

Kanttekeningen bij het Commissievoorstel voor de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten

mr H.H.P. Lugard

Minder dan drie jaar na het verschijnen van het Groenboek betreffende verticale afspraken¹ heeft de Commissie een voorstel voor een nieuwe groepsvrijstelling voor concurrentiebeperkingen in verticale overeenkomsten het licht doen zien.² Gelet op de ingrijpende beleidswijziging die de Commissie op dit gebied voor ogen staat en de grote, vaak tegengestelde belangen van belangrijke economische sectoren die die koerswijziging blootlegt, is dat – zeker naar Europese begrippen – snel. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de belangrijkste ontwikkelingen in de periode juni 1999 – september 1999 die hebben geleid tot het thans voorliggende Commissievoorstel. In dat opzicht vormt deze bijdrage een vervolg op het overzicht dat afgelopen juli in *Markt & Mededinging* nr. 3/4 verscheen.³ Voorts zal een aantal kanttekeningen bij het voorstel en de begeleidende richtlijnen worden geplaatst.⁴

Procedurale ontwikkelingen

Zoals bekend traden in juni 1999 twee verordeningen in werking die het fundamentele vormen van de nieuwe groepsvrijstelling. Op grond van Verordening 1215/1999 verkreeg de Commissie de bevoegdheid de nieuwe groepsvrijstelling vast te stellen.⁵ Voorts trad op 18 juni 1999 Verordening 1216/1999 in werking.⁶ Deze wijziging heeft tot gevolg dat verticale overeenkomsten niet langer aanmeldingsplichtig zijn en ontheffings-beschikkingen *ab initio* kunnen terugwerken.⁷ In diezelfde maand verscheen een aangepast voorstel voor de nieuwe Groepsvrijstelling ('het juni 1999 voorstel') dat vergezeld ging van een eerste volledige tekst van de conceptrichtlijnen. Het juni 1999 voorstel werd gevolgd door een gewijzigd concept dat op 14 juli 1999 door de Commissie werd aangenomen. De laatstgenoemde tekst mondde uiteindelijk uit in het Commissievoorstel dat op 24 september in het Publicatieblad verscheen.

Een eerste opvallend punt van het Commissievoorstel betreft het moment waarop de groepsvrijstelling in werking zal treden. Uit de tekst van het voorstel volgt dat de Commissie er niet in geslaagd is de groepsvrijstelling op 1 januari 2000 in werking te doen treden; de Commissie stelt thans voor de groepsvrijstelling op 1 juni 2000 in werking

te laten treden.⁸ De reden voor deze vertraging is gelegen in de noodzakelijk geachte consultaties over de tekst van de verordening en de richtlijnen. Kennelijk meende de Commissie dat nog onvoldoende draagvlak voor de twee regelingen aanwezig was en wenste zij te vermijden dat de verordening zelf reeds op 1 januari 2000 in werking zou treden, terwijl de definitieve tekst van de richtlijnen pas enkele maanden na de invoering van de verordening van kracht zou worden.⁹ De opgetreden vertraging zal er, als het aan de Commissie ligt, overigens niet toe leiden dat de nieuwe groepsvrijstelling ook op een later moment van toepassing wordt op overeenkomsten die in overeenstemming zijn met de bestaande groepsvrijstellingen voor verticale overeenkomsten. De aanvankelijk voorziene overgangperiode van twee jaar is blijkens het voorstel eenvoudigweg met zes maanden verkort en zal nu gelden van 1 juni 2000 tot en met 31 december 2001. Het Commissievoorstel bepaalt voorts dat de groepsvrijstellingen 1983/83, 1984/83 en 4087/88 van kracht blijven tot de inwerkingtreding van de groepsvrijstelling. Aangezien de geldingsduur van die verordeningen op 31 december 1999

