

HOOFDSTUK 3

MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVEREENKOMSTEN

1. SITUERING

3.01. De volgende vijf hoofdstukken bevatten de mededingingsrechtelijke analyse van overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen tussen ondernemingen, en van besluiten van ondernemingsverenigingen. Dit hoofdstuk 3 bespreekt de basisartikelen, namelijk artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU. Daarna behandelen hoofdstukken 4 en 5 de horizontale overeenkomsten. De verboden horizontale overeenkomsten ('kartels') komen eerst aan bod (hoofdstuk 4). Vervolgens bespreken we de horizontale samenwerkingsovereenkomsten, bijvoorbeeld gezamenlijke aankoop of O&O-samenwerking (hoofdstuk 5). Hoofdstukken 6 en 7 maken de overstap naar de verticale overeenkomsten, waar vooral distributieovereenkomsten belangrijk zijn voor de dagelijkse praktijk (hoofdstuk 6) en waar bijzondere regels gelden voor licentie- en technologieoverdrachtovereenkomsten (hoofdstuk 7).

2. BRONNEN

A. EU

3.02. **Hard law.** Het begrip overeenkomst is niet gedefinieerd in *hard law*. Het is in de eerste plaats het voorwerp van een uitvoerige Europese beslissingspraktijk en rechtspraak. Die zijn bindend voor de BMA en de nationale rechters wanneer zij het Europees mededingingsrecht toepassen.

3.03. **Soft law.** Van belang voor de praktijk zijn de Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, de Horizontale Richtsnoeren, de Verticale Richtsnoeren, de Handleiding Doelbeperkingen, en de De Minimis Mededeling.

B. BELGIË

- 3.04. **Hard law.** Ook in het Belgisch mededingingsrecht wordt het begrip overeenkomst niet gedefinieerd en maakt het in de eerste plaats het voorwerp uit van de Belgische beslissingspraktijk en rechtspraak.
- 3.05. **Soft law.** Er is evenmin specifieke *soft law* over het begrip. De BMA en de nationale rechters citeren vaak uit de Europese *soft law*, ook voor de toepassing van het Belgisch mededingingsrecht.

3. BEGRIP 'VERBOD OP MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVEREENKOMSTEN'

A. ALGEMEEN

- 3.06. **Vertrekpunt.** De basisartikelen die van toepassing zijn op overeenkomsten en andere afspraken tussen ondernemingen zijn artikel IV.1 WER en artikel 101 VWEU. Deze bevatten zo goed als identieke bewoordingen, met dien verstande dat het eerste van toepassing is op overeenkomsten met gevolgen op de mededinging in België, het tweede op overeenkomsten met gevolgen op de handel tussen lidstaten. Elk artikel bestaat uit drie leden:⁵²

- Het eerste lid bevat een ruim verbod op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

We gebruiken de term 'mededingingsbeperkende overeenkomsten (of gedragingen)' in dit boek als een verzamelbegrip voor de drie categorieën 'overeenkomsten', 'besluiten' en 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen'.

- Het tweede lid bevat de burgerrechtelijke sanctie voor de schending van het verbod – d.i., de nietigheid van rechtswege.

⁵² Art. IV.1 WER bevat een vierde lid dat natuurlijke personen verbiedt deel te nemen aan bepaalde mededingingsbeperkende overeenkomsten. We bespreken dit verbod in hoofdstuk 11.

- Het derde lid bevat de voorwaarden om vrijgesteld te zijn van het verbod en dus te ontsnappen aan de nietigheid. Die vrijstelling kan een groeps-vrijstelling of een individuele vrijstelling zijn.

BASISBEPALINGEN OVER MEDEDINGINGSBEPERKENDE OVEREENKOMSTEN

Artikel IV.1 WER

§ 1. Zijn verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

1° het rechtstreeks of onrechtstreeks bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

2° het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;

3° het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

4° het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hen daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;

5° het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten, van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

§ 2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

§ 3. De bepalingen van paragraaf 1 zijn echter niet van toepassing op:

1° elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,

2° elk besluit of groep van besluiten van ondernemingsverenigingen, en

3° elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen,

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling van producten, die bijdragen tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, of die de kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen, waarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Artikel 101 VWEU

1. Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
- d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.

3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard

- voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
- voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
- voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen

die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

- a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
- b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

B. OVEREENKOMSTEN, ONDERLING AFGESTEMDE
FEITELIJKE GEDRAGINGEN EN BESLUITEN VAN
ONDERNEMINGSVERENIGINGEN

3.07. **Zelfstandigheidseis.** Elke onderneming heeft het recht haar beleid intelligent aan te passen aan het marktgedrag van haar concurrenten, maar alleen op voorwaarde dat zij dat zelfstandig doet. Anders gezegd, het mededingingsrecht legt een principiële zelfstandigheidseis op. Deze eis verbiedt contact tussen ondernemingen wanneer dat contact tot doel of tot gevolg heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die niet met de normale marktvoorwaarden overeenkomen.⁵³

(1) HORIZONTALE EN VERTICALE MEDEDINGINGSBEPERKENDE
OVEREENKOMSTEN

3.08. **Vaste rechtspraak.** Mededingingsbeperkende overeenkomsten kunnen volgens het Hof van Justitie sedert *Consten en Grundig*⁵⁴ zowel horizontaal als verticaal zijn:

- Horizontale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen ondernemingen die actief zijn (actuele concurrenten) of kunnen zijn (potentiële concurrenten) op hetzelfde niveau van de productie- of distributieketen. Het is echter ook denkbaar dat een horizontale overeenkomst wordt gesloten tussen niet-concurrenten. Dit is bijvoorbeeld het geval als zij beide actief zijn in de productie van dezelfde producten of het leveren van dezelfde diensten, maar verkopen in totaal verschillende geografische markten en er geen reden is om aan te nemen dat zij in elkaars markten actief zullen worden.

❖ **Stel je voor** dat een Fins en een Portugees bouwbedrijf een overeenkomst sluiten met het oog op de gezamenlijke aankoop van bepaalde bouwmaterialen. De ondernemingen komen elkaar niet tegen op de markt als concurrenten. Om redenen van afstand, taal, lokale gebruiken, reglementeringen enz. zal dit ook in de toekomst niet gebeuren. Deze overeenkomst is desondanks een horizontale overeenkomst. Zij wordt immers gesloten tussen partijen die zich op hetzelfde niveau van de productieketen bevinden. Dat is het doorslaggevende criterium.

⁵³ Bijv. HvJ 8 juli 1999, nr. C-199/92P, ECLI:EU:C:1999:358, *Hüls/Commissie*, punten 159-160.

⁵⁴ HvJ 13 juli 1966, gevoegde zaken nr. 56/64 en 58/64, ECLI:EU:C:1966:41, *Consten en Grundig/Commissie*.

- Verticale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen ondernemingen die actief zijn op een verschillend niveau van de productie- of distributieketen voor doeleinden van die overeenkomsten. Vaak zijn dit overeenkomsten tussen niet-concurrenten. Toch kunnen ook concurrenten verticale overeenkomsten sluiten. Dit is het geval wanneer minstens één van de ondernemingen actief is op meerdere niveaus van de productie- en distributieketen.
- ❖ **Stel je voor** dat een onderneming kledij produceert en die verkoopt via haar eigen winkels of online en ook via zelfstandige kledingwinkels. Dit is duale distributie. De onderneming is zowel leverancier van de zelfstandige kledijwinkels (verticale relatie) als concurrent van die winkels voor de verkoop aan eindklanten (horizontale relatie).

