niet.<sup>6</sup> Voorts hebben de groepsvrijstellingen op grond

waarvan een aantal belangrijke groepen van verticale overeenkomsten ‘en bloc’ vrijgesteld is van het verbod van artikel 85 lid 1 EG het probleem evenmin kunnen wegnemen.<sup>7</sup> Immers, in de praktijk blijkt dat de strikte toepassingsvoor-

- 1 Verordening 67/67 van 22 maart 1967, Pb. EG 1967, p. 10.
- 2 Zie bijvoorbeeld Hawk, System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law, *CMLR* 1995-9, p. 973-989; Lugard, Vertical restraints under EC Competition Law: a horizontal approach?, *ECLR* 1996-3, p. 166-177, alsmede de in dat artikel vermelde literatuur.
- 3 Verordening 17/62 van 6 februari 1962, Pb. EG 1962, p. 204. In het onlangs verschenen Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (het ‘Witboek’) stelt de Commissie voor de huidige bevoegdheidsverdeling, met inbegrip van het uitsluitende recht van de Commissie om ontheffingen in de zin van artikel 85 lid 3 EG te verlenen, ingrijpend te wijzigen. Zie over het Witboek het redactioneel van Ottervanger in dit nummer van *Markt & Mededinging*.
- 4 In 1998 ontving de Commissie 216 nieuwe aanmeldingen en nam zij één formele ontheffingsbeschikking. Eind 1998 bedroeg het totale aantal hangende zaken 1204. Zie 28<sup>e</sup> Mededingingsverslag (1998), p. 51. In de periode 1962-1999 nam de Commissie ongeveer 440 formele beschikkingen, waarvan ongeveer de helft betrekking had op overwegend verticale overeenkomsten.
- 5 Een belangrijk manco is voorts dat de Commissie ingevolge Verordening 17 (zie, *supra*, noot 3) in beginsel niet gehouden is binnen een bepaalde periode op een ontheffingsaanvraag te beslissen. Zo heeft de Commissie zich nog steeds niet definitief uitgesproken over de in 1962 aangemelde collectieve verticale prijsbindingsregeling van de Koninklijke Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels. Het is opvallend dat het Commissievoorstel voor Verordening 17 in 1960 wel een dergelijke verplichting bevatte. Zie daarover Deringers, Verslag van de Commissie voor de Interne Markt nopens raadpleging van het Europese Parlement inzake een eerste verordening voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, juli 1961, en *intra*, noot 19.
- 6 Zie bijvoorbeeld Kerse, *EEC Antitrust Procedure*, 4<sup>e</sup> ed., London, 1998. Zie voor een Nederlands geval waarin dat tot discussie leidde Besluiten D-G NMa d.d. 18 december 1998 en 31 mei 1999, zaak 51, Stibat.
- 7 Verordening nr. 1983/83 (alleenverkoopovereenkomsten), Pb. EG 1983, L 173/1, Verordening nr. 1984/83 (exclusieve afnameovereenkomsten), Pb. EG 1983, L 173/5 (beide gewijzigd bij Vo. 1582/97, Pb. EG 1997, L 214/27 en Verordening 4087/88 (franchiseovereenkomsten), Pb. EG 1988, L 53/1.

mr H.H.P. Lugard is bedrijfsjurist bij Philips International BV.

## A r t i k e l e n

waarden en de limitatieve opsomming van wel en niet toegestane clausules er toe leiden dat veel overeenkomsten niet binnen de grenzen van die groepsvrijstellingen vallen en derhalve aangemeld worden bij de Europese Commissie.<sup>8</sup>

Een tweede bron van, meer specifieke, kritiek komt voort uit het inzicht dat concurrentiebeperkingen in verticale overeenkomsten kunnen bijdragen aan de (interbrand-) mededinging. Derhalve kan betwijfeld worden of het überhaupt wel terecht is dat dergelijke overeenkomsten onder het kartelverbod van artikel 85 lid 1 vallen.<sup>9</sup> Hoewel die economisch getinte kritiek al decennialang geuit wordt<sup>10</sup>, is – in ieder geval volgens de Commissie – onder economen de laatste jaren meer consensus ontstaan omtrent de voordelen van verticale beperkingen.<sup>11</sup> Het beleid van de Commissie met betrekking tot mededingingsbeperkingen in verticale afspraken staat aan de vooravond van ingrijpende wijzigingen. De Commissie heeft het voornemen haar verbrokkelde en formalistische beleid zoals dat is neergelegd in de huidige groepsvrijstellingen met ingang van januari 2000 te vervangen door één, breed toepasselijke, nieuwe groepsvrijstelling. Die beleidswijziging zal, als bekend, via de dynamische doorwerking van de artikelen 12 en 13 Mw doorwerken in de Nederlandse rechtssfeer.

Deze bijdrage gaat in op de belangrijkste bepalingen van het meest recente voorstel voor de nieuwe groepsvrijstelling van juni 1999. Daarbij zal aandacht geschonken worden aan de vraag hoe de tekst van dit derde, min of meer publieke concept van juni 1999 zich verhoudt tot het eerste, onvoldragen voorstel van mei 1998.

