

Mededinging

| Besluiten EU

Een nieuw beleid ten aanzien van verticalen

Mr. I. W. VerLoren van Themaat

Op 22 december jl. heeft de Commissie de groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten aangenomen. Zij luidt een benadering van dit onderwerp in, die fundamenteel afwijkt van wat wij gewend zijn. Een van de doelstellingen van de nieuwe groepsvrijstelling is het aantal ontheffingsaanvragen voor verticale mededingingsbeperkingen te beperken.

Verordening nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG 29 december 1999, L336/21; (ontwerp)richtsnoeren inzake verticale overeenkomsten, Pb. EG 24 september 1999, C270/12.

Inleiding

Op 29 december 1999 heeft de Commissie de verordening 'betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het EG-Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen' gepubliceerd (hierna: de verordening). Zij is per 1 januari jl. in werking getreden, maar zal pas vanaf 1 juni 2000 materieel van toepassing zijn. Dan zal een belangrijk deel van het recht omtrent distributiecontracten en andere verticale overeenkomsten fundamenteel worden gewijzigd. Dit recht omvat niet alleen de regels voor exclusieve distributie, exclusieve aankoop, en franchisecontracten, maar ook een groot deel van het juridisch gedachtegoed omtrent selectieve-distributieovereenkomsten zoals vastgelegd in een reeks beschikkingen van de Commissie en jurisprudentie van het Hof. Ook deze jurisprudentie zal als verouderd 20e eeuws materiaal opzij moeten worden geschoven. Ondernemingen zullen nu eerst hun marktaandeel moeten vaststellen om te zien of hun overeenkomsten *de minimis* zijn, onder de nieuwe groepsvrijstelling vallen, of buiten deze *safe harbours* vallen. In het laatste geval zijn de klassieke mededingingsregels van artikel 81 en 82 van het Verdrag van toepassing.

1 Op grond van artikel 12 van de verordening is de toepassing van de Verordeningen 1983/83, 1984/83 en 4087/88 verlengd van 31 december 1999 tot en met 31 mei 2000. Voor overeenkomsten die voor deze laatste termijn nog onder een van de genoemde groepsvrijstellingen zouden vallen, geldt een overgangstermijn tot 31 december 2001.

2 Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, Pb. EG 1999, C 132/1. Zie voor een bespreking bijv. het heldere artikel van M.G. Wezenbeek-Geuke, NTER 1999, p. 169.

3 Bijvoorbeeld: Pres. Rb Amsterdam 29 december 1988, KG 1989, 51 (Prodifarma): 'Zou de overeenkomst zich niet verdragen met artikel 85 lid 1 van het Verdrag, dan moet ernstig rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat een vrijstelling wordt verkregen.'

4 In het voornoemde witboek wordt voorgesteld het meldingsstelsel te verlaten.

5 Zie artikel 4 lid 2 Vo. 17.

Veel overeenkomsten die nu nog ontheffing genieten op grond van de huidige groepsvrijstellingen voor exclusieve distributie, afname of franchisecontracten¹, zullen straks verboden zijn ingeval de marktaandeelen boven de 30% komen. Omgekeerd, zullen vele contracten die nu nog individuele ontheffing behoeven, straks onder de vrijstelling vallen. *Grosso modo* moet het regime eenvoudiger, flexibeler en effectiever worden en een betere weerspiegeling vormen van de economische werkelijkheid.

De verordening gaat vergezeld van uitgebreide richtlijnen (Guidelines), die in het Nederlands om voor de hand liggende redenen geen 'richtlijnen' kunnen heten en daarom 'richtsnoeren' worden genoemd. De richtsnoeren zijn nog niet definitief vastgesteld maar op 24 september jl. al wel als ontwerp gepubliceerd. Zij geven onder meer aan welke overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 vallen, welke daarbinnen vallen doch kunnen genieten van de nieuwe groepsvrijstelling, en welke binnen het toepassingsgebied van artikel 81 lid 1 vallen en niet kunnen genieten van de nieuwe groepsvrijstelling (dit laatste onderwerp beslaat circa tweederde van de totale tekst van de richtsnoeren). Ten slotte bevatten zij ook nog enkele opmerkingen rond de definitie van de relevante markt en, zeer belangrijk, aanwijzingen omtrent het door de Commissie te voeren beleid ten aanzien van agentuurovereenkomsten, die de agentuurbekendmaking van 1962 vervangen.

De verordening en de richtsnoeren moeten worden gezien in combinatie met de recente wijzigingen van de verordeningen 17 en 19/65 en in het licht van de algemene herziening en decentralisatie van de toepassing van het mededingingsrecht zoals onder meer tot uiting komt in het Witboek². De herijking van het beleid ten aanzien van verticale overeenkomsten is overigens geen exclusieve Europese gelegenheid. Wereldwijd wordt op dit gebied een liberaler en minder rigide beleid voorgestaan. In het Amerikaanse anti-trustrecht is in de afgelopen 20 jaar bijvoorbeeld reeds afstand gedaan van de oude *per se* verboden in de Sherman en Clayton Acts en wordt nu een beleid aangehangen dat meer is gebaseerd op de *rule of reason*.