- 1 Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie, COM(96) 721 Def., 22 januari 1997.
- 2 Bekendmaking overeenkomstig artikel 5 van Verordening nr. 19/65 EEG van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG C 270/7 van 24 september 1999.
- 3 Zie Lugard, Het vervolg op het Vervolg Groenboek verticale afspraken, *M&M* nr. 3/4, juli 1999.
- 4 In een van de volgende nummers van *M&M* zal worden stilgestaan bij de definitieve tekst van de groepsvrijstelling.
- 5 Verordening (EG) nr. 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG L 148/1 van 15 juni 1999.
- 6 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 L 148/5 van 15 juni 1999.
- 7 De nieuwe regeling werpt zijn schaduw vooruit: ingevolge artikel 1 jo. 2 van de verordening is de aanmeldingsverplichting ex artikel 4 lid 1 Verordening 17 ten aanzien van niet onder de huidige groepsvrijstellingen vrijgestelde overeenkomsten reeds met ingang van 13 juni 1999 vervallen.
- 8 Zie artikel 13 van het voorstel.
- 9 De (aangepaste) toelichting op de Verordeningen nr. 1983/83 en nr. 1984/83, Pb. EG C 101/2 van 13 april 1984, trad wel enkele maanden later in werking dan de twee verordeningen. Aangezien de nieuwe richtlijnen niet alleen een toelichting zullen bevatten op de bepalingen van de groepsvrijstelling, maar ook regels geven voor de individuele beoordeling van verticale afspraken buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, is het wenselijk dat de richtlijnen niet later in werking treden dan de groepsvrijstelling. Zie ook, *infra*, noot 33 e.v.

mr H.H.P. Lugard is bedrijfsjurist bij Philips International B.V.

A r t i k e l e n

afloopt, dient de Commissie, gelet op artikel 254 (ex 191) EG de definitieve tekst van de verordening in beginsel voor die datum vast te stellen en te publiceren.¹⁰

Inhoudelijke aspecten

De structuur en het toepassingsgebied van de nieuwe groepsvrijstelling die de Commissie thans voor ogen staat wijkt slechts op een gering aantal punten af van het juni 1999 voorstel. Evenals het voorstel van juni 1999 beoogt het thans gepubliceerde Commissievoorstel een brede categorie van verticale overeenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten gesloten tussen partijen die elk werkzaam zijn in een verschillend stadium van de productie – of distributieketen, vrij te stellen van het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG.¹¹ Ook de lijst van ‘zwarte’ bepalingen die, indien opgenomen in verticale overeenkomsten, tot gevolg hebben dat de betreffende overeenkomst in haar geheel buiten de groepsvrijstelling valt, is – in enigszins gewijzigde vorm – gehandhaafd.¹² Dat geldt ook voor de marktaan-deeldrempel van 30%.¹³

Een eerste aanpassing ten opzichte van eerdere (informele) voorstellen betreft de toelaatbaarheid van verticale overeenkomsten tussen concurrenten. Artikel 1 lid 1 van het voorstel bepaalt thans dat de vrijstelling geldt voor *‘overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame, ondernemingen partij zijn [...]’*.¹⁴ In eerdere, niet gepubliceerde voorstellen ontbrak in artikel 1 lid 1 de toevoeging ‘met het oog op de toepassing van de overeenkomst’, waardoor naar hun aard verticale afspraken tussen partijen die op enig ander gebied in hetzelfde stadium van de productie- of distributieketen werkzaam waren, niet uitdrukkelijk vrijgesteld werden. Artikel 1 lid 1 stelt nu buiten twijfel dat bepalend voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling is of partijen in het licht van de doelstelling van de overeenkomst, dat wil zeggen voor wat betreft de contractsproducten, dienen te worden aangemerkt als werkzaam in verschillende stadia van de distributieketen.¹⁵ De groepsvrijstelling is blijkens artikel 1 lid 4 echter niet van toepassing op overeenkomsten tussen concurrenten, tenzij het – kort gezegd – gaat om niet wederkerige overeenkomsten met kleinere afnemers of afnemers die uitsluitend als distributeur optreden en niet daarnaast ook zelf met de contractsproducten concurrerende producten produceren. Dat leidt er in de eerste plaats toe dat ‘eenvoudige’ gevallen van dual distribution vrijgesteld zijn.¹⁶ Voorts zijn ook niet wederkerige toeleverantie overeenkomsten terzake van producten bestemd voor incorporatie of verwerking in eindproducten, alsmede overeenkomsten terzake van producten voor eigen gebruik vrijgesteld, mits de afnemer die producten niet ook zelf aanbiedt. Immers, in dat geval is geen sprake van concurrerende ondernemingen in de zin van artikel 11, aangezien niet beide partijen leveranciers zijn van de contractsproducten.¹⁷ Beide aanpassingen kunnen worden toegejuicht.