### De aanzet tot het nieuwe EG-beleid inzake verticale afspraken

De aanzet tot de wijziging van het Commissiebeleid met betrekking tot verticale overeenkomsten vormt, als bekend, het in januari 1997 verschenen Groenboek betreffende verticale afspraken.<sup>12</sup> In het Groenboek sluit de Commissie aan bij de gedachte dat mededingingsbeperkingen in verticale afspraken slechts in bepaalde omstandigheden negatieve gevolgen hebben en stelde zij ter vervanging van de huidige drie groepsvrijstellingen een viertal alternatieven voor, waaronder één algemene en breed toepasselijke groepsvrijstelling waarvan de toepasselijkheid af zou hangen van de marktaandelen van de bij een verticale overeenkomst betrokken partijen. Na uitgebreide consultaties maakte de Commissie vervolgens in mei 1998 een concept-Mededeeling bekend die vergezeld ging van een eerste ontwerp voor de nieuwe groepsvrijstelling. De definitieve versie van de Mededeeling volgde op 30 september 1998, echter zonder een (aangepaste) conceptgroepsvrijstelling<sup>13</sup>, het zogenaamde Vervolg op het Groenboek (het 'Vervolg Groenboek'). In het Vervolg Groenboek gaf de Commissie onder andere te kennen dat haar voorkeur uitging naar een systeem van twee marktaandelen (van 20 en 40%), waarboven respectievelijk meer en minder ernstige mededingingsbeperkingen niet automatisch zouden zijn vrijgesteld, hoewel juist die optie tijdens de consultaties op veel weerstand was gestuit.<sup>14</sup>

De hoofdlijnen van het Vervolg Groenboek en het eerste ontwerp van de nieuwe groepsvrijstelling zijn onlangs in Markt & Mededinging en SEW uitvoerig besproken.<sup>15</sup> Dat ontwerp verscheen uiteindelijk in februari van dit jaar, vergezeld van een eerste tekst van een deel van de richtlijnen betreffende de wijze waarop de Commissie niet automatisch vrijgestelde verticale afspraken in de toekomst zal beoordelen.<sup>16</sup>

Op 29 april jl. bereikte de Raad overeenstemming over de aanpassing van Verordening 19/65, op grond waarvan de Commissie de bevoegdheid verkrijgt de nieuwe groepsvrijstelling vast te stellen.<sup>17</sup> Op diezelfde datum stemde de Raad voorts in met een uitbreiding van artikel 4 lid 2 van Verordening 17 op grond waarvan verticale overeenkomsten niet meer aanmeldingsplichtig zijn en ontheffingsbeschikkingen *ab initio* kunnen terugwerken.<sup>18</sup> Daarmee gaat overigens ruim dertig jaar na dato alsnog een wens van de Commissie in vervulling.<sup>19</sup> De besluiten

- 
- 8 Zie voor andere, deels doorgevoerde suggesties voor aanpassingen van de aanmeldingsprocedure bijvoorbeeld Montag, *Problems and Possible Solutions from a Practitioners Point of View*, 25<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law & Policy 1998, Fordham Corporate Law Institute.
  - 9 Zie voor een aantal recente inzichten bijvoorbeeld Van Damme, *Verticale mededingingsafspraken*, SEW 1998-1, p. 8-17, Van den Bergh, *Modern Industrial Organization versus Old Fashioned European Competition Law*, ECLR 1996, p. 75-87 en Dobson en Waterson, *Vertical Restraints and Competition Policy. A report prepared for the Office of Fair Trading* (1995).
  - 10 Zie bijvoorbeeld Emmerich, *Europarecht*, 1971, p. 295. Vergelijk ook de discussie in Nederland tijdens de parlementaire behandeling van de WEM over de vraag of verticale regelingen onder de WEM moesten vallen. Voor een vergelijkbare discussie tijdens de parlementaire behandeling van de Mededingingswet, zie met name MvA, EK 24 707.
  - 11 Zie Vervolg op het Groenboek betreffende verticale afspraken, Pb. EG 1998, C365/3 (het 'Vervolg Groenboek'), p. 10 en Peepkorn, *The Economics of Verticals*, *Competition Policy Newsletter* 1998-2, p. 10-18.
  - 12 Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie, COM(96) 721 Def., 22 januari 1997.
  - 13 COM(98) 544 Final, September 30, 1998, Pb. EG 1998, Pb. 365/3 van 26 november 1998. De definitieve Mededeeling werd voorafgegaan door een tweede en derde voorstel dat op ondergeschikte punten verschilt van de concept-Mededeeling van mei 1998.
  - 14 De reacties op het Groenboek zijn samengevat in het Vervolg Groenboek, zie, *supra*, noot 13, p. 4 e.v.
  - 15 Zie Vollebregt en Schers, *Implicaties van het Nieuwe Commissiebeleid inzake verticale afspraken voor de Mededingingswet*, M&M nr. 4, december 1998 en, zeer uitgebreid, Van der Beek, *Ontwikkelingen op het gebied van verticale afspraken; een kleine revolutie met grote gevolgen*, SEW (5) 1999, p. 186-202.
  - 16 De conceptgroepsvrijstelling en het eerste deel van de richtlijnen zijn niet gepubliceerd, maar circuleren wel.
  - 17 Verordening (EG) Nr. 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening nr. 19/65 EEG betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG L148/1 van 15 juni 1999. Ingevolge het gewijzigde artikel 2 van Vo. 19/65 kan overigens bij wijziging van de groepsvrijstelling voor technologieovereenkomsten (Verordening (EG) nr. 240/96 van 31 januari 1996, Pb. EG 1996, L31/2) de daarin opgenomen witte lijst van clausules vervallen.
  - 18 Verordening (EG) nr. 1216/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening nr. 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG L148/5 van 15 juni 1999.
  - 19 In haar voorstel van 1960 voor de latere Verordening 17 stelde de Commissie voor exclusieve leveringsovereenkomsten, afnameovereenkomsten en distributieovereenkomsten uit te zonderen van de aanmeldingsplicht. Zie Doc. IV/Com 158 def. van 28 oktober 1960, opgenomen in *WuW* 1960, p. 856-867. Dat voorstel werd uiteindelijk niet door de Raad aangenomen.