Dit artikel is verder opgebouwd uit drie inleidende delen. Hierna zal eerst een schets van de achtergronden van de wijzigingen worden gegeven alsmede een korte samenvatting van de procedurele vernieuwingen, die al sinds juni 1999 van kracht zijn. Vervolgens zullen de materiële bepalingen van de verordening worden samengevat en besproken, tezamen met de delen van de richtsnoeren die daar betrekking op hebben. Op de overige aspecten van de richtsnoeren, zoals de nieuwe regels voor agentuur, zal, mede vanwege het voorlopige karakter ervan, hier niet worden ingegaan. Ten slotte zal kort worden stilgestaan bij de doorwerking van de nieuwe regels in de Nederlandse mededingingswet. In latere nummers van NTER kan mogelijk dieper op

bepaalde aspecten van dit nieuwe beleid worden ingegaan.

Achtergrond

Bij de opstelling van het EG-Verdrag verschilden de zes oorspronkelijke onderhandelingspartners van mening over de vraag of, en zo ja in welke vorm, uitzonderingen op het algemene verbod op mededingingsbeperkingen moesten worden toegestaan. De Franse delegatie was sterk voorstander van een wettelijke uitzondering (*exception légale*), terwijl de Duitse delegatie stond op een vergunningstelsel (*Erlaubnisvorbehalt*). Het resultaat – artikel 81 lid 3 (ex artikel 85 lid 3) – mag wat dat betreft een van de eerste Europese compromissen heten. Het voorziet erin dat het verbod van lid 1 buiten toepassing *kan* worden verklaard – de zogenaamde ontheffing – indien aan de vier bekende voorwaarden is voldaan. Op grond van Verordening 17 komt die bevoegdheid (vooralsnog) uitsluitend toe aan de Commissie, hetgeen er overigens niet aan in de weg staat dat vele nationale rechters geneigd zijn de ontheffing *de facto* (en tegen de regels in) zelf toe te passen indien aan de ontheffingsvoorwaarden is voldaan, met name in kort geding.³ De Commissie kan de ontheffing in beginsel pas verlenen nadat een overeenkomst daartoe bij haar is aangemeld.⁴ Alleen een beperkt aantal typen overeenkomsten, waarvan het gevoelen bestond dat deze minder schadelijk waren voor de totstandkoming van de gemeenschappelijke markt, zijn vrijgesteld van deze voorafgaande notificatieplicht.⁵ De overige overeenkomsten dienen bij de Commissie te worden gemeld om te profiteren van de ontheffingsmogelijkheid, tenzij de mededingingsbeperkingen *de minimis* zijn, de handel tussen de lidstaten niet *merkbaar* wordt beïnvloed, of de overeenkomst onder één van de groepsvrijstellingen valt.

Deze groepsvrijstellingen zijn in de loop der jaren steeds belangrijker geworden. De wettenbunfels waarin deze staan opgenomen lijken de concurrentieslag met de traditionele modellenboeken te hebben gewonnen. Er bestaat bijna geen distributieovereenkomst meer die niet de trits toegelaten verboden van Vo. 1983/83 letterlijk heeft overgenomen. Als een onderneming een franchiseovereenkomst wil sluiten, pakt de juridische hulpverlener er onmiddellijk de 'Franchiseverordening' bij. Het Europese distributieland kent nauwelijks meer juridische alternatieven dan die welke worden geboden door de Europese groepsvrijstellingen voor exclusieve distributie, exclusieve afname en franchising, en de nauwkeurig in de jurisprudentie omliggende regels voor selectieve distributie. De daarin opgenomen uitputtende lijsten van toegestane beperkingen worden als een soort juridische variatie op het spreekwoord *Es ist erzählt, es soll herunter* doorgaans door iedere fabrikant maximaal benut. De juridische creativiteit is verdwenen. Overeenkomsten die niet

6 COM(96) 721 def. 22 januari 1997.

7 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels op verticale afspraken (Vervolg op het Groenboek betreffende verticale afspraken), Pb. EG 26 november 1998, C 365/5.

8 Zie daarover onder meer Lugard, Het vervolg op het Vervolg Groenboek verticale afspraken, M&M nr. 3/4, juli 1999 en Kanttekeningen bij het Commissievoorstel voor de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten, M&M nr. 6, december 1999.

9 Vo. 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening 19/65 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG 1999, L 148/1.

10 Vo. 1216/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening 17: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 1999, L 148/5.

11 Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85 lid 1 van het Verdrag vallen, Pb. EG 1997, C372/13.

in het *straitjacket* van de groepsvrijstellingen *kunnen* worden gehesen, zoals een overeenkomst die diensten betreft, moeten de lange weg van de individuele ontheffingsprocedure doorlopen, tenzij partijen kiezen voor het risico van onzekerheid.

