

MR. C.T. DEKKER

Mededingingsrechtelijke aspecten van import en export

O & F

8

Nr. 53 / november 2002

De importeur of exporteur van producten en diensten krijgt te maken met keuzes die onvermijdelijk worden beïnvloed – zo niet afgedwongen – door wettelijke regels. Zo zal men aanlopen tegen regelgeving op het gebied van het te importeren of te exporteren product (denk aan de Nederlandse Warenwet of allerlei technische voorschriften) of zijn verpakking, of eisen die worden gesteld aan een dienstverlener (denk aan beroepsregels). Belemmeringen die door dergelijke regels worden opgeworpen zijn mogelijk in strijd met de bepalingen uit het EG-Verdrag inzake het vrij verkeer van goederen of diensten, dan wel het recht van vestiging. Verder kan men te maken krijgen met belemmeringen die bestaan uit door de overheid gecreëerde monopolies, waardoor de import van een product wordt verhinderd. Een dergelijk monopolie kan onder omstandigheden een mededingingsbelemmering zijn die in strijd is met het EG-Verdrag.

Men kan echter niet alleen aanlopen tegen belemmeringen die voortvloeien uit overheidsmaatregelen, maar ook te maken krijgen met de beperkingen en mogelijkheden die het mededingingsrecht aanlegt op het gebied van distributiestelsels. Bij de keuze van het optimale distributiestelsel zal met die beperkingen en mogelijkheden rekening moeten worden gehouden.

In deze bijdrage zal worden ingegaan op diverse mededingingsrechtelijke aspecten die relevant zijn voor import en export.

Keuze voor een distributiestelsel

Reeds bij de vraag of men middels dochterondernemingen, met gebruikmaking van een agent of door middel van een zelfstandig distributeur, producten in een ander land wil distribueren, dient rekening te worden gehouden met de mededingingsrechtelijke

consequenties van zo een keuze.

Het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten van artikel 81 van het EG-Verdrag of het nagenoeg gelijkkluidende artikel 6 van de Mededingingswet (Mw), is alleen van toepassing op overeenkomsten *tussen ondernemingen*. Het Europese Gerecht van Eerste Aanleg heeft uitgemaakt dat een 100% dochter ten aanzien waarvan de moeder het commerciële beleid bepaalt, niet als een zelfstandige onderneming kan worden gezien. Wanneer de moeder bepaalt dat de dochter alleen in bepaald gebied mag verkopen en tegen een bepaalde prijs, vormt een dergelijke afspraak derhalve geen overeenkomst *tussen ondernemingen*, zodat artikel 81 EG-Verdrag of artikel 6 Mw op zo een verhouding niet van toepassing is.

Ook op de relatie met een agent – die voor rekening en risico van de principaal bemiddelt ten behoeve van de totstandkoming van overeenkomsten – zijn genoemde artikelen niet van toepassing: de agent wordt in het mededingingsrecht niet als (zelfstandige) onderneming gezien, maar als verlengstuk van de principaal. Anderzijds gelden op grond van EG-richtlijn 86/653 inzake zelfstandige handelsagenten voor de agentuurovereenkomst natuurlijk de nodige bepalingen met betrekking tot bijvoorbeeld de beëindiging en de in verband daarmee te betalen goodwillvergoeding aan de agent. Dergelijke specifieke voorschriften bestaan niet (althans niet op dezelfde wijze) bij de alleenverkoopovereenkomst met een zelfstandige importeur.

Wanneer een zelfstandig importeur wordt ingeschakeld komt men wel binnen het toepassingsbereik van artikel 81 EG-Verdrag of artikel 6 Mw. Voor de beoordeling van dergelijke overeenkomsten geldt het regime dat is neergelegd in EG-Verordening 2790/1999 inzake verticale overeenkomsten.

Mededingingsrechtelijke aspecten van import en export

Parallelimport en verplichting tot belevering

Wanneer er op verschillende markten significant uiteenlopende prijzen voor een bepaald product gelden – bijvoorbeeld veroorzaakt door overheidsinterventies, zoals op de markt voor farmaceutische producten¹ – is het voor een producent verleidelijk een zodanig exportbeleid te voeren dat parallelimport in ‘dure’ landen wordt tegengegaan. Parallelimport kan als zodanig niet verboden worden. Wel kan men door een goed gebruik van merkrechten ‘lekken’ in een distributiestelsel opsporen. Alleen wanneer men een selectief distributiestelsel hanteert, kan men echter een distributeur aanspreken op leveranties aan een niet-erkende distributeur.