Met enige tekstuele wijzigingen is ook de zwarte clausule van artikel 3e teruggekeerd.¹⁸ Hoewel de tekst van het artikel zelf enige onduidelijkheid laat bestaan over de vraag onder welke omstandigheden een toeleverancier van vervangingsonderdelen gehouden mag worden niet te leveren aan onafhankelijke herstellende en dienstverleners (*‘independent repairers and service providers’*), blijkt uit punt 46 van de richtlijnen dat het artikel zich verzet tegen een dergelijke beperking ingeval de afnemer van de onderdelen die onderdelen ook ‘los’ via zijn eigen distributienetwerk distribueert.¹⁹ Indien dat niet gebeurt, mag de beperking wel worden opgenomen.

De tekst van de verordening zal in de komende maanden ongetwijfeld nog gewijzigd worden. Zo is bijvoorbeeld al de vraag gerezen of het wenselijk is een ongeclausuleerd verbod van wederverkoop toe te staan ingeval producten voor verwerking worden geleverd²⁰, en of het begrip ‘selectieve distributie’ niet nader omschreven dient te worden.²¹ Voorts gaan bijvoorbeeld nog steeds stemmen op voor franchiseovereenkomsten in plaats van het voorgestelde artikel 3b, eerste gedachtestreepje de huidige, verdergaande gebiedsbeschermingsregeling van artikel 2d van Verordening 4087/88 te handhaven.²²

10 Tegen deze achtergrond is verklaarbaar dat de Commissie een uitzonderlijk korte consultatieperiode van één maand (voor de tekst van de groepsvrijstelling) en twee maanden (voor de richtlijnen) heeft voorzien waarin belanghebbenden hun opmerkingen ten aanzien van beide teksten kenbaar kunnen maken. Zie, *infra*, noot 2. Wel is uiteraard mogelijk dat de definitieve tekst van de richtlijnen pas begin 2000 vastgesteld en gepubliceerd wordt.

11 Zie artikel 1 van het voorstel.

12 Zie artikel 3 van het voorstel. Er bestaan geen principiële bezwaren tegen de discrepantie tussen artikel 3 van het voorstel en punt 11 onder b van de De Minimis-bekendmaking, Pb. EG 1997, C 372/13.

13 Zie artikel 2 van het voorstel. De in de artikelen 5, 6 en 7 neergelegde ‘institutionele’ bepalingen op grond waarvan de Commissie en de nationale autoriteiten van de lidstaten bevoegd zijn de vrijstelling in te trekken c.q. de Commissie bij verordening kan verklaren dat de vrijstellingsverordening niet van toepassing is op (bepaalde) verticale overeenkomsten, zijn ongewijzigd gehandhaafd.

14 De punten 23, 24 en 25 van de richtlijnen zijn dienovereenkomstig aangepast.

15 Of partijen terzake van andere producten, die geen onderwerp van de overeenkomst vormen, in dezelfde handelsstadia werkzaam zijn is voor de toepasselijkheid van artikel 1 lid 1 derhalve niet relevant. De gewijzigde bewoordingen van het Commissievoorstel komen nu overeen met de nieuwe artikelen 1 lid 1 sub a van Verordening 19/65 en 4 lid 2 van Verordening 17.

16 Zie ook punt 25 van de richtlijnen.

17 Een voor de praktijk belangrijke potentiële inperking van het toepassingsgebied van artikel 1 jo. 11 is niettemin gelegen in de toevoeging aan artikel 11 dat ook potentiële leveranciers van de contractsproducten als concurrerende ondernemingen dienen te worden aangemerkt.