(2) OVEREENKOMSTEN

- 3.09. **Ruime interpretatie.** Er is een overeenkomst zodra een wilsovereenstemming bestaat tussen minstens twee ondernemingen om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen. Het volstaat dat de wilsovereenstemming het gedrag van minstens één onderneming betreft. Anders gezegd, er is al een overeenkomst als ten minste één onderneming zich tegenover één of meer andere ondernemingen verbindt tot een bepaald marktgedrag.
- 3.10. **Irrelevantie van de vorm.** Ook het begrip ‘wilsovereenstemming’ wordt ruim geïnterpreteerd. De vorm ervan is irrelevant, zolang deze maar de getrouwe uitdrukking is van de gemeenschappelijke wil van de ondernemingen om zich op een bepaalde manier te gedragen.⁵⁵
- 3.11. **Geschreven wilsovereenstemming.** Veelal blijkt de wilsovereenstemming uit een geschreven overeenkomst. Opnieuw doet de vorm er niet toe. Een niet-ondertekende gentlemen’s agreement, een intentieverklaring, een ondertekend contract, enz.; al deze geschreven documenten kunnen op getrouwe wijze de gemeenschappelijke wil van de betrokken ondernemingen uitdrukken. Dit kan zelfs zo zijn voor maatregelen die op het eerste zicht eenzijdig lijken, maar worden voorzien of toegestaan door een contract tussen de betrokken ondernemingen.⁵⁶

⁵⁵ Bijv. Ger.EU 26 oktober 2000, nr. T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, *Bayer/Commissie*, punten 67-69.

⁵⁶ HvJ 18 september 2003, nr. C-338/00P, ECLI:EU:C:2003:473, *Volkswagen/Commissie*, punt 52 e.v.

- ❖ **Stel je voor** dat een leverancier beslist slechts een bepaalde hoeveelheid producten te leveren aan zijn distributeurs, omdat de leverancier op die manier zoveel mogelijk wil vermijden dat zijn distributeurs buiten hun contractgebied verkopen. Deze beslissing kan een louter eenzijdige maatregel van de leverancier zijn, maar ook een overeenkomst. Dit laatste is het geval wanneer de leverancier en de distributeurs contractueel hebben voorzien in de mogelijkheid voor de leverancier zijn leveringen eenzijdig terug te schroeven. Die contractuele verankering maakt dat een handeling die op het eerste zicht eenzijdig lijkt toch een overeenkomst is onder het mededingingsrecht.

3.12. **Wilsovereenstemming door gedrag.** Het komt voor dat de betrokken ondernemingen hun overeenkomst niet op papier zetten. Mogelijk gaat het over een verboden overeenkomst, waarvan zij liever willen dat die geheim blijft. Dit staat de toepassing van het mededingingsrecht niet in de weg. De wilsovereenstemming kan immers ook voortvloeien uit het gedrag van de betrokken ondernemingen. De volgende voorbeelden illustreren dat het zelfs in die omstandigheden verre van evident is om het bestaan van een wilsovereenstemming te ontkennen. Het gedrag van een partij moet werkelijk unilateraal zijn om daar mededingingsrechtelijk in te slagen.

- ❖ **Stel je voor** dat een farmaceutisch bedrijf enkel wil leveren aan de groothandelaars op voorwaarde dat zij niet uitvoeren naar andere lidstaten. Aangezien het farmaceutisch bedrijf de medewerking van de groothandelaars nodig heeft om het exportverbod te implementeren, contacteert de verkoopmanager de groothandelaars met de vraag schriftelijk te bevestigen dat zij niet zullen exporteren. Een aantal doet dat via e-mail. Anderen doen dat niet, maar na het contact met de verkoopmanager exporteren zij, in tegenstelling tot vroeger, niet langer naar andere lidstaten. Door middel van hun gedrag (zonder schriftelijke bevestiging) stemmen zij in met het exportverbod. Ook dan is er een overeenkomst in de zin van het mededingingsrecht.

- ❖ **Stel je verder voor** dat hetzelfde farmaceutisch bedrijf beslist in de toekomst slechts bepaalde quota te leveren per lidstaat, zonder dat een verkoopmanager de groothandelaars contacteert met de vraag hun beleid aan te passen aan de nieuwe quota's. Na een tijd doen zij dat toch, omdat hun meervraag toch niet wordt gehonoreerd. Aangezien het farmaceutisch bedrijf de invoering van de quota's eenzijdig kan implementeren, en dat ook doet, zonder de groothandelaars uit te nodigen om in te

stemmen met die maatregel, is er een louter eenzijdige maatregel. Deze maatregel wordt niet gevat door het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten, zelfs al beperkt hij de mededinging. Mogelijk wordt hij gevat door het verbod op misbruik van een machtspositie, dat we in hoofdstuk 8 bespreken, of door het verbod op misbruik van een economische machtspositie, dat we in hoofdstuk 9 bespreken.

- 3.13. **Dit schriftelijk, dat in de realiteit.** Twee partijen kunnen een overeenkomst op papier zetten die mededingingsrechtelijk perfect aanvaardbaar is, terwijl de realiteit heel anders is, bijvoorbeeld omdat concurrenten in het geheim een kartelinbreuk begaan of een leverancier en zijn distributeurs in de praktijk de interne markt opsplitsen. Het is de economische realiteit die doorslaggevend is bij de beoordeling van een overeenkomst. Anders gezegd, een juiste mededingingsrechtelijke analyse vereist dat de schriftelijke neerslag wordt getoetst aan de economische en feitelijke realiteit en wordt gebaseerd op het totaalplaatje.
- 3.14. **Zelfs indien onder dwang.** Een overeenkomst die tot stand is gekomen onder dwang is een overeenkomst onder het mededingingsrecht.⁵⁷ Wanneer een economisch sterkere onderneming een economisch zwakkere onderneming onder druk zet om haar instemming te bekomen met een overeenkomst, doet dat niet af aan de kwalificatie ervan als overeenkomst. Wel is het zo dat die laatste onderneming vaak geen boete zal krijgen wanneer wordt vastgesteld dat die overeenkomst een inbreuk uitmaakt op de mededingingsregels. Zo beboette de Commissie na haar e-commerce sectoronderzoek in 2018 een aantal leveranciers omdat hun distributieovereenkomsten de onlineverkoop van hun producten beperkten. De betrokken distributeurs werden niet beboet, zelfs al hadden die de onlineverkoop beperkt zoals geëist door de leveranciers.⁵⁸
- 3.15. **Partijgebonden instemming.** Voor alle duidelijkheid: de instemming die nodig is om tot wilsovereenstemming te komen, is partijgebonden – d.w.z. dat zij voor elk van de betrokken partijen moet worden aangetoond. Dat één onderneming toegeeft dat er een mededingingsbeperkende overeenkomst bestaat, belet de andere ondernemingen niet het bestaan ervan te betwisten.⁵⁹

⁵⁷ Ger.EU 21 oktober 2003, nr. T-368/00, ECLI:EU:T:2003:275, *General Motors Nederland en Opel Nederland/Commissie*, punt 147.

⁵⁸ Bijv. Commissie 24 juli 2018, nr. AT.40181, *Philips*.

⁵⁹ Ger.EU 30 april 2009, nr. T-18/03, ECLI:EU:T:2009:132, *CD-Contact Data/Commissie*, punt 51.