Toen in de jaren '90 ook meer economen zich openlijk gingen afvragen in hoeverre verticale overeenkomsten nu een werkelijk negatief effect op de mededinging hadden, accepteerde de Commissie dat er verandering moest komen. De Commissie heeft dit herzieningsproces in gang gezet met de publicatie van het 'Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie' in januari 1997⁶ waarin belanghebbenden werden uitgenodigd opmerkingen te maken. Op deze uitnodiging heeft de Commissie 227 reacties ontvangen die zijn samengevat in een mededeling van november 1998, waarin de Commissie ook een concreet beleidsvoorstel doet.⁷

Na uitgebreide consultatierondes⁸ zijn in juni 1999 de eerste noodzakelijke juridische stappen voor wijziging gezet. Dat was ten eerste de publicatie en inwerkingtreding van de Raadsverordening 1215/1999⁹. Deze bracht de wijzigingen aan in de machtigingsverordening Vo. 19/65 teneinde het de Commissie mogelijk te maken een ruime groepsvrijstelling aan te nemen die alle soorten verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zou bestrijken. Ten tweede is Raadsverordening 1216/1999¹⁰ aangenomen, die belangrijke wijzigingen aanbracht in basisverordening 17 waardoor verticale overeenkomsten niet langer op voorhand behoeven te worden gemeld teneinde in aanmerking te komen voor een individuele ontheffing. Partijen kunnen nu dus wachten met de melding tot er onenigheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst voor een ontheffing in aanmerking komt. Na de melding is de Commissie dan bevoegd een ontheffing met terugwerkende kracht (tot voor de datum van melding) te verlenen. Met deze wijzigingen hoopt de Commissie zowel haar eigen lasten als die van het bedrijfsleven te verlichten.

Men kan zich afvragen of het verstandig is zo lang met de melding te wachten. Over veel mededingingsvragen kan men verschillend denken en het werkt dan over het algemeen niet bevorderend voor een goedkeurende beschikking als partijen ruziënd bij DG Concurrentie binnen komen rollen en een van beide partijen duidelijk gebaat is bij een negatief oordeel. Dit geldt sterker nu een economisch goed verdedigbaar, doch praktisch moeilijk hanteerbaar begrip als 'marktaandeel' dat weinig rechtszekerheid biedt, een sleutelpositie krijgt in het nieuwe beleid. Voorts zal de nationale rechter waar het conflict voorligt een dergelijke late gang naar de Commissie als bijzonder onwelkom ervaren, zo niet als een vertragingstactiek bestempelen. In complexe gevallen ligt het daarom voor de hand dat bedrijven toch zullen kiezen voor een voorafgaande melding.

Materiële aspecten van de verordening

Marktaandeel als uitgangspunt voor nieuw beleid

Het is inmiddels algemeen geaccepteerd dat contractuele beperkingen in bijvoorbeeld distributiecontracten (*intra brand competition*) slechts nadelige gevolgen hebben voor de afnemers bij gebreke van voldoende restconcurrentie (*inter brand competition*). Met andere woorden, het macro-economisch effect van een verticale mededingingsbeperking hangt af van de marktmacht van de gebruiker. Omdat marktmacht moeilijk meetbaar is, hanteert de Commissie marktaandeel als substituuut.

Dit inzicht is al eerder tot uiting gekomen in de nieuwe *de minimis* bekendmaking.¹¹ Blijkens deze bekendmaking is de Commissie van mening dat verticale overeenkomsten waarbij het marktaandeel van alle betrokkenen niet meer is dan 10%, niet onder artikel 81 lid 1 vallen. Alleen verticale overeenkomsten die strekken tot het bepalen van verkoopprijzen of marktverdeling, blijven ook onder deze markt-aandeeldrempel verboden. Omzetcriteria, die voorheen ook een rol speelden, zijn komen te vervallen.

De verordening voegt hier nu (in artikel 3) een tweede trap aan toe door artikel 81 lid 1 voor alle verticale overeenkomsten waarbij het marktaandeel van de leverancier (dus niet: alle betrokkenen) niet meer is dan 30%, buiten toepassing te verklaren (tenzij een van de hierna te bespreken uitzonderingen geldt). Er is als hoofdregel gekozen voor het marktaandeel van de leverancier aangezien dit doorgaans indicatief is voor de marktmacht. Alleen ingeval van exclusieve leveringsverplichtingen, wordt niet het marktaandeel van de leverancier, maar het marktaandeel van de afnemer beslissend geacht voor de marktmacht. Daarbij dient bedacht te worden dat er niet veel exclusieve leveringsverplichtingen in de zin van de verordening zullen bestaan. Artikel 1 onder g definieert een exclusieve leveringsverplichting – al dan niet bedoeld – enger dan wat we tot dusverre gewend waren: hier worden thans alleen nog onder verstaan verplichtingen van een leverancier om, met het oog op een bepaald gebruik of wederverkoop, de in de overeenkomst gespecificeerde goederen of diensten '*slechts aan één afnemer binnen de Gemeenschap*' te verkopen. Waar bijvoorbeeld een fabrikant één exclusief distributiecontract (oude stijl) sluit met een afnemer in Italië en één in de Benelux, is er geen sprake van exclusieve leveringen in de zin van de verordening. Bij deze exclusieve distributiecontracten is volgens de verordening derhalve het marktaandeel van de leverancier, en niet dat van de afnemer beslissend. Overigens kan men zich afvragen of er één leverancier te vinden is die voor distributiedoeleinden bereid is een Europees wijde exclusiviteit toe te kennen aan een afnemer met een marktaandeel van minder dan 30%. Dat zal slechts voorkomen bij leveringen van componenten

die door de afnemer verder worden verwerkt.