## A r t i k e l e n

van de Raad gaan vergezeld van twee verklaringen, een van de Raad en een van de Commissie met betrekking tot de uitgangspunten welke de Commissie in aanmerking zal nemen bij de vaststelling van de definitieve tekst van de nieuwe groepsvrijstelling.<sup>20</sup> Met inachtneming van de twee verklaringen heeft de Commissie begin juni 1999 een nieuw voorstel voor de nieuwe groepsvrijstelling het licht doen zien (het 'juni 1999-voorstel'). Die tekst gaat vergezeld van een eerste volledige tekst van de conceptrichtlijnen.<sup>21</sup> Aanvankelijk wenste de Commissie de definitieve tekst van de groepsvrijstelling nog tijdens het Duitse voorzitterschap, dat wil zeggen voor 1 juli 1999, vast te stellen. Daarin is zij niet geslaagd. Naar het zich thans laat aanzien zal de groepsvrijstelling wel volgens plan op 1 januari 2000 of kort na die datum in werking treden.<sup>22</sup>

Hieronder wordt eerst kort de structuur van de nieuwe groepsvrijstelling in herinnering geroepen. Vervolgens wordt stilgestaan bij de belangrijkste wijzigingen die het voorstel heeft ondergaan ten opzichte van de versie van mei 1998. Aansluitend volgt een korte bespreking van de ontwerprijlijnen.

#### De structuur van de ontwerprijlijnen

De structuur en het toepassingsgebied van de nieuwe groepsvrijstelling die de Commissie thans voor ogen staat is sedert het verschijnen van het Vervolg Groenboek niet fundamenteel gewijzigd.<sup>23</sup> De nieuwe regeling zal, als bekend, zien op een breed scala van verticale overeenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten gesloten tussen partijen die actief zijn op verschillende niveaus in de productie- of distributiekolom en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde producten of diensten mogen kopen, verkopen of weder verkopen.<sup>24</sup>

De belangrijkste verruiming ten opzichte van de huidige groepsvrijstelling betreft de uitbreiding tot verticale overeenkomsten die niet uitdrukkelijk zien op de wederverkoop van producten.<sup>25</sup> Zo zal de nieuwe regeling bijvoorbeeld ook zien op leveringsovereenkomsten voor producten bestemd voor eigen gebruik, bijvoorbeeld de levering van computerapparatuur<sup>26</sup>, OEM-overeenkomsten en industriële toeleveringsovereenkomsten terzake van grondstoffen en halffabrikaten. De uitbreiding tot deze laatste soort overeenkomsten is van aanzienlijk praktisch belang. Niet alleen reguliere overeenkomsten voor de levering van onderdelen en halffabrikaten, zoals bijvoorbeeld de levering van chocolade voor de productie van Belgische bonbons zullen in beginsel vrijgesteld zijn, maar bijvoorbeeld ook overeenkomsten waarbij de toeleverancier die (met behulp van de knowhow of bedrijfsmiddelen van de opdrachtgever-afnemer) componenten vervaardigt en zijn afnemer verplicht die producten uitsluitend van hem te betrekken.<sup>27</sup> Ook de overeenkomst waarbij de opdrachtgever aan zijn leverancier opdracht geeft componenten te onderwerpen en uitsluitend aan hem te leveren zonder dat in aanzienlijke mate sprake is van knowhow in de zin van de bekendmaking van 1978, zal in beginsel van de nieuwe

groepsvrijstelling profiteren.<sup>28</sup>

De verruiming ten opzichte van de bestaande groepsvrijstellingen voor verticale afspraken wordt voorts bewerkstelligd door het ontbreken van een zogenaamde 'witte lijst' van clausules; de nieuwe groepsvrijstelling zal nog slechts een 'zwarte lijst' bevatten van bepalingen die, indien opgenomen in verticale overeenkomsten, tot gevolg hebben dat de betreffende overeenkomst in haar geheel buiten de groepsvrijstelling valt.<sup>29</sup> Tegenover de verruiming van de nieuwe regeling staat dat het toepassingsbereik aanzienlijk beperkt wordt aangezien verticale overeenkomsten waarbij de leverancier een marktaandeel van meer dan 30% op de betreffende markt heeft niet van de groepsvrijstelling zullen kunnen profiteren.<sup>30</sup>

De meest in het oog springende ontwikkelingen van het Commissievoorstel in de periode mei 1998 – juni 1999 hebben betrekking op de marktaandeeldrempel, de voorwaarden waaronder overeenkomsten tussen concurrenten zijn vrijgesteld en de zwarte lijst.

#### De marktaandeeldrempel

Thans staat zo goed als vast dat de groepsvrijstelling één enkele drempel van 30% zal bevatten.<sup>31</sup> Daarmee heeft

20 Op grond van Verordening nr. 19/65 stelt de Commissie de nieuwe groepsvrijstelling vast. Uit de verklaring van de Raad blijkt dat de Raad de Commissie geen *carte blanche* heeft willen geven bij de vaststelling van de tekst van de groepsvrijstelling, maar slechts heeft willen instemmen met de door de Commissie voorgestelde wijzigingen van Verordeningen 17 en 19/65 op voorwaarde dat de Commissie instemde met de in de verklaring geformuleerde uitgangspunten. De verklaringen zouden blijken het Raadsbesluit gehecht worden aan de twee gewijzigde verordeningen. Dat is niet gebeurd.

21 Beide documenten zijn niet officieel gepubliceerd.

22 Het is niet uitgesloten dat de definitieve tekst van de richtlijnen geruime tijd na de vaststelling van de definitieve tekst van de groepsvrijstelling vastgesteld zal worden.

23 Het is niet aannemelijk dat de structuur van de huidige tekst ingrijpend gewijzigd zal worden. In het onderstaande zal derhalve de nummering van de tekst van het Commissievoorstel van juni 1999 worden aangehouden.