3.16. **Irrelevantie van de uitvoering.** Het niet uitvoeren van een mededingingsbeperkende overeenkomst is niet voldoende om te concluderen dat een dergelijke overeenkomst niet bestaat.⁶⁰

(3) ONDERLING AFGESTEMDE FEITELIJKE GEDRAGINGEN

3.17. **Definitie.** Een onderling afgestemde feitelijke gedraging ('*concerted practice*') wordt gedefinieerd als een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.⁶¹ Deze definitie is eerder flou. In essentie is het een uitbreiding van het begrip overeenkomst, die de mededingingsautoriteiten toelaat parallel marktgedrag tussen ondernemingen te vatten als daarvoor geen wilsovereenstemming kan worden aangetoond.

3.18. **Irrelevantie van de vorm.** De vorm van de coördinatie die leidt tot het parallel marktgedrag is irrelevant. Wel moet die directe of indirecte coördinatie worden aangetoond door de mededingingsautoriteiten. Minstens moeten zij bewijzen dat coördinatie de enige aannemelijke verklaring is voor het parallel marktgedrag.⁶² Alleen op die manier kunnen zij aantonen dat de zelfstandigheidseis niet is nageleefd en kan een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden onderscheiden van eenzijdig marktgedrag.

❖ **Stel je voor** dat de marktleider start met het aankondigen van zijn prijsbeleid voor het komende trimester in de nieuwsbrief van de beroepsfederatie. Na verloop van tijd blijkt dat de concurrenten die aankondiging hebben afgewacht om kort daarna hun eigen prijsbeleid aan te kondigen, dat bovendien in de lijn blijkt te liggen van de marktleider. Zelfs al bestaat er geen overeenkomst tussen de betrokken ondernemingen, dan nog kan dit parallel marktgedrag als een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gevat door het mededingingsrecht.

3.19. **Complexe inbreuk.** Zeker bij langdurige inbreuken op het mededingingsrecht is het vaak onduidelijk wanneer een bepaalde gedraging een overeenkomst is, dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het Hof van

⁶⁰ Bijv. Ger.EU 13 januari 2004, nr. T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3, *JCB Service/Commissie*, punt 103.

⁶¹ Bijv. HvJ 16 december 1975, gevoegde zaken nr. 40/73 tot 48/73, 50/73, 54/73 tot 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, *Suiker Unie e.a./Commissie*, punt 26.

⁶² Bijv. HvJ 31 maart 1993, gevoegde zaken nr. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85 tot C-129/85, ECLI:EU:C:1993:120, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, punten 71-72.

Justitie heeft dit ondervangen door te stellen dat de Commissie een bepaalde gedraging niet steeds moet kwalificeren als het één of het ander, aangezien het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten in elk geval slaat op beide vormen van inbreuken. De Commissie verwijst dan ook vaak naar het bestaan van een zogenaamde ‘complexe inbreuk’.

- 3.20. **Irrelevantie van de uitvoering.** Net zoals overeenkomsten is het niet uitvoeren van een onderling afgestemde feitelijke gedraging onvoldoende om te concluderen dat de onderlinge afstemming niet heeft plaatsgevonden.

(4) BESLUITEN VAN EEN ONDERNEMINGSVERENIGING

- 3.21. **Ratio legis.** Het mededingingsrecht is tenslotte ook van toepassing op besluiten van ondernemingsverenigingen. Zo wordt voorkomen dat ondernemingen zouden ontsnappen aan de toepassing van het mededingingsrecht louter en alleen vanwege de vorm waarin zij hun marktgedrag coördineren. Ondernemingsverenigingen kunnen diverse vormen aannemen, waarvan federaties de meest voorkomende zijn.

- 3.22. **Irrelevantie van het al dan niet bindend karakter.** Naast bindende besluiten zijn ook niet-bindende aanbevelingen of adviezen van een ondernemingsvereniging besluiten in de zin van het mededingingsrecht. Dit is het geval als zij een getrouwe weergave zijn van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden overeenkomstig de aanbeveling of het advies te coördineren.⁶³

DIERENARTSENBELANGEN VOOR DE BMA⁶⁴

Het auditoraat van de BMA startte een onderzoek naar richtprijzen uitgegeven door een beroepsvereniging van dierenartsen, ‘Dierenartsenbelangen’, die op dat moment bijna 1300 leden telde. Dierenartsenbelangen publiceerde een vademecum met gedetailleerde richttarieven, naar eigen zeggen om jonge, beginnende veeartsen houvast te bieden bij het bepalen van hun tarieven.

De vraag was of het ‘richttarievenboekje’ een verboden besluit van een ondernemingsvereniging was. Volgens het auditoraat van de BMA was dit het geval omdat het richttarievenboekje volgens haar prijsharmonisatie beoogde.

⁶³ Bijv. HvJ 27 januari 1987, nr. 45/85, ECLI:EU:C:1987:34, *Verband der Sachversicherer/Commissie*, punten 26-33.

⁶⁴ BMA 15 april 2008, nr. 2008-I/O-15, *Dierenartsenbelangen*.

Het Mededingingscollege volgde het auditoraat niet. Hoewel ook het college van mening was dat het publiceren en verspreiden van richtprijzen door een vereniging een ernstige indicatie is van een inbreuk op het mededingingsrecht, was er alleen de publicatie van de richttarieven, zonder dat er sprake was van prijsaanbevelingen. De richttarieven waren ook niet vergezeld van verklaringen of uitingen die met zo'n aanbevelingen konden worden gelijkgesteld.

- 3.23. **Irrelevantie van de uitvoering.** Net zoals bij overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen is het niet uitvoeren van een besluit van een ondernemingsvereniging onvoldoende om te concluderen dat er geen dergelijk besluit is.

C. MERKBAAR BELEMMEREN VAN DE MEDEDINGING

- 3.24. **Analyse aan de hand van drie vragen.** Het verbod van artikel IV.1, § 1 WER en artikel 101, lid 1 VWEU geldt alleen voor overeenkomsten en gedragingen die de mededinging merkbaar belemmeren. Om te bepalen of dat zo is, moeten drie vragen worden beantwoord:

- Ten eerste, of er een doelbeperking of een gevolgbeperking van de mededinging is.
- Ten tweede, of aan de merkbaarheidsvereiste is voldaan.
- Ten derde, of er sprake is van overheidsdwang, van nevenrestricties of van een objectieve rechtvaardiging voor de beperkingen, zodat deze alsnog ontsnappen aan het verbod.

(1) DOELBEPERKINGEN EN GEVOLGBEPERKINGEN

- 3.25. **Alternatieve voorwaarden.** Een overeenkomst kan een mededingingsbeperkend doel of mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Dit onderscheid vloeit rechtstreeks voort uit de bewoordingen van artikel IV.1, § 1 WER en artikel 101, lid 1 VWEU (“*ertoe strekken of ten gevolge hebben*”). Het onderscheid is cruciaal voor de mededingingsrechtelijke analyse. Zodra een overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken, hoeven de gevolgen ervan op de markt niet meer te worden aangetoond. Omgekeerd is een beoordeling van de gevolgen wel vereist indien het mededingingsbeperkend doel van de overeenkomst niet kan worden aangetoond. De kwalificatie van een mededingingsbeperking als een doelbeperking leidt dus tot een gevoelige vermindering van de bewijslast voor diegene die beweert dat het verbod op

mededingingsbeperkende overeenkomsten is geschonden: hij moet alleen het bestaan van de beperking bewijzen, niet de gevolgen ervan.