Uit de jurisprudentie van het Europese Gerecht van Eerste Aanleg blijkt echter dat men door het feitelijk beperken van de export naar ‘goedkope landen’ in ieder geval de kans op parallelexport naar duurdere landen kan verkleinen: wanneer de importeur in het goedkopere land mondjesmaat wordt beleverd, zodanig dat hij net de plaatselijke markt kan bedienen is de neiging om tot parallelexport over te gaan wellicht kleiner. Een dergelijke beperkte belevering, wanneer *eenzijdig* gehanteerd door de leverancier, komt niet in strijd met het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten. Wanneer de leverancier echter een dergelijke strategie *overeenkomt* met zijn importeur, kan er wel een mededingingsrechtelijk probleem optreden. Dat is ook het geval wanneer de leverancier een machtspositie inneemt op de markt voor het betrokken product.

De beoordeling van verticale overeenkomsten

Verticale overeenkomsten – overeenkomsten tussen ondernemingen die, althans in het kader van de betreffende overeenkomst, op verschillende niveaus van de productiekolom werken – kunnen de mededinging beperken. Wanneer men een alleenverkoopovereenkomst sluit voor bijvoorbeeld Duitsland, wordt weliswaar de mededinging tussen de producent en de wederverkoper niet beperkt, maar de mededinging tussen die wederverkoper en andere wederverkopers wel. Deze laatste ondernemingen kunnen immers geen producten meer afnemen bij deze producent. Zij kunnen uitwijken naar producten van andere producenten, maar de zogenaamde *intra-brand competition* wordt door een dergelijke alleenverkoopovereenkomst verminderd of uitgeslo-

ten. Op een markt van (relatief) homogene producten hoeft dat effect niet groot te zijn. Op een markt voor merkproducten ligt dit echter anders. Op soortgelijke wijze beperken exclusieve afnameovereenkomsten de mededinging, zij het dat hier de *interbrand competition* beperkt wordt.

Mededingingsrechtelijke beperkingen kunnen ook optreden bij bijvoorbeeld franchiseovereenkomsten of stelsels van selectieve distributie.

Niettemin kunnen aan dergelijke verticale overeenkomsten ook positieve effecten worden onderkend. Zij kunnen een efficiënte distributie bevorderen en daarmee de kosten van een product verlagen. Deze positieve effecten kunnen opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten. Vandaar dat op EG-niveau in Verordening 2790/1999 (de *groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten*), die sinds 1 juni 2000 effectief is, het verbod van artikel 81 EG-Verdrag op mededingingsbeperkende overeenkomsten buiten toepassing is verklaard voor de verticale overeenkomsten die aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling voldoen. Van deze overeenkomsten wordt aangenomen dat zij per saldo positieve effecten op de markt teweegbrengen.

De in de groepsvrijstelling neergelegde voorwaarden, die het kader vormen voor de opzet van distributieovereenkomsten, zullen hierna worden besproken. Zij gelden voor distributie binnen de communautaire markt, ongeacht of de producten waar het om draait binnen of buiten de EG geproduceerd zijn. Wordt naar een markt buiten de EG geëxporteerd, dan dient rekening te worden gehouden met het mededingingsrecht dat aldaar geldt (zou in zo een overeenkomst een verbod van herimport naar de communautaire markt zijn opgenomen dan kunnen de EG-rechtelijke regels weer van toepassing zijn).

Marktaandeeldrempel

Voor de hierna te bespreken kaders voor verticale overeenkomsten geldt ingevolge de groepsvrijstelling een marktaandeeldrempel: wanneer de leverancier op de relevante markt waar hij de contractgoederen of -diensten verkoopt een marktaandeel heeft van meer dan 30%, geldt de vrijstelling niet, ook al voldoet de overeenkomst aan alle overige te bespreken voorwaarden. Wanneer de overeenkomst een verplichting voor de leverancier inhoudt om alleen aan zijn contractpartner te leveren (exclusieve levering) geldt dat het marktaandeel van de afnemer op de relevante markt waarop hij de contractgoederen of -diensten

¹ Ik laat hier de ontwikkelingen op het specifieke gebied van de dealerovereenkomsten in de automobielsector buiten beschouwing, hoewel die in de nabije toekomst tot veel vragen aanleiding zullen geven.

Mededingingsrechtelijke aspecten van import en export

koopt niet meer dan 30% mag zijn. Bij overschrijding van dit marktaandeel is de groepsvrijstelling evenmin van toepassing.