24 Zie artikel 1 van het voorstel.

25 Er is slechts sprake van 'wederverkoop' in de zin van artikel 1 van Vo. 1983/83 en Vo. 1984/83 (zie, *supra*, noot 7) indien de 'economische identiteit' van de producten ongewijzigd blijft. Zie punt 9 van de Bekendmaking bij de verordeningen (zie Pb. EG 101/2 van 13 april 1984). Het Groenboek had nog uitsluitend betrekking op goederen bestemd voor wederverkoop. Zie, *supra*, noot 12, p. 1 e.v. en 78 e.v.

26 Zie artikel 1 van het voorstel.

27 In de Bekendmaking betreffende de beoordeling van toeleverantieovereenkomsten in het licht van art. 85 lid 1 EG (Pb. EG 1979, C1/2) stelt de Commissie van oordeel te zijn dat slechts verplichtingen waarbij de toeleverancier er zich toe verbindt de betrokken producten uitsluitend te leveren aan de opdrachtgever, buiten het verbod van artikel 85 lid 1 EG vallen.

28 In dat geval is de toeleverantiebekendmaking (zie, *supra*, noot 27) in het geheel niet van toepassing. Zie punt 1 van de bekendmaking.

29 Zie artikel 3 van het voorstel. De regeling zal voorts ook zien op overeenkomsten waarbij meer dan twee partijen betrokken zijn.

30 Zie artikel 2 van het voorstel.

31 De verklaring van de Raad vermeldt dat de Raad een systeem van één enkele marktaandeeldrempel steunt, waarboven de groepsvrijstelling niet toepasselijk zal zijn. De Raad beschouwt een marktaandeeldrempel van 30% aangewezen als basis voor de consultaties. De Commissie heeft daar blijken haar verklaring mee ingestemd.

## A r t i k e l e n

de Commissie het in het Vervolg Groenboek voorgestane, meer gecompliceerde systeem van twee marktaandeeldrempels, van 20% (waarboven de naar het oordeel van de Commissie meer ernstige vormen van verticale beperkingen, zoals non-concurrentiebedingen en exclusiviteitsbedingen ten aanzien van klanten niet automatisch zouden zijn vrijgesteld) en 40% (waarboven minder beperkende clausules als exclusieve distributie en exclusieve afname niet van de groepsvrijstelling zouden profiteren) verlaten. Evenals in eerdere concepten vormt het marktaandeel van de leverancier daarbij het uitgangspunt.<sup>32</sup>

De wens van de Commissie om het toepassingsbereik van de groepsvrijstelling te beperken tot overeenkomsten waarbij de betrokken marktaandelen lager zijn dan 30% is verklaarbaar tegen de achtergrond van economische inzichten dat bij de beoordeling van verticale afspraken de marktstructuur van doorslaggevend belang is en dat de meeste verticale overeenkomsten slechts negatieve effecten op de mededinging sorteren indien onvoldoende interbrand-concurrentie aanwezig is, dat wil zeggen indien sprake is van een zekere mate van marktmacht ('market power') aan de aanbod- of vraagzijde van de markt.<sup>33</sup> Die negatieve effecten kunnen optreden in de vorm van toetredingsbelemmeringen tot de markt, de vermindering van inter- en intrabrand-concurrentie en het stabiel maken van horizontale afspraken op leveranciers- of afnemersniveau. In dergelijke marktsituaties dienen verticale mededingingsbeperkingen volgens de Commissie individueel beoordeeld te worden. Indien geen marktmacht aanwezig is, kunnen verticale beperkingen in algemene zin geacht worden te leiden tot een meer doelmatige productie- en distributiestructuur en derhalve bijdragen aan optimale investeringen en verkopen.

De marktaandeedrempel in de nieuwe groepsvrijstelling impliceert derhalve dat marktaandelen een juiste benadering vormen van marktmacht. Onder economen lijkt echter weliswaar eensgezindheid te bestaan over het bestaan van een relatie tussen beide begrippen en de berekening van marktmacht, maar tevens is duidelijk dat marktaandelen als zodanig onvoldoende informatie geven over de mate van marktmacht.<sup>34</sup> Hoe dit zij, de invoering van een enkele marktaandeedrempel is alleen al om redenen van gebruiksvriendelijkheid te billijken, hoewel de invoering van twee marktaandeedrempels de Commissie wellicht beter in staat had gesteld een economisch juister onderscheid te maken tussen meer en minder schadelijke verticale mededingingsbeperkingen.

### Overeenkomsten tussen concurrenten

Een tweede, eveneens belangrijke aanpassing ziet op de toelaatbaarheid van verticale overeenkomsten tussen concurrenten. Zowel het eerste voorstel van de groepsvrijstelling van mei 1998 als dat van februari 1999 bepaalden dat de groepsvrijstelling niet van toepassing zou zijn op verticale overeenkomsten tussen concurrenten, tenzij die overeenkomsten niet wederkerig zijn en de jaaromzet van de

