

## Verticale overeenkomsten: een Europese facelift

Frank Wijckmans<sup>1</sup>

<b>A. Inleiding</b> .....	595
<b>B. Doel van de bijdrage</b> .....	596
<b>C. Praktisch stappenplan</b> .....	596
<b>Overzicht</b> .....	596
<b>Stap 1. Verticale overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer ondernemingen voor de koop, verkoop of doorverkoop van goederen of diensten</b> .....	597
1. Het ondernemingsbegrip .....	597
2. Twee of meer ondernemingen .....	597
3. Overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging .....	598
4. Verticaal karakter .....	598
5. Koop, verkoop of doorverkoop van producten en diensten .....	598
<b>Stap 2. Verticale beperkingen</b> .....	599
<b>Stap 3. Marktaandeellimiet</b> .....	600
<b>Stap 4. Toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond</b> .....	600
1. Onderlinge relatie tussen de partijen .....	601
2. Intellectuele eigendomsrechten .....	601
3. Andere groepsvrijstellingen .....	601
<b>Stap 5. Hardekernbeperkingen</b> .....	602
1. Verticale prijsbinding .....	603
2. Territoriale beperkingen .....	603
3. Klantenbeperkingen .....	604
4. Verkopen via internet .....	605
5. Componenten en reserveonderdelen .....	605
<b>Stap 6. Niet-concurrentieverplichtingen</b> .....	606
1. Niet-concurrentieverplichtingen tijdens de duurtijd van de verticale overeenkomst .....	606
2. Niet-concurrentieverplichtingen na de beëindiging van de verticale overeenkomst .....	606
3. Boycot in het kader van selectieve distributie .....	607
<b>D. Wat als verordening 330/2010 niet van toepassing is?</b> .....	607
<b>E. Besluit</b> .....	607

### SAMENVATTING

In het Europees mededingingsrecht vormen groepsvrijstellingen een handig middel om ervoor te zorgen dat overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen kunnen genieten van een vrijstelling op grond van artikel 101(3) VWEU. De groepsvrijstelling die toepasselijk is op verticale overeenkomsten wordt het vaakst geraadpleegd in de rechtspraktijk. Zij behelst immers distributieovereenkomsten en toeleveringsovereenkomsten. Sedert 1 juni 2010 is voor die groep van overeenkomsten de nieuwe verordening 330/2010 in werking getreden. De verordening volgt de aanpak van haar voorganger, verordening 2790/99. De meest ingrijpende wijziging is de invoering van een dubbele marktaandeellimiet. Deze limiet maakt de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling afhankelijk van het feit dat noch de leverancier, noch de distributeur of koper een marktaandeel heeft dat hoger ligt dan 30%. Samen met verordening 330/2010 heeft de Commissie aangepaste verticale richtsnoeren uitgevaardigd. Om ervoor te zorgen dat de groeps-

<sup>1</sup> Advocaat contrast.

vrijstelling correct wordt toegepast, is het aangewezen dat de praktijkjurist een analyse in zes stappen doorvoert. Deze bijdrage beschrijft ieder van deze stappen en geeft concreet de gevolgen aan van het al dan niet succesvol afwerken van iedere analysestap.

## RÉSUMÉ

Dans le cadre du droit de la concurrence européen, les exemptions par catégorie constituent un outil pratique pour s'assurer que des accords ou des pratiques concertées puissent bénéficier d'une exemption sur base de l'article 101(3) TFUE. L'exemption par catégorie qui s'applique à des accords verticaux est la plus consultée dans la pratique du droit puisqu'elle traite des accords d'achat (sous-traitance) et de vente (distribution). Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2010 le nouveau règlement 330/2010 est entré en vigueur pour cette catégorie d'accords. Le règlement suit l'approche de son prédécesseur, le règlement 2790/99. Le changement le plus profond concerne l'introduction d'un double seuil de part de marché. Ce seuil rend l'application de l'exemption par catégorie dépendant du fait que ni le fournisseur, ni le distributeur ou acheteur a une part de marché qui dépasse 30%. Conjointement avec le règlement 330/2010, la Commission a émis des lignes directrices sur les restrictions verticales. Afin d'obtenir que l'exemption par catégorie soit appliquée correctement, il est conseillé que le praticien du droit fasse une analyse en six étapes. La présente contribution décrit chacune de ces étapes et indique concrètement les conséquences de l'achèvement réussi ou non de chaque étape.