In artikel 9 van de verordening, nader toegelicht in hoofdstuk V van de (ontwerp) richtsnoeren, staan enkele regels voor de berekening van het marktaandeel. Als hoofdregel wordt het marktaandeel van de leverancier berekend op basis van de geldelijke waarde van de verkopen op de relevante markt. Bij gebreke van gegevens omtrent de waarde van de verkopen, kan gebruik worden gemaakt van ramingen op basis van andere betrouwbare marktinformatie. Ingeval van exclusieve leveringsverplichtingen wordt het aandeel berekend op grond van de waarde van de *aankopen* door de afnemer op de relevante markt. Dat wil dus zeggen dat van een afnemer niet de marktmacht op de afzetmarkt bepalend is, maar diens *purchasing power*.

De gegevens van het voorafgaande kalenderjaar zijn bepalend. Kortdurende overschrijdingen van de 30%-drempel zullen geen gevolgen hebben.

Hoewel in het algemeen voor de berekening van de omzet van een onderneming geen rekening wordt gehouden met intra-concern transacties (vgl. artikel 10), dient voor de berekening van het marktaandeel wel rekening te worden gehouden met de goederen en diensten die ten verkoop aan geïntegreerde distributeurs worden geleverd (artikel 9 lid 2 sub b). Deze bepaling stond niet in eerdere versies van de verordening, maar al wel in de richtsnoeren. Zij is vooral van belang bij gevallen van *dual-distribution*, waarbij de fabrikant op verschillende niveaus in de distributieketen levert die ieder als een relevante markt zou kunnen worden beschouwd. Indien de

fabrikant bijvoorbeeld aan twee onafhankelijke groothandels levert en aan één geïntegreerde groothandel die goederen of diensten weer doorverkoopt op de wederverkopersmarkt, dient ook de omzet van deze geïntegreerde groothandel te worden meegerekend voor de berekening van het marktaandeel.

Toepassingsgebied

De voorgestane uitbreiding van de werkingssfeer van de vrijstelling komt vanzelfsprekend voor een groot deel tot uitdrukking in de bepaling omtrent het toepassingsgebied. Blijkens artikel 2 is de verordening van toepassing op 'verticale overeenkomsten', die zijn gedefinieerd als alle '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 en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen'. Althans, voorzover deze mededingingsbeperkingen bevatten die onder artikel 81 lid 1 vallen. Overeenkomsten die *de minimis* zijn, vallen buiten de vrijstelling.

De definitie bevat ten opzichte van de eerdere groepsvrijstellingen veel nieuwe elementen. Deze zijn veelal mogelijk gemaakt door de recente wijzigingen in de machtigingsverordening 19/65.

Zo waren de oude vrijstellingen enkel van toepassing op 'overeenkomsten', en niet tevens op 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen';

* Een machtspositie is niet alleen afhankelijk van marktaandeel, maar bijvoorbeeld ook van andere elementen die een onderneming sterk kunnen maken, de structuur van de markt, toegangsbelemmeringen, en de positie van concurrenten en afnemers. Doorgaans wordt echter aangenomen dat vanaf een marktaandeel van 40 à 50 het vermoeden van een machtspositie aanwezig is.

| Marktaandeel in procenten | Juridisch regime t.a.v. verticale restricties | Consequenties |
|----------------------------|--|--|
| > 40 à 50* | Misbruik van machtspositie (art 82 EG/24 MW) + art. 81 EG/6 Mw | Verboden zijn voorts, onder meer: <ul style="list-style-type: none"> • oneerlijke prijzen en/of handelsvoorwaarden • discriminatie; • koppelverkoop. |
| 30 - 40 | Art. 81 EG/6 Mw+; Vo. 1475/95 (motorvoertuigen en reserveonderdelen tot 30.09.2002). - Vo. 240/96 licentieovk. - evt. andere groepsvrijstellingen | Art. 81 EG/6 Mw+; Nieuw beleid verticale overeenkomsten (per 1.6.2000) <ul style="list-style-type: none"> • De vrijstellingen die gelden in geval van marktaandelen van minder dan 30% gelden niet automatisch, hetgeen niet wil zeggen dat deze nu per se verboden zijn. • Beleid van de Commissie samengevat in richtsnoeren. • De autoriteiten zullen telkens moeten aantonen dat de verticale afspraken de mededinging beperken. • Anders dan nu nog het geval is, is aanmelding van de afspraken met het verzoek om ontheffing met terugwerkende kracht mogelijk. |
| 10 - 30 | | Verboden zijn <i>alleen</i> verticale afspraken met 'hard core beperkingen' over: <ul style="list-style-type: none"> • minimum- en vaste prijzen (maximumprijzen zijn toegestaan) • marktverdeling/absolute gebiedsbescherming (selectieve distributie mag wel) • een verplichting van een afnemer om meer dan 80% van zijn jaarlijkse afnamen van een bepaald product van één leverancier af te nemen indien het contract voor lange duur is (3 tot 5 jaar of meer) NB: leveranciers van onderdelen moeten vrij zijn onderdelen ook op de onafhankelijke vervangingsmarkt te verkopen. |
| < 10 | 'de minimis'; 6 Mw | Europese Commissie zal doorgaans niet ingrijpen, maar NMa of de gewone rechter <i>kunnen</i> onderzoeken en verbieden verticale afspraken over: <ul style="list-style-type: none"> • wederverkooprijzen • absolute gebiedsbescherming |
| Niet-mededingingsbeperkend | | <ul style="list-style-type: none"> • Bijvoorbeeld: kwalitatieve selectieve distributie en het opleggen van maximumprijzen en prijsaanbevelingen |

Marktaandeel ↑

Toezicht →

12 Vgl. ook Lugard, Kanttekeningen bij het Commissievoorstel voor de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten.