afnemer-concurrent minder dan 100 mio euro zou bedragen. Van haar zijde gaf de Commissie te kennen dat zij met die bepaling onder andere wenste te voorkomen dat afnemers met aanzienlijke marktaandelen, bijvoorbeeld op hun thuismarkt, (een groot aantal) exclusieve distributierechten met betrekking tot concurrerende producten zouden verwerven, waardoor de interbrand-mededinging op die thuismarkt zou verminderen. Verschillende auteurs hebben daarentegen – terecht – de vrees geuit dat deze bepaling de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling onevenredig zou beperken, aangezien de groepsvrijstelling er in die optiek bijvoorbeeld aan in de weg zou staan dat leveranciers van merkproducten die ook zelf aan eindgebruikers leveren wederverkopers als exclusieve distributeur aanwijzen.<sup>35</sup> Ook zouden de hierboven reeds genoemde 'industrial supply'-overeenkomsten op grond waarvan een leverancier componenten of grondstoffen levert aan een afnemer waarmee hij concurreert op de markt voor eindproducten niet automatisch vrijgesteld zijn. Van verschillende zijden is de Commissie in overweging gegeven nog slechts verticale overeenkomsten tussen concurrenten van de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling uit te zonderen indien de betreffende overeenkomst betrekking heeft op producten ten aanzien waarvan partijen feitelijk met elkaar concurreren (tenzij de overeenkomst niet wederkerig is en de jaaromzet van de afnemer minder dan 100 mio euro bedraagt). De vraag of partijen in algemene zin, dat wil zeggen op andere gebieden dan waarop de betreffende overeenkomst betrekking heeft, met elkaar concurreren is alsdan niet meer relevant.<sup>36</sup> De groepsvrijstelling zou alsdan bijvoorbeeld van toepassing zijn op een exclusieve afnameovereenkomst terzake van strijkijzers tussen twee fabrikanten van huishoudelijke producten, zolang niet beide partijen strijkijzers fabriceren.

Hoewel het er aanvankelijk naar uitzag dat de Com-

32 Zie artikel 2 van het voorstel. Slechts ingeval van exclusieve leveringsovereenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten waarbij de leverancier zich verbindt bepaalde producten of diensten uitsluitend aan één afnemer te leveren, is het marktaandeel van de afnemer op de markt voor de inkoop van die producten maatgevend. De regeling met betrekking tot (tijdelijke) overschrijdingen van het marktaandeel is gehandhaafd. Zie Van der Beek, *supra*, noot 15, p. 197.

33 Marktmacht houdt in het vermogen om een prijsniveau boven het door de concurrentie bepaalde niveau te handhaven en gedurende zekere tijd meer dan normale winsten te genereren. Zie bijvoorbeeld Peepkorn, *supra*, noot 11. Marktmacht veronderstelt derhalve dat op korte termijn prijsverhogingen boven het niveau van marginale kosten lonend zijn door een zeker behoud van omzet.

34 Aangezien de mate van marktmacht mede afhankelijk is van de elasticiteit van vraag en aanbod. Zie bijvoorbeeld Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, 1985, Chapter 3. Measuring market Power, p. 55 e.v. Economische theorieën geven uiteraard geen antwoord op de vraag hoeveel marktmacht de interventie van mededingingsautoriteiten rechtvaardigt.

35 Zie bijvoorbeeld Korah, *The Future of Vertical Agreements under EC Competition Law*, *ECLR* (1998), p. 506-512.

36 De artikelen 3 a van de huidige groepsvrijstellingen inzake exclusieve distributie- en afnameovereenkomsten, hebben een beperktere strekking en bepalen dat de betreffende groepsvrijstellingen niet toepasselijk zijn op overeenkomsten gesloten tussen concurrerende fabrikanten, indien die overeenkomsten betrekking hebben op die (concurrerende) producten.

## A r t i k e l e n

missie bereid was aan deze zorg tegemoet te komen, lijkt de Commissie in haar voorstel van juni 1999 toch te verlangen dat de afnemer van de betreffende producten in algemene zin geen concurrerende producten fabriceert, doch slechts de hoedanigheid van distributeur heeft.

#### De zwarte lijst

De derde opvallende wijziging ten opzichte van de oorspronkelijke ontwerp tekst van de groepsvrijstelling betreft de lijst van zwarte clausules die aanvankelijk maar liefst zeven 'verboden' bepalingen telde. Naast drie 'klassieke' bepalingen met betrekking tot verticale prijsbindings- en vergelijkbare regelingen en het verbod van actieve verkooppolitiek buiten een aan een wederverkoper toegewezen gebied (of groep van afnemers), bevatte de ontwerp groepsvrijstelling van mei 1998 vier additionele clausules die zagen op combinaties van verticale beperkingen (selectieve en exclusieve distributie, non-concurrentiebedingen en koppelverkoop), alsmede restricties met betrekking tot leveranties tussen wederverkopers binnen een en hetzelfde exclusieve of selectieve distributiesysteem en, ten slotte, bepaalde op toeleveranciers van componenten en halffabrikaten rustende beperkingen. Naar het zich thans laat aanzien, zal de definitieve groepsvrijstelling nog slechts vijf zwarte clausules tellen. De drie bepalingen inzake minimum- en vaste eindgebruikersprijzen en het verbod van absolute gebieds- en klantengroepenbescherming zijn gehandhaafd.<sup>37</sup> Toegevoegd is thans als vierde clausule de bepaling dat de groepsvrijstelling in de weg staat aan beperkingen terzake van de wederverkoop van halffabrikaten, componenten e.d., bestemd voor verwerking in eindproducten en aan beperkingen ten aanzien van leveringen aan eindgebruikers en collega-distributeurs door selectieve distributeurs.