18 Zie Lugard, *supra*, noot 3. De kritiek op dit artikel blijft van kracht.

19 Zo zal een fabrikant van fietsen onder omstandigheden dienen toe te staan dat zijn toeleverancier van (niet door intellectuele eigendomsrechten beschermd) vervangingsonderdelen, zoals spatborden, die onderdelen ook levert aan ‘onafhankelijke’ rijwielhandelaren. Beperkingen ten aanzien van de verkoop aan eindgebruikers zijn niet verboden.

20 Zie artikel 3b, laatste gedachtestreepje van het voorstel.

21 Zie de artikelen 3b, 3c en 3d jo. 11, vierde gedachtestreepje.

22 Zie Bonus, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29 oktober 1999, p. 14.

De ontwerprichtlijnen

De groepsvrijstelling gaat vergezeld van een lijvig pakket richtlijnen, dat het beleid van de Commissie ten aanzien van de toepassing van artikel 81 EG op verticale overeenkomsten uiteenzet en bij verticale afspraken betrokken partijen de helpende hand beoogt te bieden bij het maken van een eigen beoordeling omtrent de toelaatbaarheid van die afspraken.²³ De richtlijnen bestaan, als bekend, uit zes delen, waarvan de delen III en IV een toelichting bevatten op de materiële en institutionele bepalingen van de groepsvrijstellingen. Deel V beoogt de bekendmaking van de Commissie met betrekking tot de afbakening van de relevante markt aan te vullen en te verduidelijken voor wat betreft verticale overeenkomsten.²⁴ Hieronder zal ingegaan worden op enkele aspecten van deel II ('overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 vallen') en deel VI ('handhavingsbeleid buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstellingsverordening').

Deel II van de richtlijnen: agentuurovereenkomsten

Het meest controversiële aspect van deel II van de ontwerprichtlijnen betreft de overwegingen ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG op agentuur-overeenkomsten.²⁵ Hoewel de inhoud en structuur van de nieuwe verordening en de richtlijnen haar daartoe niet verplichten, wenst de Commissie de inwerkingtreding van beide regelingen aan te grijpen om ook de agentuurbekendmaking van 1962²⁶ te vervangen door een nieuwe regeling. Die wens lijkt ingegeven door de vrees dat de bestaande bekendmaking een ontsnappingsroute zal vormen voor verticale prijsbindingsregelingen en andere, in de ogen van de Commissie, oneigenlijke agentuurovereenkomsten, waardoor afbreuk zal worden gedaan aan het oogmerk en de doeltreffendheid van de groepsvrijstelling.

Het belangrijkste knelpunt vormen de punten 17 en 18, waarin de Commissie onder andere opmerkt dat ingeval de agent geïnvesteerd heeft in activiteiten die geheel los staan van het onderwerp van de betreffende agentuurovereenkomst(en), zoals een distributienetwerk, gebouwen en personeel, artikel 81 lid 1 EG in beginsel onverkort van toepassing is.²⁷ Die vaststelling vindt op voorhand onvoldoende steun in de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin de beoordeling van de financiële en commerciële risico's van de agent voor de door hem bemiddelde transacties centraal staat.²⁸ Met haar ruime omschrijving van 'oneigenlijke' agenturen lijkt de Commissie derhalve te ver te zijn doorgeschoten.²⁹

Deel VI van de richtlijnen: algemene opmerkingen

Deel VI van de richtlijnen heeft betrekking op het handhavingsbeleid van de Commissie ten aanzien van verticale afspraken buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling en ziet derhalve op de toepassing van

artikel 81 lid 1 EG op verticale afspraken in die gevallen dat niet aan de toepassingsvoorwaarden van de groepsvrijstelling is voldaan (bijvoorbeeld omdat de voorwaarden van artikel 1 niet vervuld zijn, de overeenkomst een zwarte bepaling bevat, of omdat de marktaandeelgrens overschreden wordt), alsmede op de toepassing van artikel 81 lid 3 EG. De wijze waarop de Commissie dat laatste artikel stelt te zullen toepassen zal bij uitstek van belang zijn voor verticale overeenkomsten die wel aan de toepassingsvoorwaarden van de groepsvrijstelling voldoen, maar waarbij partijen betrokken zijn met marktaandelen van meer dan 30%. Dergelijke overeenkomsten zullen immers niet van de groepsvrijstelling profiteren.