13 Concurrerende ondernemingen zijn gedefinieerd in artikel 1, sub a) als daadwerkelijke of potentiële leveranciers in dezelfde productmarkt. Dit kan dus een andere productmarkt zijn dan die waar de overeenkomst op betrekking heeft.

14 Randnrs. 30 e.v.

15 Vo. 1475/95 van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, Pb. EG 1995, L 145/25. Frankrijk heeft als voorwaarde aan haar goedkeuring van de nieuwe regels voor verticale beperkingen enige toezeggingen trachten te verbinden van de Raad en de Commissie dat de garanties die Vo. 1475/95 de auto-industrie biedt niet zullen verdampen als deze verordening zal komen te vervallen. In dit kader heeft de Raad in april 1999 verklaard dat de vrijstellingsregeling voor de distributie van auto's na 2002 zal worden gekozen in overleg met de lidstaten en de belanghebbende partijen. Dat stelt juridisch niet veel voor (zie ook artikel 11 Vo. 1475/95), doch is politiek wellicht niet zonder betekenis.

16 Vo. 240/96 van 31 januari 1996 inzake de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht, Pb. EG 1996, L 31/2 (geldig tot en met 31 maart 2006).

17 Vo. 417/85 van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. EG 1985, L53/1; Pb. EG 1993, L21 en Pb. EG 1997 L 306/12.

18 Vo. 418/85 van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3 van het Verdrag op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten, Pb. EG 1985, L53/5; Pb. EG 1993, L21 en Pb. EG 1997, L 306/12.

slechts op overeenkomsten tussen *twee* ondernemingen, en niet op die waar meer ondernemingen bij betrokken waren; slechts op 'goederen', en niet tevens op 'diensten'. In tegenstelling tot vroeger, vallen nu ook overeenkomsten betreffende intermediaire producten en selectieve distributieovereenkomsten onder de vrijstelling. Dat geldt ook voor verticale overeenkomsten tussen kleinere ondernemersverenigingen en haar leden indien deze alle detailhandelaren van goederen zijn (artikel 2 lid 2).

Essentieel voor het verticale karakter van de overeenkomst is dat zij wordt gesloten tussen ondernemingen die *'met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen'* werkzaam zijn. Men denke typisch aan de fabrikant-importeur-groothandel distributieketen, maar ook aan de verticale relatie tussen bijvoorbeeld een onderdelenfabrikant en een assemblagebedrijf. Belangrijk is de clausulering *'met het oog op de toepassing van de overeenkomst'*. Deze beoogt te benadrukken dat verticale overeenkomsten tussen partijen die op enig ander gebied wel in hetzelfde stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn, ook onder de vrijstelling kunnen vallen.¹² Er is echter slechts een beperkt aantal overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen¹³ toegestaan. Alleen niet-wederkerige, verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen die aan bepaalde voorwaarden voldoen vallen onder de vrijstelling (artikel 2 lid 4).

Verticale overeenkomsten kunnen ook bepalen inzake het gebruik of de overdracht van intellectuele eigendomsrechten bevatten, zolang deze bepalingen maar niet het hoofdonderwerp van de overeenkomst vormen en noodzakelijk zijn voor en rechtstreeks verband houden met het gebruik of de wederverkoop van de geleverde producten of diensten (artikel 2 lid 3). In de richtsnoeren wordt een aantal voorbeelden genoemd van dergelijke intellectuele eigendomsrechten die nevensgeschikt zijn.¹⁴ Zo wordt een handelsmerklicentie ten behoeve van een distributeur over het algemeen noodzakelijk voor de distributie van producten of diensten geacht. Ook *'shrink wrap'*-licenties en bepaalde andere bepalingen over auteursrecht en knowhow staan de toepassing van de verordening niet in de weg.

De verordening is ten slotte niet van toepassing op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsgebied van andere groepsvrijstellingen valt (artikel 2 lid 5). Daarbij moet na 31 mei 2000 ten eerste worden gedacht aan de groepsvrijstellingen voor selectieve distributie van motorvoertuigen, die tot en met 30 september 2002 van kracht blijft¹⁵ en die voor technologieoverdracht.¹⁶ Daarnaast kunnen ook verticale elementen bestaan in overwegend horizontale overeenkomsten als vrijgesteld in de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten¹⁷ of die voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten.¹⁸ Ook die elementen worden dus niet door de verordening gedekt.