De vijfde zwarte bepaling ziet op beperkingen in verticale overeenkomsten die repercussies hebben op reparatie- en servicemarkten en vereist enige toelichting. Het voorstel van februari 1999 merkte de op de toeleverancier van producten en diensten bestemd voor de fabricage van eindproducten ('intermediate goods or services') rustende verplichting om diezelfde producten en diensten niet als reparatie- of vervangingsproduct aan te bieden op de onafhankelijke 'after market' aan als zwarte clausule. Met deze bepaling beoogde de Commissie kennelijk het monopoliseren van reparatie- en servicemarkten tegen te gaan door leveranciers van eindproducten die bij de fabricage van hun producten gebruikmaken van onafhankelijke toeleveranciers van diensten en componenten en vervangings- of reparatieonderdelen, zoals bijvoorbeeld wegwerpscheermesjes voor scheerapparaten of reserveonderdelen voor kopieerapparaten. De wens deze – voor Europese begrippen nieuwe – clausule op de zwarte lijst op te nemen, is ongetwijfeld geïnspireerd door de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in de *Kodak*-zaak, waarin het Supreme Court – samengevat – oordeelde dat Kodak in strijd met Section 2 van de Sherman Act misbruik maakte van haar

positie op de (afgeleide) markt voor reparatie- en vervangingsonderdelen voor haar kopieerapparaten, hoewel zij op de markt voor kopieerapparaten slechts een aandeel had van 11%.<sup>38</sup> De kritiek die geuit is op de Kodak-beslissing geldt ook hier: het is op zijn minst twijfelachtig of leveranciers van eindproducten in alle gevallen geacht moeten worden een dominante positie te bezitten op de markt voor reserve- en serviceonderdelen van hun eindproducten en er bestaat derhalve geen algemene rechtvaardiging om met een beroep op het mededingingsrecht de markt voor vervangings- en reparatieonderdelen open te breken ten faveure van zogenaamde 'independent service operators' (ISO's), zonder daarbij de structuur van de markt voor eindproducten in ogenschouw te nemen.

In haar meest recente voorstel van juni 1999 lijkt de Commissie afgestapt te zijn van de gedachte dat de fabrikant van eindproducten onder alle omstandigheden moet toelaten dat reserve- en reparatieonderdelen die die fabrikant afneemt van zijn toeleveranciers door die toeleveranciers ook aan ISO's geleverd worden. Thans lijkt het erop dat de Commissie slechts wenst dat de ISO's in staat gesteld worden de beschikking te krijgen over reparatieonderdelen, maar slechts indien die onderdelen door de fabrikant zelf of door diens wederverkopers op de markt voor reparatieonderdelen aangeboden worden; indien de fabrikant besluit die producten niet op de 'after market' aan te bieden en de reparatie e.d. geheel in eigen hand te houden, behoeft de fabrikant zijn toeleverancier ook niet toe te staan die reparatieonderdelen aan derden, waaronder ISO's, te leveren. Deze benadering komt in ieder geval juist voor dan de eerdere, stringentere formulering. Voorts is de huidige bewoording van deze zwarte clausule meer in overeenstemming met de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie.<sup>39</sup>

#### Nieuwe bepalingen

Naast de hierboven vermelde bepalingen bevat de thans voorliggende ontwerp tekst van de groepsvrijstelling een aantal nieuwe bepalingen. Zo vermeldt het juni 1999-voorstel onder meer uitdrukkelijk dat de vrijstelling niet geldt voor non-concurrentiebedingen en vergelijkbare bedingen met een duur langer dan vijf jaar, tenzij de pro-

37 De toepasselijkheid van de groepsvrijstelling zal derhalve niet in de weg staan aan maximum eindgebruikersprijzen. Het Commissievoorstel volgt op dit punt de Amerikaanse rechtspraak. Zie *State Oil Co. vs. Khan*, 118 S.Ct 275 (1997).

38 *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services*, 112 S.Ct 2071 (1992).

39 Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Bronner* (HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Oscar Bronner e.a.*, oordeelde de Commissie onlangs een klacht van Info-Lab tegen Ricoh ongegrond (zie *Competition Policy Newsletter*, februari 1999, nr. 12, p. 35). De Commissie oordeelde dat artikel 86 EG zich niet verzet tegen de weigering van de fabrikant van kopieermachines (Ricoh) om haar door intellectuele eigendomsrechten beschermde inktpatronendozen ('toner cartridges') te leveren aan Info-Lab. Zij nam daarbij in aanmerking dat Ricoh in haar verleden noch licenties onder de betreffende intellectuele eigendomsrechten had verleend, noch losse inktpatronendozen aan derden had verkocht. Zie ook *Pelikan-Kyocera* (25<sup>e</sup> Mededingingsverslag (1996), p. 140).

## A r t i k e l e n

ducten in kwestie door de afnemer verkocht worden vanuit een locatie die in eigendom toebehoort aan de leverancier, zoals de leverancier van bier e.d. aan bars. In dat geval mag de duur van het non-concurrentiebeding de duur van de huur niet overschrijden. Ingevolge artikel 4 lid 1 van het voorstel zijn post contractuele non-concurrentiebedingen niet toegestaan, tenzij die verplichting beperkt is tot de duur van één jaar en – kort gezegd – noodzakelijk is voor de bescherming van door de leverancier ter beschikking gestelde knowhow. Het opnemen van deze non-concurrentiebedingen leidt er overigens niet toe dat de gehele overeenkomst buiten de groepsvrijstelling valt; de vrijstelling is slechts niet van toepassing op de hierboven genoemde beperkingen.

#### Procedurele wijzigingen

Van belang is voorts dat de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten om de vrijstelling voor hun grondgebied in te trekken ingeval op het grondgebied van de betreffende lidstaat sprake is van een afzonderlijke markt ('distinct market') en de voorwaarden van de vrijstelling niet meer vervuld zijn, in het juni 1999-voorstel gehandhaafd is.<sup>40</sup>