- 3.26. **Impact op kans op vrijstelling.** Het onderscheid tussen doel- en gevolgbeperkingen is ook belangrijk voor de kans op het bekomen van een vrijstelling van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten. Doelbeperkingen van de mededinging kunnen in de regel niet genieten van een groepsvrijstelling en het is bovendien onwaarschijnlijk dat zij voldoen aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling.⁶⁵ Dit is anders voor gevolgbeperkingen, die in de regel wel in aanmerking komen voor een vrijstelling.

DOELBEPERKINGEN

- 3.27. **Beperking ongeacht de gevolgen.** Het is vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie dat bepaalde vormen van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de gevolgen ervan niet meer hoeven te worden onderzocht.⁶⁶ Doelbeperkingen zijn op deze manier vergelijkbaar met bepaalde strafrechtelijke inbreuken: zij zijn strafbaar ongeacht de gevolgen ervan. Het gedrag op zich volstaat om te worden veroordeeld.⁶⁷ Zo is rijden onder invloed of overdreven snelheid strafbaar, zelfs al veroorzaakt de dronken chauffeur of snelheidsduivel geen ongeval.
- 3.28. **Inhoud, doel en context.** Of er een doelbeperking is, wordt bepaald door de inhoud van de overeenkomst, de objectieve doelstellingen ervan, en de juridische en economische context waarin zij toepassing moet vinden.⁶⁸ Het zijn de objectieve doelstellingen die tellen, niet de subjectieve intenties van de ondernemingen om al dan niet de mededinging te beperken, hoewel daarmee rekening kan worden gehouden.⁶⁹

❖ **Stel je voor** dat de staalprijs gevoelig schommelt en dat de leveranciers van staalproducten door de beroepsfederatie van de belangrijke klanten worden gevraagd een gezamenlijke formule uit te werken voor het al dan niet doorrekenen van de prijsschommelingen. De beroepsfederatie meent dat er op die manier minder onrust zal zijn op de markt, wat alle

⁶⁵ Handleiding Doelbeperkingen, 4.

⁶⁶ HvJ 11 september 2014, nr. C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, *Groupement des cartes bancaires/Commissie*, punt 49.

⁶⁷ Conclusie advocaat-generaal Kokott 19 februari 2009 in zaak nr. C-8/08, *T-Mobile Netherlands e.a.*, ECLI:EU:C:2009:110, punt 47.

⁶⁸ HvJ 20 januari 2016, nr. C-373/14P, ECLI:EU:C:2016:26, *Toshiba Corporation/Commissie*, punt 27.

⁶⁹ Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, punt 22.

marktdeelnemers ten goede zal komen. De leveranciers die zo'n gezamenlijke formule zouden uitwerken en toepassen, maken zich objectief schuldig aan een prijzenkartel, zelfs al hadden zij de subjectieve bedoeling tegemoet te komen aan de bekommernis van hun belangrijkste klanten omtrent onvoorspelbare prijsschommelingen. Hun positieve intenties veranderen dus niets aan de mededingingsrechtelijke kwalificatie van het gedrag als een prijzenkartel.⁷⁰

- 3.29. **Ervaring.** Om te vermijden dat bepaalde overeenkomsten worden verboden zonder dat ooit onderzoek is verricht naar de gevolgen ervan, benadrukt het Hof van Justitie dat er slechts een doelbeperking kan zijn als er "*voldoende algemene en voortdurende ervaring*" is, op basis van het economisch onderzoek en de rechtspraak, met het schadelijke karakter van bepaalde gedragingen.⁷¹
- 3.30. **Restrictief maar niet limitatief.** Er bestaat tot op vandaag geen limitatieve lijst van doelbeperkingen. Dat het begrip 'doelbeperking' een evoluerend begrip is, blijft voer voor discussie, wegens de belangrijke gevolgen van de kwalificatie voor de betrokken ondernemingen. Een en ander maakt dat mededingingsautoriteiten en rechtbanken voorzichtig moeten handelen vooraleer zij een gedraging als een doelbeperking kwalificeren.
- 3.31. **Codificatie van bestaande doelbeperkingen.** De Handleiding Doelbeperkingen van de Commissie bevat een codificatie van de bestaande doelbeperkingen. De Handleiding Doelbeperkingen maakt een onderscheid tussen doelbeperkingen tussen concurrenten en tussen niet-concurrenten:
- Doelbeperkingen tussen concurrenten zijn (i) prijsafspraken, (ii) het verdelen van markten en klanten, (iii) productiebeperkingen, (iv) collectieve boycots, (v) aanbestedingsvervalsing, (vi) de private uitwisseling van toekomstige prijs- en hoeveelheidsintenties, en (vii) beperkingen die tot doel hebben O&O aan banden te leggen of concurrenten het recht te ontzeggen hun eigen technologie te gebruiken voor verder O&O.
 - Doelbeperkingen tussen niet-concurrenten zijn (i) verticale prijsbinding, en (ii) welbepaalde territoriale of klantgebonden verkoopbeperkingen.⁷²

⁷⁰ Zo'n feitenrelaas deed zich voor in BMA 23 februari 2016, nr. BMA-2016-I/O-04-AUD, *Industriële batterijen*.

⁷¹ Bijv. HvJ 2 april 2020, nr. C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, *Budapest Bank e.a.*, punt 79.

⁷² Handleiding Doelbeperkingen, 4.

GUESS EN ONLINE ZOEKADVERTENTIEBEPERKINGEN⁷³

Dat een doelbeperking van de mededinging een begrip is dat mee-evolveert, bijvoorbeeld met de technologische vooruitgang, wordt geïllustreerd door de beslissing van de Commissie in *Guess*. *Guess* hanteert een selectief distributiesysteem. Het verbod zijn erkende distributeurs deel te nemen aan advertentievelingen voor de namen en handelsmerken van *Guess*, voornamelijk via Google Ads.

Volgens de Commissie is dit een doelbeperking: *Guess* had niet tot doel haar merknaam te beschermen, wat een wettig oogmerk zou zijn geweest. Eerder wou het de onlineverkoop van zijn distributeurs beperken, door hen te verhinderen klanten te vinden via het internet, in het bijzonder buiten hun contractgebied. Het betrof dus een verboden klanten- of gebiedsbeperking.

GEVOLGBEPERKINGEN

- 3.32. **Daadwerkelijk of potentieel negatieve gevolgen.** De gevolgbeperkingen vormen de restcategorie. Hiertoe behoort iedere beperking die niet als een doelbeperking wordt gekwalificeerd. Een gevolgbeperking is een beperking die met een voldoende mate van waarschijnlijkheid negatieve gevolgen zal hebben voor de prijzen, productie, innovatie of de variëteit of kwaliteit van goederen of diensten.⁷⁴ Voorbeelden van gevolgbeperkingen zijn het opleggen van maximum wederverkooprijzen, prijsaanbevelingen, locatieclausules en niet-concurrentiebedingen in distributieovereenkomsten.

(2) MERKBAARHEIDSVEREIESTE

- 3.33. Het is vaststaande rechtspraak dat de mededinging *merkbaar* belemmerd moet worden vooraleer het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten van toepassing is. Artikel IV.1, § 1 WER bevestigt dit uitdrukkelijk, nu het toepasselijk is op overeenkomsten die ertoe strekken of tot gevolg hebben “*dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst*”.

DOELBEPERKINGEN

- 3.34. **Inherente merkbaarheid.** In de zaak *Expedia* besliste het Hof van Justitie dat doelbeperkingen die de handel tussen lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden, naar hun aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare

⁷³ Commissie 17 december 2018, nr. AT.40428, *Guess*.