Deel VI van de ontwerprichtlijnen is verreweg het meest omvangrijke deel van de richtlijnen. Het is tegelijkertijd het minst toegankelijke deel van het beleidsdocument. Het beoordelingskader van de Commissie is gecentreerd rond de indeling van verticale afspraken in vier categorieën overeenkomsten die alle min of meer dezelfde kenmerkende effecten sorteren, te weten de categorieën van merkexclusiviteits-, beperkte distributie-, prijsbindings- en marktverdelingsafspraken³⁰ en een bespreking van zeven specifieke soorten verticale overeenkomsten. Van de zeven besproken verticale afspraken behoort één overeenkomst tot de groep van de merkexclusiviteitsregelingen en vallen vier voorbeelden in de categorie van de beperkte distributieafspraken, te weten afspraken terzake van exclusieve distributie, klantenexclusiviteit, selectieve distributie en exclusieve levering. Voorts bespreekt de Commissie apart hoe zij franchise- en koppelverkoopovereenkomsten zal waarderen. Beide types overeenkomsten vallen niet in een van de vier groepen (hoewel franchise overeenkomsten verwantschap vertonen met de beperkte distributie-groep).

23 Zie resp. punt 4 en 5.

24 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Mededeling van 9 december 1997, Pb. EG 1997, C 375/5.

25 Zie de punten 12-21

26 Bekendmaking van de Commissie met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs, Pb. EG 1962, p. 2921

27 Het aanknopen bij de aard van de betrokken onderneming onder de gedachtestreepjes 1, 4 en 5 van punt 17 zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat het kartelverbod in beginsel van toepassing is op de tijdschriftagenturen van een zelfstandig opererende tabakswinkel.

28 Zie bijvoorbeeld Van Gerven e.a., *Kartelrecht II*, p. 210 e.v. Het oordeel van het Hof van Justitie in de *Vlaamse Reisbureaus-zaak* is gebaseerd op de inter- en intrabrandconcurrentie op de markt voor agentuurdiensten. Zie HvJ EG 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jur. 1987, p. 3801. De overwegingen in punt 17 sporen voorts niet met de punten 15 en 16.

29 De opmerkingen in punt 17, derde en vierde gedachtestreepje, geven de jurisprudentie van het Hof van Justitie overigens onjuist weer. Zie HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73 Suiker Unie vs. Commissie, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 482.

30 Zie de punten 95-106. In het Vervolg op het Groenboek hanteerde de Commissie deze indeling voor de eerste maal, zie COM(98) 544 Final, September 30, 1998, Pb. EG 1998, C 365/3. Zie ook Peeperkorn, *The Economics of Verticals*, *Competition Policy Newsletter* 1998-2, p. 12.

A r t i k e l e n

De analyse van de zeven specifieke afspraken wordt voorafgegaan door het algemene deel van deel VI, waarvan de kern gevormd wordt door (i) punt 114 waarin de Commissie acht beoordelingscriteria beschrijft aan de hand waarvan zij zal beoordelen of artikel 81 lid 1 EG zich tegen de betreffende afspraak verzet en (ii) punt 108 waarin de Commissie tien mogelijke situaties bespreekt waarin de afspraak positieve effecten kan sorteren, die een individuele ontheffing in de zin van artikel 81 lid 3 EG kunnen rechtvaardigen. De acht in punt 114 genoemde factoren (marktpositie van de aanbieder, afnemersmacht, toetredingsdrempels etc.) hebben voornamelijk betrekking op de structuur van de markt en kunnen beschouwd worden als een toepassing door de Commissie op het gebied van verticale afspraken van de criteria voor de toepassing van artikel 81 lid 1 EG die door het Gerecht en het Hof van Justitie in de *Delimitis*³¹- en *ENS*³²-arresten zijn geformuleerd. De in punt 120 genoemde positieve effecten c.q. rechtvaardigingsgronden vormen de specifieke toepassing van de eerste voorwaarde van artikel 81 lid 3 EG ('bijdrage tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang') ingeval van verticale afspraken.³³ Zo vermeldt punt 108.1 van de ontwerprichtlijnen dat alleenverkoopafspraken 'free rider'-problemen kunnen tegengaan, waarbij een distributeur profiteert van de promotie-inspanningen van andere distributeurs, waardoor dergelijke distributeurs geneigd kunnen zijn onvoldoende te investeren in promotieactiviteiten.