#### De conceptrichtlijnen

Het ontwerp van de Commissie gaat vergezeld van een eerste voorstel voor de in het Vervolg Groenboek aangekondigde richtlijnen.<sup>41</sup> Met de richtlijnen wenst de Commissie haar ontheffings- en verbodsbeleid uiteen te zetten ten aanzien van overeenkomsten die niet profiteren van de groepsvrijstellingen. Voorts geeft zij aan in welke gevallen zij de groepsvrijstelling bij beschikking of verordening zal terugtrekken of buiten toepassing zal verklaren. De Commissie hoopt dat de richtlijnen daarmee een belangrijke leidraad vormen voor de beoordeling van verticale overeenkomsten door de daarbij betrokken partijen. De richtlijnen zullen voorts voor de nationale mededingingsautoriteiten en rechters van aanzienlijk belang zijn bij de uitleg van de Europese mededingingsregels en daarmee corresponderende nationale bepalingen. De richtlijnen zullen evenals de huidige richtlijnen bij Verordeningen 1983/83 en 1984/83 geen bindend karakter hebben, maar zullen hun belang met name ontleen aan beschikkingen en uitspraken van het Gerecht en het Hof die op de richtlijnen gebaseerd zijn.<sup>42</sup>

Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om de meer dan 40 bladzijden en 220 punten tellende ontwerp-richtlijnen en detail te bespreken. Volstaan wordt met het aanstippen van enkele saillante punten.

De richtlijnen zullen grofweg opgebouwd zijn uit vijf delen. Bekend was al dat de Commissie zich wenste uit te spreken over de reikwijdte van artikel 85 lid 1 EG. Het is opmerkelijk dat de Commissie in dat verband thans uitvoerig ingaat op de toepasselijkheid van dat artikel op agentuurovereenkomsten. Daarmee lost zij een oude belofte in.<sup>43</sup> Dit deel van de richtlijnen zal de Mededeling van 1962 vervangen. Ofschoon de Commissie in haar ontwerp-

richtlijnen de grote lijnen van de rechtspraak van het HvJ volgt, is het bijvoorbeeld twijfelachtig of die jurisprudentie voldoende steun biedt aan de stelling dat artikel 85 lid 1 EG van toepassing is op (echte) agentuurovereenkomsten tussen concurrenten.<sup>44</sup>

Het tweede deel van de richtlijnen is enigszins vergelijkbaar met de richtlijnen bij Verordeningen 1983/83 en 1984/83 en gaat in op de individuele bepalingen van de groepsvrijstelling. Zo zet de Commissie uiteen welke restricties met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten zij als nevenrestricties bij verticale overeenkomsten aanmerkt.<sup>45</sup> Dit deel van de richtlijnen bevat voorts een aantal opmerkingen van procedurele aard, die niet anders geïnterpreteerd kunnen worden dan een ontmoediging om overeenkomsten 'voor de zekerheid' aan te melden. Verticale overeenkomsten kunnen, aldus de Commissie, in een later stadium aangemeld worden en zullen kunnen rekenen op een ontheffing met terugwerkende kracht indien de vier voorwaarden van artikel 85 lid 3 vervuld zijn. Vroegtijdige aanmeldingen zullen door de Commissie niet met voorrang behandeld worden.

Het derde deel van de richtlijnen heeft betrekking op de bevoegdheden van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten de groepsvrijstelling in concrete gevallen in te trekken of niet van toepassing te verklaren. Voor wat betreft de bevoegdheid om de groepsvrijstelling in één lidstaat in te trekken ingeval sprake is van een afzonderlijke nationale markt, merkt de Commissie op dat de uitoefening van die bevoegdheid de uniforme toepassing van de Europese mededingingsregels niet in gevaar mag brengen en dat de betrokken autoriteit daartoe overleg met de Commissie kan plegen. Desnoods kan de Commissie besluiten met de inleiding van een procedure ingevolge artikel 9 lid 3 van Verordening 17 de lidstaat in kwestie haar bevoegdheid te ontnemen. Uit de toelichting op de uitoefening van de bevoegdheid de groepsvrijstelling bij verordening niet toepasselijk te verklaren, blijkt voorts dat deze bevoegdheid met name ziet op gevallen waarin de individuele terugtrekking van de groepsvrijstelling niet opportuun is, bijvoorbeeld wegens het grote aantal betrokken regelingen.

De richtlijnen bevatten voorts een aantal opmerkingen met betrekking tot de afbakening van de relevante

40 Zie artikel 6 van het voorstel. De gewijzigde Verordening 19/65 (zie, *supra*, noot 17) laat thans toe dat deze bepaling in de groepsvrijstelling opgenomen wordt.

41 Zie, *supra*, noot 11, p. 46 e.v.

42 Zie, *supra*, noot 25.

43 De agentuurmededeling (Pb. EG van 24 december 1962, 2921) is door de jurisprudentie van het HvJ deels achterhaald. Zie voorts over de nimmer vastgestelde nieuwe mededeling het 20e Mededingingsverslag (1990), punt 4.

44 Zie ook, *supra*, noot 35.

45 Zie artikel 1 lid 3 van het voorstel en Van der Beek *supra*, noot 15, p. 195. Voorts stelt de Commissie bijvoorbeeld dat zij het gebruik van het Internet om producten aan te prijzen of te verkopen in beginsel als een vorm van passieve verkooppolitiek aanmerkt.

## A r t i k e l e n

markt. Deze richtlijnen dienen als specifieke aanvulling op de bestaande Commissiebekendmaking.<sup>46</sup> In het vijfde deel zet de Commissie tenslotte uiteen hoe zij de positieve en negatieve effecten van verticale mededingingsbeperkingen zal beoordelen. Het algemene deel van dat beoordelingskader komt in grote lijnen overeen met hetgeen daarover in het Vervolg Groenboek werd opgemerkt.<sup>47</sup> Het belangrijkste deel van dit hoofdstuk van de richtlijnen is echter de uitgebreide en gedetailleerde bespreking van zeven soorten specifieke verticale beperkingen, die aan de hand van voorbeelden toegelicht worden. Zo legt de Commissie bijvoorbeeld uit onder welke omstandigheden zij meent dat het inschakelen van exclusieve wederverkopers door meerdere, met elkaar concurrerende fabrikanten niet verenigbaar met artikel 85 lid 3 EG is.<sup>48</sup>