⁷⁴ Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, punt 24.

bepijking van de mededinging vormen.⁷⁵ Als gevolg van dit arrest zijn doelbepijkingen onder het Europees mededingingsrecht inherent merkbaar mededingingsbepijkend: het verbod is van toepassing zodra de doelbepijking de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloedt.

- ❖ **Stel je voor** dat een leverancier zijn producten in de Benelux verdeelt via een selectief distributiesysteem, waarvan kan worden aangenomen dat het de handel tussen de Benelux lidstaten merkbaar beïnvloedt. Verbiedt die leverancier gedurende één week zijn erkende wederverkopers te verkopen om het even waar in de EU – d.i., een doelbepijking van de mededinging in het kader van selectieve distributie – dan is er een merkbare bepijking van de mededinging, ongeacht de korte duur van het verbod.

GEVOLGBEPERKINGEN

- 3.35. **Geen inherente merkbaarheid.** Voor gevolgbepijkingen geldt nog steeds een aparte merkbaarheidstest. De merkbaarheidstest gebeurt ofwel aan de hand van de De Minimis Mededeling, ofwel aan de hand van een geval per geval beoordeling.
- 3.36. **De minimis.** De De Minimis Mededeling koppelt de merkbaarheidstest aan de marktaandeelen van de betrokken ondernemingen. Een gevolgbepijking, die dus de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloedt, vormt volgens de Commissie geen merkbare bepijking van de mededinging en wordt dus niet gevat door het verbod op mededingingsbepijkende overeenkomsten:

(a) indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 10%, voor zover de overeenkomst is gesloten tussen ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op één of meer van deze markten (overeenkomsten tussen concurrenten), of

(b) indien het marktaandeel van elk van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 15%, voor zover de overeenkomst is gesloten tussen ondernemingen die geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op één of meer van deze markten (overeenkomsten tussen niet-concurrenten).

⁷⁵ HvJ 13 december 2012, nr. C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, *Expedia*, punten 37-38.

Het betreft dus een gezamenlijk marktaandeel voor overeenkomsten tussen concurrenten (samen niet meer dan 10%), en een afzonderlijk marktaandeel voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten (elk niet meer dan 15%). Indien moeilijk vast te stellen is of het om concurrenten of niet-concurrenten gaat, bijvoorbeeld bij duale distributie, geldt de limiet van 10%.

De De Minimis Mededeling verwijst naar “*de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is*”. Deze formulering geeft aan dat mogelijk moet worden gekeken naar meerdere markten. Zo is bijvoorbeeld bij een distributieovereenkomst de leverancier actief op de groothandelsmarkt en de distributeurs op de kleinhandelsmarkt. Op elk van deze markten moet het marktaandeel van de betrokken ondernemingen worden nagegaan om te bepalen of hun overeenkomst in aanmerking komt voor de *de minimis*-regeling.

- 3.37. **Cumulatieve marktafsluitingseffecten.** Op markten zoals deze van de levering van bier aan de horeca⁷⁶ of van brandstof aan tankstations⁷⁷ zijn de overeenkomsten die worden gesloten tussen de leveranciers en de distributeurs doorgaans gelijklopend en bevatten vergelijkbare mededingingsbeperkingen (bijvoorbeeld, niet-concurrentiebedingen). De mededinging op die markten kan op die manier worden beperkt door zogenaamde ‘cumulatieve marktafsluitingseffecten’. Dit is met name het geval als 30% of meer van de relevante markt wordt bestreken door zo’n parallelle netwerken van overeenkomsten. De *de minimis*-marktaandeeelimieten worden voor dit soort markten verlaagd tot 5%, zowel voor overeenkomsten tussen concurrenten als tussen niet-concurrenten.
- 3.38. **De *de minimis* in België.** De BMA heeft geen vergelijkbare mededeling als de De Minimis Mededeling aangenomen, maar de BMA en de Belgische rechters gebruiken deze mededeling als leidraad om te beslissen of een praktijk de mededinging in België merkbaar belemmert.
- 3.39. **Geval per geval beoordeling.** Buiten de De Minimis Mededeling moet een geval per geval beoordeling uitmaken of een mededingingsbeperkende overeenkomst de mededinging merkbaar beperkt. Een dergelijke beoordeling vereist een analyse van de economische en juridische context waarin de overeenkomst geldt en van de bijzonderheden van de betrokken markt.⁷⁸

⁷⁶ HvJ 28 februari 1991, nr. C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, *Delimitis*.

⁷⁷ HvJ 4 december 2014, nr. C-384/13, ECLI:EU:C:2014:2425, *Estación de Servicio Pozuelo 4*.

⁷⁸ HvJ 26 november 2015, nr. C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, *Maxima Latvija*, punt 29.

HEINEKEN EN ONVOLDOENDE MERKBAARHEID⁷⁹

Heineken verleende financiële steun aan horecazaken in ruil voor exclusiviteit voor de levering van tapbier. Op voorwaarde dat de lening werd terugbetaald, kon het horecabedrijf het biercontract op elk moment beëindigen, terwijl voor Heineken een opzegtermijn van twee maanden gold. De leningsovereenkomst zelf kon ook worden stopgezet met een opzegtermijn van twee maanden, zonder financiële sanctie.

Ondanks een marktaandeel tussen de 50 en 60% voor tapbier besloot de Nederlandse mededingingsautoriteit dat de biercontracten van Heineken de mededinging niet merkbaar beperkten. Zij werkten niet markt afschermend gezien de aard van de exclusiviteit: horecazaken met een exclusiviteitsovereenkomst met Heineken stonden op elk moment open voor concurrentie van concurrerende brouwerijen. Omgekeerd was dat niet het geval: de horecazaken die samenwerkten met de concurrenten van Heineken stonden niet op elk moment open voor concurrentie van Heineken. De concurrenten genoten (omwille van hun beperkt marktaandeel) immers van een groepsvrijstelling. Daardoor konden zij een hernieuwbaar niet-concurrentiebeding aangaan voor een periode van vijf jaar, zonder het risico op een overstap naar Heineken of andere brouwerijen.

(3) DRIE 'ONTSNAPPINGSROUTES'

- 3.40. Een merkbare mededingingsbeperking kan alsnog ontsnappen aan het verbod als een ontsnappingsroute van toepassing is. De beschikbare ontsnappingsroutes zijn overheidsdwang, nevenrestricties of het bestaan van een objectieve rechtvaardiging voor de beperking.

OVERHEIDSDWANG

- 3.41. **Gedwongen gedrag.** Overheidsdwang kan worden ingeroepen indien de overheid de betrokken ondernemingen verplicht tot mededingingsbeperkend gedrag.⁸⁰ Men spreekt ook van de '*state action defence*' of de '*state compulsion defence*': ondernemingen kunnen zich verdedigen tegen een beschuldiging van mededingingsbeperkend gedrag doordat zij tot dat gedrag worden verplicht door de overheid.
- 3.42. **Geen louter aangemoedigd gedrag.** Overheidsdwang impliceert dat ondernemingen daadwerkelijk de mogelijkheid wordt ontnomen hun gedrag onafhankelijk te bepalen. Als een industriector een gedragscode aanneemt op initiatief van de overheid, of indien de overheid ondernemingen aanmoedigt

⁷⁹ ACM (NL) 28 mei 2002, nr. 2036/91, *Heineken*.