Dit betekent echter nog niet dat de overeenkomst niet is toegestaan. Het betekent wel dat de Europese Commissie voor dat individuele geval wil nagaan of de mededingingsrechtelijke nadelen van de overeenkomst – die met grote marktaandelen een grotere impact op de markt zullen hebben – nog wel opwegen tegen de voordelen ervan.

Verticale prijsbinding

Verticale prijsbinding – waarbij de leverancier zijn importeur (en mogelijk middels een kettingbeding de detailhandelaren) oplegt welke verkoopprijzen deze dienen te hanteren – verhindert of vermindert in ieder geval de concurrentie tussen de verschillende wederverkopers (de *intra brand competition*). Verticale prijsbinding wordt gezien als een *hardcore* mededingingsbeperking en is daarom niet toegestaan. Verticale prijsbinding is niet alleen aan de orde wanneer vaste prijzen worden opgelegd, maar ook wanneer minimumprijzen worden gehanteerd. Maximumprijzen zijn daarentegen wel toegestaan (mits zij niet zo laag zijn vastgesteld dat zij in de praktijk uitwerken als vaste prijzen), evenals adviesprijzen. Als adviesprijzen gepresenteerde prijzen waarvan de nakoming wordt afgedwongen of wordt bevorderd (bijvoorbeeld door bonusregelingen te koppelen aan daadwerkelijke verkoop tegen een adviesprijs) zijn, vanzelfsprekend, ook in strijd met het verbod. Of sprake is van een adviesprijs of van prijsbinding moet aan de hand van de feiten worden beoordeeld. Zo lijkt er in het algemeen nog geen sprake van een prijsbinding indien op een product of een aan het product bevestigd label een prijs is gedrukt (of zelfs wanneer voor de verschillende lidstaten van de EG verschillende prijzen zijn voorgedrukt), mits wederverkopers vrij zijn van de voorgedrukte prijzen af te wijken. Gaan voorgedrukte prijzen samen met (landelijke) reclamecampagnes waarbij de voorgedrukte prijzen als vaste prijzen worden gepresenteerd, dan gaat daar al een meer bindende werking van uit.

Absolute gebiedsbescherming

Een importeur zal in het algemeen verlangen dat de producent hem het recht verleent om als enige in een bepaald gebied (zeg een lidstaat van de EG) de betrokken producten te distribueren. Met andere woorden: hij wil het alleenverkooprecht. Een dergelijk recht is niet in strijd met de groepsvrijstelling en kan derhalve verleend worden. Wat men echter niet kan voorkomen is dat afnemers in een bepaald toege-

kend gebied zich tot een distributeur buiten dat gebied wenden en daar de betrokken producten afnemen, mits tenminste die distributeur geen 'actieve verkoop' pleegt in het aan een ander toegewezen gebied. Zolang het initiatief tot de koop van de koper uitgaat en de distributeur op het leveringsverzoek ingaat, kan de importeur zijn leverancier daarop niet aanspreken. Wordt er echter binnen zijn gebied (actief) reclame gemaakt of wordt er binnen zijn gebied door een andere wederverkoper een vestiging geopend, dan kan de importeur de leverancier daar wel op aanspreken, omdat dit een inbreuk is op het alleenverkooprecht, die de importeur onder de mededingingsregels niet behoeft toe te staan.

Met andere woorden: een producent kan een importeur geen absolute gebiedsbescherming verlenen, wel kan hij zich ertoe verplichten importeurs of andere wederverkopers in andere gebieden de verplichting op te leggen zich te onthouden van actieve verkoop in het aan een ander toegewezen gebied.

Klantenbeperking

In het algemeen is het niet toegestaan een wederverkoper te beperken in de klanten waaraan hij de betrokken producten mag verkopen. Een leverancier mag een groothandelaar echter beperken in zijn mogelijkheid om aan eindgebruikers te verkopen, zo bepaalt de groepsvrijstelling. Zo kan derhalve ook de importeur verboden worden om aan eindgebruikers te leveren. Hanteert men een selectief distributiestelsel, dan kan de importeur (en overigens de andere bij het stelsel aangesloten wederverkopers) verboden worden te leveren aan niet-erkende distributeurs.

Beperkte tijd voor exclusieve afnameovereenkomsten

In de praktijk ziet men nog wel eens dat een alleenverkoopovereenkomst gepaard gaat met een, al dan niet expliciet zo benoemd, exclusief afnamebeding: de wederverkoper wordt het verboden concurrerende producten te verkopen.