De zwarte lijst

De verordening kent niet meer de traditionele witte en grijze lijsten van toegestane, respectievelijk vrijgestelde bepalingen, doch nog enkel een zwarte lijst van vijf *hard-core* beperkingen (artikel 4). Overeenkomsten die een of meerdere van deze beperkingen bevatten, vallen in hun geheel buiten de vrijstelling. Waar mogelijk geparafraseerd, komen deze *hard core* verboden neer op overeenkomsten die direct of indirect tot doel hebben:

- a minimum- of vaste-verkooprijfsafspraken (maximum- en adviesprijzen zijn wel toegestaan);
- b beperkingen van het gebied waarin of de klanten waaraan de afnemer mag verkopen, met uitzondering van beperkingen van:
 - actieve verkoop in het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring van een ander (hetzij de leverancier zelf, hetzij een door de leverancier aangewezen derde), zolang deze beperking niet de verkoop door de klanten van de afnemer belemmert;
 - verkoop aan eindgebruikers door een groothandel;
 - verkoop aan niet-erkende distributeurs door de leden van een selectief distributiestelsel;
 - verkoop door een afnemer van componenten die voor verwerking geleverd zijn, aan klanten die de componenten zouden gebruiken om goederen te produceren die concurreren met die van de leverancier;
- c beperkingen van de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers door de op detailhandelniveau werkzame leden van een selectief distributiestelsel, zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn;
- d de beperking van onderlinge leveringen tussen distributeurs binnen een selectief distributiestelsel, ook wanneer de distributeurs op verschillende handelsniveaus werkzaam zijn;
- e de beperking, overeengekomen tussen de leverancier van componenten en een afnemer die deze componenten verwerkt, die de leverancier beperkt deze componenten als vervangingsonderdelen aan eindgebruikers of aan herstellende of andere verrichters van diensten te verkopen, aan wie de afnemer niet de reparatie of het onderhoud van zijn goederen heeft toevertrouwd.

Het eerste verbod van prijsafspraken is klassiek en zal niet de minste verwondering wekken.

In de tweede *hard-core* restrictie is naast de bekende regels inzake marktverdeling ook een nieuwe bepaling over *customer restriction* clausules ingevoegd. Het oude onderscheid tussen (niet te verbieden) passieve verkoop en ('verbiedbare') actieve verkoop blijft gehandhaafd. Opmerkelijk is dat de

19 Vgl. HvJ EG 25 oktober 1977 (Metro I, zaak 26/76), Jur. 1977, p. 1875; HvJ EG 10 juli 1980 (Lancôme, zaak 99/79), Jur. 1980, p. 2511; GvEA EG 12 december 1996 (Galec, zaak T-88/92), Jur. 1996, p. II-1961.

20 Vgl. Commissie Beschikking 10 december 1984, Pb. EG 1985, L 19/17.

21 Vgl. Commissie Beschikking 2 december 1981, Pb. EG 1982, L 161/8; HvJ EG 21 januari 1984, zaak 86/82, Jur. 1984, p. 883.

22 Vgl. Commissie Beschikking 11 januari 1991, Pb. EG 1991, L 75/57.

23 Vo. 1475/95, artikel 6 lid 1, punt 10: de fabrikant rechtstreeks of onrechtstreeks aan de vrijheid van de aanbieders van reserveonderdelen beperkingen oplegt om die producten te leveren aan wederverkopers van hun keuze, waaronder van het distributienet deelmakende ondernemingen, een en ander voorzover die onderdelen het kwaliteitsniveau van de contractproducten evenaren. Opvallend verschil met deze bepaling is dat de leverancier van de onderdelen onder de verordening dus wel kan worden verboden te leveren aan van het distributienet deelmakende ondernemingen.

24 Zie ook de (ontwerp) richtsnoeren, randnr. 56 en 57.

25 In Nederland: artikel 3:41 BW, zie HvJ EG 14 december 1983, Zaak 319/82, Jur. 1983, p. 4173.

26 Artikel 1 onder b van de verordening.

27 Artikel 1 bis en artikel 7 leden 1 en 2 Vo. 19/65.

(ontwerp) richtsnoeren daarbij aangeven dat het gebruik van internet voor verkoop of reclame als een vorm van passieve verkoop wordt beschouwd en alleen geadresseerde e-mails als actieve verkoop.

Interessant in de bepalingen b) tot en met d) is vooral de codificering van het selectieve distributierecht. Ervan uitgaande dat de zwarte lijst uitputtend is, is ook sprake van een modificering. Een 'selectief distributiestelsel' is in artikel 1 enigszins simpel gedefinieerd als een '*distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden deze goederen of -diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen*'. Een leverancier mag aldus de geselecteerde wederverkopers verplichten alleen aan eindgebruikers en andere erkende distributeurs te verkopen. Het verbod van artikel 81 lid 1 is op dergelijke selectieve distributiestelsels buiten toepassing verklaard, behoudens ingeval bepalingen zijn opgenomen die op de zwarte lijst staan. Dit betekent dat alle beperkingen in de verkoopmogelijkheden aan eindgebruikers, of leveringsmogelijkheden aan andere geselecteerde distributeurs streng verboden zijn (zwarte lijst onder c en d). Een verkoopverbod aan niet-erkende distributeurs is expliciet toegestaan (zwarte lijst onder b). Opvallend is vooral wat niet in de lijst is opgenomen. Het oude, in de jurisprudentie gevormde verbod van kwantitatieve selectiecriteria schittert door afwezigheid. Evenals de proportionaliteits- en objectiviteitseisen die werden gesteld aan de kwalitatieve selectiecriteria¹⁹. Enkel is bepaald dat de criteria moeten zijn 'vastgesteld'. De toevoeging dat deze *vooraf* dienden te worden vastgesteld, die nog in het ontwerp was te vinden, is vervallen. Inhoudelijke eisen aan de criteria zijn er derhalve niet. Grohe lijkt aldus haar kranen weer via geselecteerde distributeurs te mogen gaan verkopen²⁰, Hasselblad mag in de 'verzadigde' gebieden weer weigeren nieuwe handelaren op te nemen²¹ en Vichy kan haar *beauty-products* weer uitsluitend via de apothekers gaan leveren²².