⁸⁰ HvJ 14 oktober 2010, nr. C-280/08P, ECLI:EU:C:2010:603, *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 80.

tot zelfregulering (bijvoorbeeld, via ‘*best industry practices*’), zelfs met aandrang, is er geen overheidsdwang. Door de overheid gewenst of aangemoedigd gedrag is geen gedwongen gedrag.⁸¹

- 3.43. **Vaak slechts tijdelijk.** De ontsnappingsroute van de overheidsdwang is slechts van toepassing zo lang de relevante wetgeving van toepassing is. Dit is veelal maar tijdelijk. Als het Europees mededingingsrecht van toepassing is, begaat de betrokken lidstaat immers een inbreuk op zijn verdragsverplichtingen door mededingingsbeperkend gedrag voor te schrijven (zie nr. 10.03). Elke nationale mededingingsautoriteit of rechter moet die wetgeving buiten toepassing verklaren in een voorliggende zaak. We bespreken de verplichtingen van de lidstaten onder het Europees mededingingsrecht in hoofdstuk 10.

LUCIFERS EN OVERHEIDSDWANG⁸²

Italiaanse wetgeving die dateerde van 1923 voorzag in de oprichting van een consortium van luciferproducenten – d.i., het ‘*Consorzio Industrie Fiammiferi*’ (‘CIF’). De wetgeving verleende in essentie een monopolie aan het CIF voor de productie en verkoop van lucifers in Italië en de bevoegdheid quota tussen de bij haar aangesloten ondernemingen te verdelen.

Na een klacht besloot de Italiaanse mededingingsautoriteit dat het CIF en de aangesloten ondernemingen de mededingingsregels hadden geschonden door de verdeling van productiequota. Het CIF stelde beroep in en de zaak werd verwezen naar het Hof van Justitie met prejudiciële vragen over de relatie tussen de Italiaanse wetgeving, het mededingingsrecht en eventuele sancties voor de aangesloten ondernemingen.

Het Hof antwoordde dat moet worden bepaald of de nationale wetgeving al dan niet de mogelijkheid uitsloot van mededinging die nog zou kunnen worden belemmerd door autonome gedragingen van ondernemingen. Ondernemingen kunnen niet worden gesanctioneerd voor een door de wet voorgeschreven gedraging, wel voor gedragingen waarvoor de wet hen manoeuvreerruimte laat en ook voor gedragingen die zich voordoen nadat de betrokken wetgeving buiten toepassing is verklaard. In het geval van CIF was er volgens het Hof wel degelijk ruimte voor de luciferfabrikanten om de mededinging te vervalsen. Alleen de detailhandelprijs van de lucifers werd wettelijk vastgelegd, maar niet de verdeling van de productie.

⁸¹ Horizontale Richtsnoeren, punt 22.

⁸² HvJ 9 september 2003, nr. C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, *CIF*. Voor een voorbeeld in België, zie BMA 27 augustus 2013, nr. 2013-1/O-20, *BSE testen* (zie nr. 4.59).

NEVENRESTRICTIES

- 3.44. **Niet-mededingingsbeperkende hoofdtransactie.** Indien een hoofdtransactie niet-mededingingsbeperkend is, kunnen individuele mededingingsbeperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de hoofdtransactie buiten het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten vallen. 'Rechtstreeks verband houden met' betekent dat de beperking ondergeschikt moet zijn aan de verwezenlijking van de hoofdtransactie en er onlosmakelijk mee verbonden is; 'noodzakelijk' betekent dat zij objectief noodzakelijk moet zijn voor de verwezenlijking van de hoofdtransactie, en daaraan evenredig moet zijn.⁸³
- 3.45. **Horizontale nevenrestricties.** De mededingingsrechtelijke beoordeling van horizontale nevenrestricties is uitgewerkt in de Mededeling Nevenrestricties.
- ❖ **Stel je voor** dat twee ondernemingen een joint venture willen oprichten om een pretpark te bouwen in Durbuy. Wegens de zware investeringen is het een absolute voorwaarde voor beide dat geen van hen concurrerende attracties zullen uitbaten in en rond Durbuy. De hoofdtransactie (de oprichting van een pretpark in Durbuy) is niet noodzakelijk mededingingsbeperkend. Mogelijk kunnen de ondernemingen elk afzonderlijk het project niet financieren of hebben zij niet de nodige kennis ervoor in huis. Het niet-concurrentiebeding is in dit geval een toegelaten nevenrestrictie, die rechtstreeks verband houdt met de op te richten joint venture en daartoe noodzakelijk is, omdat de ondernemingen de joint venture niet zonder het niet-concurrentiebeding zouden aangaan en op voorwaarde dat het beding beperkt is tot de producten (het pretpark) en het gebied (regio Durbuy) die onder de joint venture vallen.
- 3.46. **Verticale nevenrestricties.** Voor de beoordeling van verticale nevenrestricties verwijzen de Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren naar het arrest *Pronuptia*⁸⁴, dat tot op heden nog steeds een toonaangevende zaak is voor de toepassing van de leer van de nevenrestricties in het kader van verticale overeenkomsten. In *Pronuptia* betrof het franchiseovereenkomsten. Voorbeelden van verticale nevenrestricties in het kader van zo'n overeenkomsten zijn volgens het arrest de verplichting van de franchisenemer geen bedrijfsactiviteiten

⁸³ Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, punt 29.

⁸⁴ HvJ 28 januari 1986, nr. 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, *Pronuptia*; zie ook nr. 6.28.

uit te oefenen die concurreren met de franchise, of de verplichting geheime knowhow van de franchisegever niet aan derden bekend te maken.

OBJECTIEVE RECHTVAARDIGING

3.47. **Objectieve noodzaak wegens aard van product.** Soms is een beperking van de mededinging objectief noodzakelijk om redenen die los staan van de betrokken ondernemingen en verband houden met de aard van het product. Het gaat bijvoorbeeld om gezondheids- en veiligheidsoverwegingen. Beperkingen van de mededinging die daarmee verband houden, kunnen objectief gerechtvaardigd zijn (en buiten het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten vallen) indien zij evenredig zijn aan de noodzakelijkheid die zich stelt.

❖ **Stel je voor** dat een onderneming actief is in de verkoop van geweren die gebruikt kunnen worden voor de jacht. Om evidente veiligheidsredenen verbiedt de producent van de geweren dat zij verkocht worden aan minderjarigen. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is dit een klantenbeperking die de mededinging beperkt. Het verbod is echter ingegeven door de aard van het product en op die basis objectief gerechtvaardigd. De klantenbeperking zal om die reden ontsnappen aan het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten.

❖ **Stel je verder voor** dat een onderneming wil dat haar cosmetica en lichaamsverzorgingsproducten alleen worden verkocht in een fysieke ruimte in aanwezigheid van een apotheker. Dit sluit elke vorm van verkoop via het internet uit. De onderneming wil inderdaad dat iedere koper persoonlijk advies van een apotheker kan krijgen. Op die manier wil de onderneming het prestigieuze imago van haar producten in stand houden. Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest in *Pierre Fabre* beslist dat deze doelstelling (instandhouding van het prestigieuze imago) geen objectieve rechtvaardiging is om elke vorm van verkoop van het internet uit te sluiten. Zo'n totaalverbod, hoewel gekoppeld aan de aard van het product, is onevenredig aan het nagestreefde doel.⁸⁵

⁸⁵ HvJ 13 oktober 2011, nr. C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*.