## A. INLEIDING

1. Met verordening 330/2010<sup>2</sup> wordt een vervolg gebreid aan een lange geschiedenis van groepsvrijstellingen die toepasselijk zijn op bepaalde types van verticale overeenkomsten.
2. De eerste groepsvrijstellingen (verordening 67/67<sup>3</sup>, verordening 1983/83<sup>4</sup> en verordening 1984/83<sup>5</sup>) beperkten zich tot de distributie van producten. Meer nog, zij spitsten zich toe op welbepaalde vormen van distributie (exclusieve en niet-exclusieve distributie) en golden bijvoorbeeld niet voor selectieve distributie. In het verlengde van de *Pronuptia* -rechtspraak<sup>6</sup> werd daarna een specifieke groepsvrijstelling aangenomen voor franchising<sup>7</sup>. Het was echter wachten op verordening 2790/99<sup>8</sup> om tot een merkbare uitbreiding te komen van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.
  - de verordening geldt zowel voor producten als voor diensten. Dit was duidelijk anders bij de oudere groepsvrijstellingen die uitsluitend golden voor producten;
  - de groepsvrijstelling wordt niet langer beperkt tot welbepaalde distributieformules. Alle courante formules (zoals exclusieve, niet-exclusieve en selectieve distributie, agentuur (waar nodig)<sup>9</sup> en franchising) vallen binnen het toepassingsgebied;
  - daarnaast beperkt verordening 2790/99 zich niet uitsluitend tot distributierelaties, maar geldt zij ook voor overeenkomsten zonder een wederverkoopfinaliteit (zoals toeleveringsovereenkomsten). Het volstaat dat een overeenkomst handelt over de koop en verkoop van producten of diensten om binnen de toepassings-sfeer van verordening 2790/99 te kunnen vallen.
3. Verordening 2790/99 (art. 2, lid 1) verruimt het toepassingsgebied minstens vanuit een drietal invalshoeken:
  - Verordening 330/2010 (die sedert 1 juni 2010 van toepassing is) trekt deze lijn door en behoudt eenzelfde ruim toepassingsgebied als verordening 2790/99.

<sup>2</sup> Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, [2010] *Pb.L.* 102 van 23 april 2010, p. 1-7.

<sup>3</sup> Verordening nr. 67/67/EEG van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van art. 85, lid 3, van het verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten, [1967] *Pb.C.* 57 van 25 maart 1967, p. 849-852.

<sup>4</sup> Verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van art. 85, lid 3, van het verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten [1983] *Pb.L.* 173 van 30 juni 1983, p. 1-4.

<sup>5</sup> Verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van art. 85, lid 3, van het verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten [1983] *Pb.L.* 173 van 30 juni 1983, p. 5-11.

<sup>6</sup> Arrest van het Hof van 28 januari 1986, 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH / Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, *Jur.*1986, 353.

<sup>7</sup> Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30 november 1988 inzake de toepassing van art. 85, lid 3, van het verdrag op groepen franchiseovereenkomsten [1988] *Pb.L.* 359 van 28 december 1988, p. 46-52.

<sup>8</sup> Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen [1999] *Pb.L.* 336 van 29 december 1999, p. 21-25 (hierna verordening 2790/99). Samen met verordening 2790/99 publiceerde de Commissie haar "richtsnoeren inzake verticale beperkingen" [2000] *Pb.C.* 291 van 13 oktober 2000, p. 1-44.

<sup>9</sup> Zie randnr. 15 hieronder.

4. Anders dan het geval is voor de werking van de groepsvrijstelling in de motorvoertuigensector<sup>10</sup>, heeft de Commissie de werking van verordening 2790/99 uitermate positief geëvalueerd<sup>11</sup>. Deze positieve evaluatie werd gedeeld door de ondernemingswereld en haar adviseurs<sup>12</sup>.

5. Het wat voorspelbare gevolg van die positieve evaluaties was dat van de nieuwe verordening niet meteen revolu-

tionaire veranderingen werden verwacht. Dit is ook uitgekomen. Verordening 330/2010 lijkt welhaast een kopie van verordening 2790/99. Echter, zoals steeds geldt dat ' *the devil is in the details* '. Vooral in de nieuwe verticale richtsnoeren<sup>13</sup> zijn er aanpassingen en bijstellingen die van belang zijn. Vaak schuilen die in de toevoeging van slechts enkele woorden. De praktijkjurist mag zich dan ook niet laten misleiden of verrassen.