De richtlijnen geven geen antwoord op de vraag of naar het oordeel van de Commissie in een concreet geval sprake is van een of meer van de tien rechtvaardigingsgronden; de rechtzoekende dient dat in beginsel aan de hand van de tien genoemde mogelijke positieve effecten van punt 108 en de algemene regels voor het beoordelen van verticale afspraken³⁴ te beoordelen. Slechts in een drietal gevallen gaan de richtlijnen verder en geven in het tweede deel van deel VI inzicht welke rechtvaardigingsgronden in een aantal specifieke gevallen het meest waarschijnlijk zijn.³⁵ Terzake van non-concurrentiebedingen wijst de Commissie er in dat verband bijvoorbeeld op dat dergelijke afspraken verschillende soorten 'free rider'-, 'hold-up'-problemen en kapitaalmarktperfectionen kunnen oplossen en mitsdien in aanmerking zouden kunnen komen voor een individuele ontheffing.³⁶

Het leeuwendeel van deel VI van de ontwerprichtlijnen heeft echter betrekking op de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG. Daartoe past de Commissie de in de punten 95-106 groepsgewijs geïdentificeerde negatieve effecten toe op de zeven specifieke verticale overeenkomsten.³⁷ Die benadering heeft tot gevolg dat een onevenredig groot deel van de toch al omvangrijke tekst betrekking heeft op artikel 81 lid 1, terwijl het ontheffingsbeleid van de Commissie onder artikel 81 lid 3 EG navenant minder aandacht krijgt.³⁸

De nadruk die in de ontwerprichtlijnen gelegd wordt

op de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG is deels begrijpelijk. Immers, deel VI van de richtlijnen beoogt inzicht te geven in het beleid van de Commissie ten aanzien van overeenkomsten die niet onder de groepsvrijstelling vallen en dat kunnen, zoals gezegd, zowel gevallen zijn waarop artikel 81 lid 1 EG van toepassing is, als gevallen waartegen artikel 81 lid 1 EG zich niet verzet. Gelet op het brede toepassingsgebied van de verordening zal de reden voor de niet-toepasselijkheid van de verordening echter veelal gelegen zijn in het overschrijden van de marktaandeeldrempel van artikel 2 en juist in die gevallen is de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 in het algemeen gegeven.³⁹ In dat licht is de summier bespreking van artikel 81 lid 3 EG enigszins onbevredigend, zeker nu de toepasselijkheid van artikel 81 lid 3 EG door de Commissie niet besproken wordt in relatie tot overeenkomsten van twee van de vier groepen, namelijk de prijsbindings- en de marktverdelingscategorie. Bovendien staat de Commissie niet of nauwelijks stil bij de mogelijke ontheffingsgronden van twee soorten overeenkomsten die wel besproken zijn, namelijk franchise- en koppelverkooparrangementen.⁴⁰ Voorts zullen diegenen die duidelijkheid wensen te verkrijgen omtrent de toelaatbaarheid van een afspraak zich wellicht storen aan het vaak weinig concrete karakter van de richtlijnen.⁴¹ Dat gebrek aan duidelijkheid is tot op zekere hoogte te billijken; of een verticale beperking bijvoorbeeld gerechtvaardigd is als antwoord op een 'free rider'-probleem hangt er ondermeer van af of de betreffende diensten van een distributeur zich überhaupt wel lenen voor 'free riding', of die diensten wel verleend worden, het aankoopgedrag van consumenten en andere factoren.⁴² Dat laat onverlet dat de zeven voorbeelden die de voorgestelde

31 HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89, *Delimitis vs. Henniger Braü*, Jur. 1991, p. I-935.

32 GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/194, T-375/94, T-384/94 en T388/94, *European Night Services Ltd. (ENS) e.a. vs. Commissie*, Jur. 1998, p. II-3141.