4. NIETIGHEID

- 3.48. **Van rechtswege nietigheid.** Artikel IV.1, § 2 WER en artikel 101, lid 2 VWEU bevatten de burgerrechtelijke sanctie voor de overtreding van het verbod op mededingingsbepenkende overeenkomsten, namelijk de van rechtswege nietigheid van die overeenkomsten. Er is dus geen voorafgaande beslissing van een mededingingsautoriteit of rechter nodig om de nietigheid vast te stellen. Het mededingingsrecht is immers van economische openbare orde. Ondernemingen mogen er niet van afwijken.⁸⁶
- 3.49. **Gevolgen vooral volgens nationaal recht.** De nietigheidssanctie van artikel 101, lid 2 VWEU treft alleen die bepalingen van de overeenkomst die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 1 VWEU. Alleen als die bepalingen onlosmakelijk zijn verbonden met de rest van de overeenkomst treft de nietigheid de volledige overeenkomst.⁸⁷ In alle andere gevallen worden de gevolgen voor rest van de overeenkomst, en voor de commerciële verrichtingen die op basis van de overeenkomst hebben plaatsgevonden, niet beheerst door het Europees recht, maar door het nationaal recht.⁸⁸ Dezelfde principes zijn van toepassing op de nietigheid volgens artikel IV.1, § 2 WER.
- 3.50. **Matigingsbevoegdheid.** Het Hof van Cassatie heeft de matigingsbevoegdheid van de Belgische rechter voor de nietigheidssanctie erkend, meer bepaald als volgt:⁸⁹

Indien een overeenkomst of een beding strijdig is met een bepaling van openbare orde en bijgevolg nietig is, kan de rechter indien een partiële nietigheid mogelijk is, de nietigheid, behoudens de wet zulks verbiedt, beperken tot het met deze bepaling strijdig gedeelte van de overeenkomst of beding op voorwaarde dat het voortbestaan van de gedeeltelijk vernietigde overeenkomst of beding beantwoordt aan de partijbedoeling.

Deze cassatierechtspraak is in het bijzonder relevant voor de matiging van niet-concurrentiebedingen. Als een niet-concurrentiebeding strijdt met het verbod op mededingingsbepenkende overeenkomsten, heeft de Belgische

⁸⁶ HvJ 1 juni 1999, nr. C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, *Eco Swiss*, punt 39.

⁸⁷ HvJ 30 juni 1966 nr. 56/65, ECLI:EU:C:1966:38, *Société Technique Minière*, 415.

⁸⁸ HvJ 14 december 1983, nr. 319/82, ECLI:EU:C:1983:374, *Société de vente de ciments*, punt 11.

⁸⁹ Cass. 23 januari 2015, nr. C.13.0579.N, *Renson Sunprotection-Screens en L.R./L en K Projects en Sunprotex*, DAOR 2015, afl. 115, 18.

rechter het recht het niet-concurrentiebeding te matigen tot het volgens hem in overeenstemming is met het mededingingsrecht.

- 3.51. **Deelbaarheidsclausule.** Gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie is het nuttig dat de betrokken ondernemingen een deelbaarheidsclausule opnemen in hun overeenkomsten. Door middel van zo'n clausule geven zij hun uitdrukkelijke wil te kennen dat de nietige bestanddelen niet de nietigheid van de overige bestanddelen van de overeenkomst met zich meebrengen.⁹⁰

5. VRIJSTELLING

- 3.52. **Wettelijke uitzondering.** Artikel IV.1, § 3 WER en artikel 101, lid 3 VWEU bevatten de mogelijkheid van vrijstelling van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten. De vrijstelling kan een groepsvrijstelling of een individuele vrijstelling zijn. Geniet een mededingingsbeperkende overeenkomst van een vrijstelling, dan is zij geldig en afdwingbaar van zodra zij wordt aangegaan. Hiervoor is geen voorafgaande goedkeuring nodig van een mededingingsautoriteit of rechter. Het betreft dan een wettelijke uitzondering op het verbod.⁹¹

A. GROEPSVRIJSTELLING

- 3.53. **Veilige haven.** Groepsvrijstellingen stellen bepaalde categorieën mededingingsbeperkende overeenkomsten automatisch vrij van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten. Zij bieden op die manier een 'veilige haven' voor de betrokken overeenkomsten.⁹²
- 3.54. **Groepsvrijstellingen in de EU.** Het is de Commissie die de bevoegdheid heeft bij verordening groepsvrijstellingen aan te nemen voor bepaalde categorieën mededingingsbeperkende overeenkomsten.⁹³ We hebben in hoofdstuk 1 een algemeen overzicht gegeven van de bestaande Europese groepsvrijstellingen (zie nr. 1.36). We bespreken deze in hoofdstukken 5 tot en met 7.

⁹⁰ Meer weten over de burgerrechtelijke sanctie van de nietigheid? Zie hoofdstuk 12.

⁹¹ Art. 1, lid 2 Verordening 1/2003.

⁹² Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, punt 24.

⁹³ Verordening (EEG) nr. 19/65 van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.* 6 maart 1965, 533, zoals gewijzigd.

- 3.55. **Groepsvrijstellingen in België.** Artikel IV.5 WER voorziet in het aannemen bij koninklijk besluit van Belgische groepsvrijstellingen. Momenteel zijn er nog geen Belgische groepsvrijstellingen aangenomen.
- 3.56. **Doorwerking van Europese groepsvrijstellingen in België.** De reden waarom er geen Belgische groepsvrijstellingen zijn, is omdat de Europese groepsvrijstellingen van toepassing zijn in België, zelfs als er geen merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is. Anders gezegd, de Belgische wetgever heeft ervoor gekozen de Europese groepsvrijstellingen van toepassing te maken op overeenkomsten waarop strikt gezien enkel het Belgisch mededingingsrecht van toepassing is.

B. INDIVIDUELE VRIJSTELLING

- 3.57. **In theorie mogelijk voor alle mededingingsbeperkende overeenkomsten.** Er zijn meerdere redenen waarom een mededingingsbeperkende overeenkomst niet in aanmerking komt voor de veilige haven van een groepsvrijstelling. Er kan geen groepsvrijstelling voorhanden zijn (dit is bijvoorbeeld het geval voor gezamenlijke inkoop of voor zuivere merklicenties), de marktaandeelen van de betrokken ondernemingen kunnen de marktaandeellimiet van de groepsvrijstelling overschrijden, er kan sprake zijn van hardcorebepeningen van de mededinging, enz. Mededingingsbeperkende overeenkomsten die niet genieten van een groepsvrijstelling komen in aanmerking voor een individuele vrijstelling. Geen enkele mededingingsbeperkende overeenkomst is per definitie uitgesloten van een individuele vrijstelling.⁹⁴
- 3.58. **Bewijslast.** Artikel IV.1, § 3 WER en artikel 101, lid 3 VWEU bevatten vier voorwaarden die moeten voldaan zijn om van een individuele vrijstelling te genieten. De bewijslast voor het vervullen van die voorwaarden ligt bij diegene die zich op een individuele vrijstelling wil beroepen.⁹⁵
- 3.59. **Bewijsstandaard.** De betrokken ondernemingen moeten in essentie kunnen aantonen dat hun mededingingsbeperkende overeenkomsten objectieve economische voordelen opleveren (vaak wordt het begrip 'efficiënties' gebruikt) die opwegen tegen de negatieve gevolgen ervan. Als leidraad bij

⁹⁴ Ger.EU 15 juli 1994, nr. T-17/93, ECLI:EU:T:1994:89, *Matra Hachette/Commissie*, punt 85.