## Commentaar

Het voorstel van de Commissie om op korte termijn de bestaande groepsvrijstellingen voor exclusieve distributieovereenkomsten, exclusieve afnameovereenkomsten en franchiseovereenkomsten te vervangen door één brede groepsvrijstelling 'nieuwe stijl', zal leiden tot een belangrijke breuk met het verleden. Enerzijds zullen partijen in de toekomst meer vrijheid verkrijgen om verticale overeenkomsten naar eigen believen vast te stellen. Anderzijds wordt die bewegingsvrijheid beperkt door de invoering van de marktaandeeldrempel. Met het voorstel om verticale overeenkomsten onder het regime van artikel 4 lid 2 Verordening 17 te brengen gaat voorts een dertig jaar oude wens van de Commissie in vervulling. Voorts dient gewezen te worden op de nieuwe bevoegdheid van de Commissie om de nieuwe groepsvrijstelling middels een verordening niet van toepassing te verklaren op categorieën van verticale overeenkomsten en het voorstel de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid te geven de groepsvrijstelling in bepaalde gevallen in te trekken. Met deze laatste bepaling neemt de Commissie overigens een voorschotje op meer radicale decentralisatiemaatregelen.

Het juni 1999-voorstel voor de nieuwe groepsvrijstelling vormt een duidelijke verbetering ten opzichte van het eerste ontwerp van mei 1998. Hoewel de beperking van het toepassingsbereik van de groepsvrijstelling tot verticale overeenkomsten tussen partijen met marktaandelen minder dan 30% op economische gronden wellicht gerechtvaardigd is, is de invoering van een dergelijke drempel vanuit praktisch oogpunt niettemin problematisch. Immers, wil men verzekerd zijn van de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling, dan dient men niet alleen bij de totstandkoming van de betreffende overeenkomst een nauwkeurige marktanalyse te verrichten, maar die analyse gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst periodiek uit te voeren. Ingeval van exclusieve toeleveringsovereenkomsten dient bovendien (de ontwikkeling van) het marktaandeel van de wederverkoper in aanmerking genomen te worden. Het onderzoek dient daarenboven betrekking te hebben op alle betrokken relevante productmarkten. Het is bepaald

niet uitgesloten dat juist de onzekerheid omtrent het betrokken marktaandeel aanleiding zal vormen tot procedures bij de burgerlijke rechter. Deze bezwaren gelden zowel voor verticale overeenkomsten waarop artikel 85 lid 1 EG van toepassing is, als voor zuiver Nederlandse gevallen, die immers ingevolge de in artikel 13 Mw neergelegde automatische doorwerking eveneens van de groepsvrijstelling profiteren.

Afgewacht dient te worden of de in het nieuwe artikel 4 lid 2 Verordening 17 geopende mogelijkheid om een ontheffingsbeschikking met terugwerkende kracht te verkrijgen voor 'Europese' gevallen in dergelijke gevallen voldoende soelaas zal bieden.<sup>49</sup> Voor verticale overeenkomsten die uitsluitend onder de Mw beoordeeld dienen te worden zal die mogelijkheid bovendien vooralsnog niet gelden. De uiteenlopende regeling van artikel 4 lid 2 Verordening 17 en artikel 20 Mw is overigens vanuit het oogpunt van wetssystematiek minder fraai.

De overige belangrijkste materiële en procedurele implicaties voor het Nederlandse mededingingsbeleid zijn reeds elders besproken.<sup>50</sup> Daarbij kan nog worden opgemerkt dat de nieuwe groepsvrijstelling naar alle waarschijnlijkheid ook gevolgen zal hebben voor het concentratietoezicht. Immers, het is zeer wel voorstelbaar dat exclusieve of langdurige bevoorradingsovereenkomsten, die dikwijls in het kader van een overname van bedrijfsonderdelen worden overeengekomen ter vervanging van interne leveringen en welke niet op voorhand als nevenrestrictie in de zin van artikel 10 Mw zijn aan te merken, ook zullen profiteren van de groepsvrijstelling.<sup>51</sup>

Een meer definitief oordeel over de nieuwe regeling is afhankelijk van de vraag welk standpunt de Commissie zal innemen over de toelaatbaarheid van verticale overeenkomsten tussen concurrenten en de zwarte lijst. Voorts dient afgewacht te worden op welke wijze de overgangsregeling vorm gegeven zal worden. Tot slot dient afgewacht te worden of de richtlijnen, die immers het beoordelingskader van de Commissie – en misschien van de NMa – zullen vormen bij de beoordeling van ontheffingsverzoeken terzake van verticale overeenkomsten hun nut in de praktijk zullen bewijzen. Hoewel het huidige tekstvoorstel voor de richtlijnen enigszins ingewikkeld en academisch voorkomt, is de eerste indruk toch dat de richtlijnen een bruikbare leidraad zullen zijn bij de beoordeling van verticale mededingingsafspraken.

46 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante-markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. EG 1997, C 732/3.

47 Zie, *supra*, noot 11. Zie ook Peepkorn, *supra*, noot 11.

48 De conceptrichtlijnen volgen op dit punt de structuur van de richtlijnen van de Amerikaanse National Association of Attorneys General. Zie Lugard, *supra*, noot 2, p. 174.

49 De ontheffingsprocedure zal in ieder geval meer het karakter van een procedure op tegenspraak krijgen. De beoordeling van afspraken zal voorts veelal *ex post* plaatsvinden.

50 Zie met name Vollebregt en Schers, *supra*, noot 15.

51 Zie bijvoorbeeld Besluit D-G NMa d.d. 11 maart 1998, zaaknummer 93, Wang-Olsy.