Op zichzelf is zo'n exclusief afnamebeding niet verboden, ook niet in combinatie met een alleenverkoopovereenkomst. Wel is in de groepsvrijstelling bepaald dat een exclusief afnamebeding – dat in de groepsvrijstelling met niet-concurrentiebeding wordt aangeduid, hetgeen een wat breder begrip is – niet onder de groepsvrijstelling valt indien dat beding voor onbepaalde duur geldt of de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Een stilzwijgend verlengbaar beding wordt geacht voor onbepaalde duur te zijn gesloten, ook al is het jaarlijks opzegbaar. Het is overigens wel toegestaan na vijf jaar opnieuw voor een periode van

Mededingingsrechtelijke aspecten van import en export

vijf jaar een exclusief afnamebeding overeen te komen. Het gaat erom dat de afnemer na vijf jaar vrij is om met een andere leverancier zaken te doen en in ieder geval expliciet kiest voor voortzetting van de bestaande relatie.

Wat hiervan zij, dit betekent dat wanneer men een alleenverkoopovereenkomst sluit voor laten wij zeggen een periode van tien jaar en in deze overeenkomst een exclusief afnamebeding opneemt, dit beding niet onder de groepsvrijstelling valt en de importeur derhalve vrij is ook producten van andere, concurrerende producenten af te nemen (en dat niet pas na vijf jaar!). De verplichting van de leverancier om alleen aan de bewuste importeur te leveren blijft ondertussen wel bestaan. Het is dus in het algemeen aan te raden de duur van het alleenverkooprecht te koppelen aan de exclusieve afnameverplichting en deze beide niet langer te laten duren dan vijf jaar.

Het kan zijn dat men goede redenen heeft, bijvoorbeeld samenhangend met investeringen ten behoeve van de introductie van een nieuw product, om voor een langere duur een exclusieve afname af te spreken. Wil men zeker weten dat de importeur daaraan kan worden gehouden, dan is het aan te bevelen de Europese Commissie daarvoor een individuele ontheffing te vragen.

Ruimte voor een individuele ontheffing

Hierboven is al opgemerkt dat men een individuele ontheffing aan de Europese Commissie kan vragen wanneer men de marktaandeeldrempel van 30% overschrijdt. Er zal dan een individuele beoordeling plaatsvinden van de mededingingsrechtelijke voordelen en nadelen van de betreffende overeenkomst. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten waarin clausules zijn opgenomen die voor de toepassing van de groepsvrijstelling niet zijn toegestaan. Aangezien het bij verticale prijsbinding, absolute gebiedsbescherming en klantenbeperking gaat om zogenaamde *hard core* mededingingsbeperkingen lijkt het nauwelijks denkbaar dat de Commissie voor een overeenkomst met dergelijke clausules een individuele ontheffing zal verlenen. In de praktijk van import- en exportcontracten betekent dit derhalve dat het in het algemeen alleen zin zal hebben een individuele ontheffing aan te vragen wanneer een niet-concurren-

tiebeding wordt gesloten voor een periode van meer dan vijf jaar of wanneer zo'n niet-concurrentiebeding zou moeten doorlopen na afloop van het contract. Daarvoor zal men dan wel met een goed verhaal moeten komen.

Slotopmerkingen

De groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten, zoals neergelegd in EG-Verordening 2790/1999, vormt in vergelijking met het eerder geldende regime voor alleenverkoopovereenkomsten en exclusieve afnameovereenkomsten een veel flexibeler regime: er is niet meer expliciet bepaald welke clausules in een overeenkomst moeten worden opgenomen, maar er is volstaan met een 'zwarte lijst' van bepalingen die hoe dan ook mededingingsrechtelijk niet door de beugel kunnen. Nadeel van het nieuwe regime is dat men veel vaker zal moeten nagaan wat het marktaandeel is van de betrokken partijen op de voor de betreffende overeenkomst relevante markt. Die marktaandeelberekening is niet altijd eenvoudig, omdat men zal moeten bepalen wat de relevante geografische en de relevante productmarkt is. Elke situatie waarin mogelijk de 30%-drempel in zicht komt vergt dan ook een meer of minder vergaande marktanalyse. Hoewel men op basis van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie een inschatting kan maken hoe de relevante markten moeten worden afgebakend, is het niet uitgesloten dat de Europese Commissie de relevante markt later op een andere manier afbakt.

Daarmee heeft de groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten wellicht meer flexibiliteit voor importeurs en exporteurs geïntroduceerd, maar is tegelijkertijd de rechtsonzekerheid over het toepasselijke regime toegenomen.

Mr. C.T. Dekker is advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam en is als universitair docent verbonden aan de leerstoelgroep Europees en mededingingsrecht van de Universiteit van Amsterdam.