33 De richtlijnen lijken te veronderstellen dat aan de tweede en vierde voorwaarde van artikel 81 lid 3 is voldaan, zie resp. punt 129 en 145. De derde voorwaarde van het artikel, het noodzakelijkheids- en proportionaliteitsvereiste komt incidenteel aan de orde (zie resp. punten 129, 146 en 201), maar een bespreking daarvan ontbreekt bij de analyse van klantexclusiviteit en exclusieve levering.

34 Zie punt 111.

35 Zie resp. punt 147 (merkexclusiviteit), punt 164 (exclusieve distributie) en punt 194 (selectieve distributie).

36 Zie punt 145.

37 Zie resp. de punten 131-149 (merkexclusiviteit), 150-167 (exclusieve distributie), 168-182 (selectieve distributie), 198-200 (franchising), 201-214 (exclusieve levering) en 215-224 (koppelverkoop).

38 De opmerkingen van de Commissie ten aanzien van artikel 81 lid 1 EG zijn overigens wel van meer algemeen belang. Zie *infra*, noten 31 en 32.

39 Zie resp. de punten 133, 152, 170, 186, 203, 219 en de algemene opmerkingen over marktmacht in de punten 2, 111.1, 115 en 116.

40 Beide soorten komen er karig af. Daarenboven kan betwijfeld worden of de richtlijnen in alle gevallen consistent zijn. Zie bijv. de punten 181 en 182.

41 Zie echter punten 111(10), 161 en 181.

42 Zie bijv. Areeda, *Antitrust Law*, 1989, Vol. VIII, par. 1611 e.v. Vgl. de punten 108(1) en (4)-(6) en 129.

A r t i k e l e n

richtlijnen thans bevatten aan duidelijkheid kunnen winnen, bijvoorbeeld door toe te voegen op welke wijze de analyse van de besproken zaken wijzigt indien een of meerdere omstandigheden van het geval verandering ondergaan.⁴³

Afsluitende opmerkingen

Ten opzichte van eerdere ontwerpen heeft het Commissievoorstel voor de nieuwe groepsvrijstelling duidelijk verbetering ondergaan. Als beleidsregel beogen de ontwerprichtlijnen met name duidelijkheid te verschaffen over de omstandigheden waaronder de Commissie artikel 81 lid 1 EG van toepassing acht op verticale afspraken, terwijl de structuur en het toepassingsgebied van de verordening er juist toe leiden dat behoefte bestaat aan richtlijnen omtrent het beleid van de Commissie ten aanzien van het derde lid van artikel 81 EG. Mede daarom kan betwijfeld worden of de richtlijnen in hun definitieve vorm een behulpzaam middel zullen vormen voor nationale rechters en mededingingsautoriteiten bij de tenuitvoerlegging van het nationale en Europese mededingingsrecht. Met name de nationale rechter lijkt een niet eenvoudige taak te wachten. Immers, hij dient zijn beoordeling in beginsel te beperken tot de toepasselijkheid van het kartelverbod. De in de ontwerprichtlijnen genoemde beoordelingscriteria voor die toets liggen echter zeer dicht aan – en vloeien soms over – in de criteria voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG. Paragraaf 1.3 van deel VI van de conceptrichtlijnen is daarvoor illustratief.

Tot slot: onlosmakelijk verbonden met de inwerkingtreding van de verordening is het loslaten van de aanmeldingsverplichting ex artikel 4 lid 2 Verordening 17. Dat geldt, gelet op de artikelen 12 en 13 Mw evenzeer voor Nederlandse gevallen. Het is derhalve dienstig in overweging te nemen de Mededingingswet op dit punt op korte termijn aan te passen en daarmee niet te wachten tot de evaluatie van de Mededingingswet in 2001.

⁴³ De richtlijnen dreigen anders het karakter te krijgen van een lijst (subjectieve) factoren, zonder dat inzicht gegeven wordt in de wegingsfactoren en hun onderling verband.