## B. DOEL VAN DE BIJDRAGE

6. Deze bijdrage heeft essentieel een dubbel doel. Vooreerst wil ze de praktijkjurist een stappenplan aanreiken aan de hand waarvan verticale overeenkomsten vlot kunnen getoetst worden aan de nieuwe groepsvrijstelling. Daarnaast wordt het stappenplan doorweven met de belangrijkste nieuwigheden die voortvloeien uit verordening 330/2010 en de verticale richtsnoeren. Met deze aanpak worden deze

nieuwigheden meteen in context geplaatst en wordt hun concrete relevantie duidelijk.

7. Aan het einde van de bijdrage worden nog kort enkele tips meegegeven voor de analyse van situaties die buiten de toepassingsfeer vallen van verordening 330/2010. Een grondige analyse van die situaties valt evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

## C. PRAKTISCH STAPPENPLAN

### Overzicht

8. Het stappenplan bestaat uit een zestal stappen. Om tot een correcte beoordeling van een verticale overeenkomst vanuit het perspectief van de groepsvrijstelling te komen, is het stellig aan te raden ieder van deze stappen te volgen en ook de volgorde van het stappenplan te respecteren.

9. Deze zes stappen kunnen in vraagvorm kort als volgt omschreven worden:

- Stap 1: Gaat het om een verticale overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer ondernemingen die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen?
- Stap 2: Bevat de overeenkomst of gedraging verticale beperkingen?

- Stap 3: Wordt de marktaandeellimiet gerespecteerd?
- Stap 4: Is één of meer van de uitsluitingsgronden toepasselijk?
- Stap 5: Zijn er hardekernbeperkingen?
- Stap 6: Bevat de overeenkomst of gedraging een niet-concurrentieverplichting?

Hierna wordt voor ieder van deze stappen concreet aangegeven met welke aandachtspunten rekening moet gehouden worden.

10. Het is correct dat een verticale overeenkomst maar gevat wordt door artikel 101 VWEU als zij de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden. Desondanks is de toetsing van het effect op de tussenstaatse handel geen onderdeel van het voorgestelde stappenplan. De reden hiervoor is gelegen in artikel 5 van de Belgische mede-

<sup>10</sup> Voor de motorvoertuigensector geldt sinds enkele decennia een specifieke groepsvrijstellingsverordening. De Commissie is uitermate kritisch geweest in haar evaluatie van verordening 1400/2002, wat geleid heeft tot een ingrijpende bijsturing van de groepsvrijstellingsaanpak voor die sector. Met betrekking tot die evaluatie, zie de documenten die beschikbaar zijn op de website van de Commissie, en met name het "Evaluatieverslag van de Commissie over de werking van verordening (EG) nr. 1400/2002 betreffende distributie en klantenservice in de motorvoertuigensector" (mei 2008), de Commissiemededeling "Het toekomstig kader voor het mededingingsrecht in de motorvoertuigensector" van 22 juli 2009 (COM(2009) 388), samen met alle aan deze mededeling gehechte documenten met het oog op de publieke consultatie die werd gehouden van 22 juli tot 25 september 2009. Zie hierover ook randnr. 36 e.v. hieronder.

<sup>11</sup> Zie bv. het persbericht van de Commissie naar aanleiding van de start van de publieke consultatie die werd gehouden van 28 juli 2009 tot en met 28 september 2009 (persbericht IP/09/1197 van 28 juli 2009).

<sup>12</sup> Hun bijdragen zijn beschikbaar op de website van de Commissie ([http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/index.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html)).

<sup>13</sup> Bekendmaking van de Commissie – richtsnoeren inzake verticale beperkingen, [2010] Pb.C. 130 van 19 mei 2010, p. 1-46 (hierna 'verticale richtsnoeren').

dingingswet<sup>14</sup>. Deze bepaling zorgt ervoor dat het nuttig effect van een Europese groepsvrijstelling doorwerkt in het nationaal (Belgisch) mededingingsrecht<sup>15</sup>. Zelfs al is er geen of een onvoldoende effect of mogelijk effect op de tussenstaatse handel, dan nog is een Europese groepsvrijstelling nuttig om een automatische ontheffing op grond van artikel 2, lid 3, van de Belgische mededingingswet aan te tonen.