De laatste *black clause* dient er toe de uitsluiting van de verkrijgbaarheid van vervangingsonderdelen in het vrije kanaal te voorkomen. Afnemers van componenten (in voorgaande versies sprak men van 'intermediaire producten') zijn vaak machtiger dan de fabrikanten van deze componenten en zouden hun vragersmacht – ingeval zij de enige afnemer in de EU zijn, is hun marktaandeel voor de toepassing van de verordening relevant – kunnen misbruiken door de herstelmarkt af te sluiten van iedere concurrentie. Een vergelijkbare bepaling kennen we in de groepsvrijstelling voor motorvoertuigen, waar deze uitsluiting ook een reëel gevaar is.²³

Niet vrijgestelde bepalingen

Naast de zwarte lijst is ook nog een korte lijst van

bepalingen opgenomen die niet zijn vrijgesteld (artikel 5). Deze bepalingen zijn, anders dan de bepalingen opgenomen in de zwarte lijst, volgens de richtsnoeren 'severable'.²⁴ De nietigheid van een van deze bepalingen, tast aldus niet de geldigheid van ontheffing van de overige bepalingen aan. Dat sluit echter niet uit dat de nationale rechter geen grond ziet voor gedeeltelijke nietigheid van de overeenkomst. De gevolgen van de nietigheid van een onderdeel van de overeenkomst voor alle andere onderdelen van een overeenkomst moet immers naar nationaal recht door de nationale rechter worden beoordeeld.²⁵

Verboden zijn onder meer niet-concurrentie bedingen, wanneer deze van onbepaalde duur zijn of langer dan vijf jaar gelden. De leverancier mag wel een langere termijn opleggen indien hij de afnemer ook van een verkoopprijs voorziet. Het belang van deze bepaling blijkt pas bij bestudering van de definitie. Onder een niet-concurrentiebeding valt ten eerste een verplichting van de afnemer om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen, of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten concurreren.

Ten tweede vallen daar ook onder verplichtingen van de afnemer om op de relevante markt meer dan 80% van zijn totale aankopen van de *contractgoederen of -diensten* bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken.²⁶ In het tweede geval gaat het dus alleen om de *intra-brand* mededinging.

Verder zijn *post term non-compete clauses* in uitzonderlijke gevallen tot hooguit één jaar na het sluiten van de overeenkomst toegelaten, en voor het overige verboden.

Intrekking en buitentoepassingverklaring

De machtigingsverordening 19/65 waaruit de Commissie haar bevoegdheden put groepsvrijstellingen vast te stellen, kent sinds de wijziging van juni vorig jaar drie gronden voor intrekking van een groepsvrijstelling.²⁷ Deze gronden vinden we terug in de artikelen 6, 7 en 8 van de verordening. Artikel 7 is tamelijk duidelijk en geeft, voor Nederland kort gezegd, de NMa de bevoegdheid in een individueel geval de toepassing van de verordening in te trekken indien Nederland alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont en verticale overeenkomsten hier gevolgen zouden hebben die onvermijdelijk zouden zijn met artikel 81 EG.

De artikelen 6 en 8 geven de Commissie de bevoegdheid in bepaalde gevallen de verordening buiten toepassing te verklaren. Ten eerste kan de Commissie op grond van artikel 6 in individuele gevallen waar een verticale overeenkomst gevolgen heeft die in strijd zijn met de in artikel 81 lid 3 gegeven voorwaarden, het voordeel van de verordening intrekken. Dat is echter slechts de halve waarheid. Uit artikel 7 lid 1 van de machtigingsverordening

28 Zie artikel 20 Mw op grond waarvan een ontheffing niet verder kan terugwerken dan tot de datum van ontvangst van de aanvraag om de ontheffing.

29 In Zaak 14/68 (Walt Wilhelm, Jur. XV (1969), p. 1), stelt het Hof zelfs dat artikel 81 allereerst beoogt de belemmeringen van het vrije verkeer binnen de Gemeenschap uit de weg te ruimen.