⁹⁵ Art. 2 Verordening 1/2003.

hun zelfbeoordeling zijn er de Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren en de meer specifieke richtsnoeren van de Commissie, zijnde:

- voor horizontale overeenkomsten: de Horizontale Richtsnoeren;
- voor verticale overeenkomsten: de Verticale Richtsnoeren, de Aanvullende Richtsnoeren en de Richtsnoeren Technologieoverdracht.

Het is eerder onwaarschijnlijk dat een doelbeperking van de mededinging kan genieten van een individuele vrijstelling.⁹⁶ Voor die beperkingen geldt een dubbel negatief gevolg: zij genieten niet van de veilige haven van een groepsvrijstelling en zij worden vermoed niet in aanmerking te komen voor een individuele vrijstelling. Het gaat echter steeds om een weerlegbaar vermoeden. Zo komt bijvoorbeeld verticale prijsbinding in bepaalde gevallen wel in aanmerking voor een individuele vrijstelling.⁹⁷

- 3.60. **Beoordeling van de voorwaarden.** De vier voorwaarden zijn cumulatief en exhaustief. Zij moeten alle vier vervuld zijn. Wanneer en zolang dat het geval is, geldt de wettelijke uitzondering. Deze kan niet afhankelijk worden gesteld van enige andere voorwaarde. Een uitvoerige bespreking van elk van de vier voorwaarden is te vinden in de Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, waarvan de voornaamste punten hierna kort worden aangestipt.
- 3.61. **Eerste voorwaarde.** De eerste voorwaarde is dat de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling (d.i., de distributie) of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Deze voorwaarde houdt een analyse in van de objectieve voordelen die de overeenkomst oplevert en het belang van dergelijke efficiëntiewinsten.⁹⁸ Efficiëntieverbeteringen kunnen zowel bestaan uit kostenverbeteringen als uit kwalitatieve efficiëntieverbeteringen (bijvoorbeeld, nieuwe of verbeterde producten of een ruimer productaanbod).
- 3.62. **Tweede voorwaarde.** De tweede voorwaarde – een billijk aandeel komt de gebruikers ten goede – is vervuld wanneer de efficiëntieverbeteringen opwegen tegen de verwachte negatieve gevolgen op de prijzen, de output of andere relevante factoren. Het betreft overigens een neutraliteitsvoor-

⁹⁶ Artikel 101, lid 3 Richtsnoeren, punt 46; Verticale Richtsnoeren, punt 96.

⁹⁷ Verticale Richtsnoeren, punten 223 en 225.

⁹⁸ Art. IV.1, § 3 WER voegt hieraan toe dat de overeenkomst kan bijdragen KMO's de mogelijkheid te bieden hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen. Deze voorwaarde heeft weinig praktisch nut gehad.

waarde: de beperkingen moeten minstens neutraal zijn voor de gebruikers, die niet slechter af mogen zijn dan voorheen.

- 3.63. **Derde voorwaarde.** De moeilijkste voorwaarde is de onmisbaarheidsvoorwaarde. Deze geldt zowel op het niveau van de overeenkomst zelf, als op het niveau van de individuele mededingingsbeperkingen die uit de overeenkomst voortvloeien. Daarbij eisen de mededingingsautoriteiten dat de ondernemingen aantonen dat minder beperkende alternatieven aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn. Hoe restrictiever de beperking, des te strikter het onderzoek op basis van de derde voorwaarde. Het is deze derde voorwaarde die doelbeperkingen van de mededinging in de regel uitsluit van een individuele vrijstelling.
- 3.64. **Vierde voorwaarde.** De vierde voorwaarde is dat de overeenkomst de ondernemingen niet de mogelijkheid mag geven de mededinging uit te schakelen voor een wezenlijk deel van de betrokken producten. Er moet voldoende rivaliteit tussen ondernemingen aanwezig blijven opdat zij zouden blijven streven naar efficiëntieverbeteringen en de doorgifte ervan aan de gebruikers. De vierde voorwaarde is om die reden niet vervuld als de overeenkomst de mededinging in één van haar belangrijkste uitdrukkingvormen uitschakelt, bijvoorbeeld wanneer een overeenkomst de prijsconcurrentie uitschakelt of de concurrentie op het vlak van de innovatie en de ontwikkeling van nieuwe producten. Bovendien vereist een consistente toepassing van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten en dat op het misbruik van een machtspositie dat een individuele vrijstelling uitgesloten is wanneer de afspraak een misbruik van een machtspositie uitmaakt.

WEG MET DE PLOFKIP; HIER IS DE KIP VAN MORGEN! OF TOCH NIET?⁹⁹

Meer en meer stelt zich de vraag naar de rol van duurzaamheidscriteria bij het bekomen van een individuele vrijstelling. Zo ook reeds in 2014 bij 'De Kip van Morgen'. Dit was een duurzaamheidsafpraak tussen producenten en detailhandelaren om de reguliere kip (de 'plofkip') in het basisassortiment van de supermarkten in Nederland vanaf 2020 te vervangen door de meer duurzame 'Kip van Morgen'. Deze kip is een kip met een tragere groeisnelheid, betere behuizing, duurzamere voeding, minder antibioticagebruik, enz. De supermarkten die wilden deelnemen aan de duurzaamheidsafpraak verkochten circa 95% van alle aan consumenten verkochte kippen in Nederland. Door de afspraak zouden deze consumenten vanaf 2020 dus niet langer

⁹⁹ ACM (NL), *Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken 'De Kip van Morgen'*, ACM/DM/2014/206028, 26 januari 2015.

plofkip kunnen kopen in de supermarkt, maar enkel 'Kip van Morgen' of beter. De duurzaamheidsafspraken beperkte zodoende de mededinging op de markt voor de verkoop van kippenvlees in Nederland.

De Nederlandse mededingingsautoriteit (ACM) onderzocht of de afspraak in aanmerking kwam voor een individuele vrijstelling.

Ondanks de goedbedoelde duurzaamheidsintenties besliste de ACM dat geen van de vier voorwaarden voor het bekomen van een vrijstelling was vervuld. Een economische studie toonde aan dat de bereidheid van de consument om meer te betalen voor de dierenwelzijnsmaatregelen van de Kip van Morgen (0,82 euro per kilo kipfilet) kleiner was dan de extra kosten per kilo kipfilet (1,46 euro), zodat er netto geen voordelen waren voor de consument. Daarmee werd niet voldaan aan de eerste twee voorwaarden. Ook bij de derde en vierde voorwaarde had de ACM ernstige vragen: mogelijk was niet voldaan aan de onmisbaarheidsvoorwaarde, omdat de dynamiek van de markt zo was dat de deelnemende supermarkten zich mogelijk onafhankelijk van elkaar zouden willen positioneren als 'first mover'. Bovendien werd de concurrentie van de verkoop van reguliere kip zo goed als volledig uitgeschakeld wegens het hoge marktaandeel van de deelnemende supermarkten.

- 3.65. **Noodzaak van herhaalde toetsing.** De voorwaarden moeten niet alleen voldaan zijn bij het aangaan van de overeenkomst. Voor elk van de vier voorwaarden bestaat het risico dat, als gevolg van marktontwikkelingen, de uitkomst van de analyse bijgesteld moet worden lopende de overeenkomst. Om die reden raden we doorgaans aan de beoordeling periodiek, bijvoorbeeld om de twee of drie jaar, opnieuw te valideren.