### Stap 1. Verticale overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer ondernemingen voor de koop, verkoop of doorverkoop van goederen of diensten

11. Om deze eerste stap correct toe te passen, dient gekeken te worden naar een vijftal elementen
- kunnen de betrokken spelers als een *onderneming* gekwalificeerd worden?
  - Als dat zo is, zijn er *twee of meer* ondernemingen betrokken?
  - Is er sprake van een *overeenkomst* of een *onderling afgestemde feitelijke gedraging* tussen die ondernemingen?
  - Als dat zo is, heeft die overeenkomst of gedraging een *verticaal* karakter?
  - Tot slot, slaat zij op de *koop, verkoop of doorverkoop* van goederen of diensten?

#### 1. Het ondernemingsbegrip

12. In de meeste gevallen zal het al snel duidelijk zijn dat de betrokken partijen als een onderneming kunnen gekwalificeerd worden. Als twee rechtspersonen een distributieovereenkomst sluiten met betrekking tot welbepaalde producten, is er geen twijfel mogelijk dat de voorwaarden van het ondernemingsbegrip vervuld zijn.

13. Het gevaar schuilt echter in een aantal minder evidente situaties, zoals deze waarbij fysische personen, overheden, VZW's, feitelijke verenigingen of stichtingen betrokken zijn. In die gevallen zou het foutief zijn om al te snel te besluiten dat deze personen of entiteiten geen 'onderneming' zijn. Het ondernemingsbegrip is immers gekoppeld aan een functioneel criterium en hangt niet samen met enige rechtsvorm of hoedanigheid. De rechtspraak<sup>16</sup> omschrijft dit criterium als volgt:

*het begrip onderneming [omvat] elke eenheid [...] die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd [...].*

Kort samengevat, van zodra een persoon of entiteit producten of diensten aanbiedt op een markt is er sprake van een onderneming. Rechtspersoonlijkheid is in dat kader mogelijk een aanwijzing, maar zeker geen vereiste.

#### 2. Twee of meer ondernemingen

14. Het feit dat het mededingingsrecht een geheel eigen definitie van het begrip 'onderneming' voert, heeft directe gevolgen voor het vereiste dat minstens twee ondernemingen betrokken moeten zijn om artikel 101 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna 'VWEU') en verordening 330/2010 toepasselijk te laten zijn.

15. Een eerste duidelijke illustratie hiervan vormt de problematiek van de intra-groepafspraken<sup>17</sup>. Hierbij gaat het om afspraken die gemaakt worden binnen eenzelfde groep van ondernemingen. Een typisch voorbeeld is de afspraak tussen een moedermaatschappij en twee van haar dochterondernemingen dat de ene dochteronderneming zich toelegt op een welbepaalde markt (bv. België) en de andere op een andere markt (bv. Nederland). Als gevolg van die afspraak stuurt de Belgische dochteronderneming alle aanvragen van Nederlandse klanten door naar de Nederlandse dochteronderneming en vice versa. De afspraak leidt dus tot een rigide toedeling van de Belgische en de Nederlandse markt. In het licht van het functioneel criterium dat bepalend is voor het ondernemingsbegrip, worden de moederverenootschap en haar twee dochterverenootschappen echter niet aanzien als drie afzonderlijke ondernemingen. De controleverhouding die bestaat tussen deze drie rechtspersonen zorgt ervoor dat deze drie rechtspersonen voor mededingingsrechtelijke doeleinden als één onderneming worden beschouwd.

Het gevolg hiervan is dat intra-groepafspraken in de regel buiten de werkingssfeer van artikel 101 VWEU vallen en dus evenmin nood hebben aan de toepassing van de groepsvrijstelling. Kort samengevat, bij intra-groepafspraken ontbreekt er in principe een tweede onderneming zodat aan de

<sup>14</sup> Wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, BS 29 september 2006, p. 50.613. De relevante bepaling (art. 5, 2<sup>de</sup> lid) luidt als volgt: "[...] Het verbod van artikel 2, § 1, geldt niet voor overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloeden of de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet beperken, verhinderen of vervalsen, doch die zouden genieten van de bescherming door een verordening als bedoeld in het 1<sup>ste</sup> lid ingeval zij deze handel wel zouden beïnvloeden of deze mededinging wel zouden beperken, verhinderen of vervalsen".