19/65, waar dit artikel 6 naar verwijst, gelezen in samenhang met de artikelen 6 en 8, Vo. 17, blijkt dat deze intrekking uitsluitend is bedoeld te geschieden in het kader van de verlening van een individuele ontheffing. Artikel 7 lid 1 van Vo. 19/65 strekt er dan toe te bepalen dat in geval een overeenkomst onder een groepsvrijstelling valt en de Commissie om wat voor reden dan ook een individuele ontheffing geschikter acht, de partijen bij die overeenkomst worden ontheven van de uit Vo. 17 voortvloeiende plicht voorafgaand te melden. De ingetrokken groepsvrijstelling zal dus moeten worden vervangen door een individuele ontheffing waaraan (strengere) voorwaarden kunnen worden verbonden. De verordening noemt als voorbeeld van een situatie waar een verticale overeenkomst gevolgen heeft die met de in artikel 81 lid 3 bedoelde voorwaarden onverenigbaar zijn, die waarbij 'de toegang tot de relevante markt of de mededinging op deze markt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers uitgevoerde, verticale beperkingen aanmerkelijk wordt beperkt'. Indien naast elkaar bestaande netwerken meer dan 50% van een relevante markt bestrijken, kan de Commissie bovendien ingevolge artikel 8 van de verordening de gegeven vrijstelling bij aparte verordening buiten toepassing verklaren. Een dergelijke verordening treedt niet eerder dan 6 maanden na haar vaststelling in werking. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan de parfums in de hogere segmenten, duurdere audioapparatuur en mogelijk na 30 september 2002, ook auto's, die voor het overgrote deel via selectieve distributie op de markt worden gebracht. Ook hier blijkt weer het belang van de marktdefinitie. Goedkopere audioapparatuur wordt doorgaans niet via selectieve distributie op de markt gebracht. Waar houdt de markt voor goedkopere audioapparatuur op en begint het exclusievere segment?

Doorwerking

De verordening werkt op grond van de artikelen 12 en 13 Mw direct door in het Nederlandse stelsel. Verticale mededingingsbeperkingen die normaliter onder artikel 81 lid 1 vallen, doch daar op grond van de verordening van zijn vrijgesteld, zijn derhalve ook automatisch vrijgesteld van de werking van artikel 6 Mw. Dit geldt ook voor overeenkomsten die door hun *de minimis* karakter of strikt nationale karakter niet onder artikel 81 lid 1 vallen, maar indien zij dat wel zouden doen, onder de verordening zouden vallen. Zij behoeven niet meer bij de D-G NMa te worden gemeld.

De doorwerking geldt evenwel niet voor de procedurele wijzigingen van Vo. 17. Verticale mededingingsbeperkingen die buiten de verordening vallen, dienen, anders dan onder het Europese recht, dus nog wel in Den Haag te worden gemeld.²⁸ Men kan dit ongewenst vinden, maar het past op zichzelf in

het huidige Nederlandse stelsel. De overige uitzonderingen op de meldingsplicht als vervat in artikel 4 lid 2 van Vo. 17, zoals die voor sommige R&D overeenkomsten, vinden we immers ook niet terug in de Mededingingswet. Bovendien is de aanpassing van Vo. 17 eerder ingegeven door een – overigens goed invoelbare – wens van de Commissie haar werklast te verlichten dan door inhoudelijke argumenten. Nu kan de NMa wel met de wolven meehuilen, maar dat alleen lijkt onvoldoende reden deze wijziging van Vo. 17 over te nemen. Verstandiger lijkt het de discussie ten aanzien van het Witboek even af te wachten. Als de Mededingingswet dan gewijzigd wordt, kan tegelijkertijd een aantal andere uitzonderingen van artikel 4 lid 2 worden meegenomen.

Er is nog een andere reden even te wachten met kopiëren van de wijzigingen in Vo. 17. Het inhoudelijke argument dat wordt gehanteerd om verticale overeenkomsten uit te zonderen van de meldingsplicht is dat het beleid van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie terzake inmiddels zo duidelijk zouden zijn dat iedere onderneming zelf geacht wordt te kunnen beoordelen of zijn verticale overeenkomst geldig is of niet. Voorafgaande toetsing door de Commissie zou overbodig zijn. Dit argument mag misschien gelden voor het beleid van de Europese instellingen, maar geldt niet noodzakelijkerwijs voor het door de NMa te voeren beleid. Daar bedoel ik niets onaardigs mee tegenover de NMa, maar deze instelling zal haar beleid nog voor een deel moeten vormen, waarbij het niet altijd blind kan varen op de door de Europese instellingen uitgezette koers. Dit betreft ook de door de Commissie in de richtsnoeren uiteengezette koers, met name die ten aanzien van de verticalen die buiten het toepassingsgebied van de verordening vallen. Dat beleid zou strenger kunnen zijn dan in Nederland nodig. In de derde paragraaf van de richtsnoeren wordt reeds gemeld dat het Europese mededingingsbeleid niet alleen is gericht op bescherming van de concurrentie, maar ook op marktintegratie.²⁹ Een gebiedsbescherming belemmert duidelijk de marktintegratie, maar niet altijd even duidelijk de mededinging. Dit geldt zeker in het kleine Nederland waar een gebiedsbescherming niet veel effect zal hebben.

Een tweede belangrijk aspect van het nieuwe beleid ten aanzien van verticalen dat niet doorwerkt in het Nederlandse stelsel betreft de eerste trap van dit nieuwe beleid als uiteengezet in de Europese *de minimis* bekendmaking van eind 1997. We blijven voorlopig dus zitten met de abnormaal lage omzetrempels van resp. 2 en 10 miljoen gulden, in plaats van de veel realistischer marktaandeeldrempels van genoemde bekendmaking.