<sup>15</sup> Voor meer toelichting bij de zogeheten convergentieleer, zie F. WIJCKMANS, "De nieuwe Belgische mededingingswet", *RW* 2006-07, nr. 15, p. 622-634.

<sup>16</sup> Zaak C-41/1990, *Höfner and Elser / Macotron*, *Jur.* 1991, I-1979, par. 21. Zie ook zaak C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances*, *Jur.* 1995, I-4013, par. 14, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Poucet en Pistre*, *Jur.* 1993, I-637, par. 17; zaak C-55/96, *Job Centre*, *Jur.* 1997, I-7119, par. 21 en zaak C-309/99, *Wouters*, *Jur.* 2002, I-1577, par. 46. Zie hierover J. FAULL en A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, OUP, 2007, par. 2.27-3.45.

<sup>17</sup> Zaak T-102/92, *Viho Europe BV / Commissie*, *Jur.* 1995, II-17, par. 54.

voorwaarde dat er minstens twee ondernemingen moeten betrokken zijn, niet is voldaan.

16. Een tweede voorbeeld dat in dit kader relevant is, heeft betrekking op agentuurovereenkomsten. De verticale richtsnoeren (par. 12 t.e.m. 21) besteden hieraan behoorlijk wat aandacht. Afhangende van de mate waarin de agent financiële of commerciële risico's draagt, zullen zijn koop- of verkoopactiviteiten geacht worden deel uit te maken van de activiteiten van de principaal<sup>18</sup>. Als dit laatste het geval is, zal de agent geacht worden geen op zich staande onderneming te zijn en is ook hier dus niet voldaan aan de voorwaarde dat er minstens twee ondernemingen betrokken moeten zijn.

De beoordeling van de financiële en commerciële risico's die een agent draagt, is een behoorlijk complexe aangelegenheid. Deze beoordeling is gebaseerd op de benaderingswijze die werd ontwikkeld in de rechtspraak van het Gerecht en het Hof<sup>19</sup>. Deze rechtspraak heeft als basis gediend voor de checklist die de Commissie in de verticale richtsnoeren heeft opgenomen. Deze checklist illustreert dat de principaal behoorlijk wat kosten en investeringen van de agent op zich dient te nemen, wil hij vermijden dat er van financiële of commerciële risico's in hoofde van de agent sprake is.

### 3. Overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging

17. De groepsvrijstelling is uitsluitend toepasselijk op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Zij geldt dus niet voor eenzijdige gedragingen. Om die reden moet voor eenzijdig beleid aangetoond kunnen worden dat het de instemming van de andere partij heeft bekomen. Als dat niet zo is, gaat het om louter eenzijdige gedragingen en gelden artikel 101 VWEU en de groepsvrijstelling niet.

18. Als een belangrijke nieuwigheid geeft de Commissie in de verticale richtsnoeren<sup>20</sup> toelichting bij de wijze waarop zulke instemming kan aangetoond worden. De relevante passage luidt als volgt:

*“Voor verticale overeenkomsten kan de instemming met een bepaald eenzijdig beleid op twee manieren worden vastgesteld. Ten eerste kan de instemming worden afgeleid uit de bevoegdheden die aan de partijen worden toegekend in een tevoren gesloten algemene overeenkomst. Als in een tevoren gesloten over-*

*eenkomst is bepaald of toegestaan dat een partij later een specifiek eenzijdig beleid zal voeren dat bindend is voor de andere partij, kan op grond daarvan worden vastgesteld dat er sprake is van instemming door de andere partij. Ten tweede kan de Commissie, als een dergelijke expliciete instemming ontbreekt, aantonen dat er sprake is van stilzwijgende instemming. Daarvoor moet eerst worden aangetoond dat de ene partij expliciet of impliciet van de andere partij verlangt dat zij medewerking aan de uitvoering van zijn eenzijdige beleid verleent en vervolgens dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdige beleid daadwerkelijk uit te voeren.”*

### 4. Verticaal karakter

19. Een overeenkomst of gedraging ontleent zijn verticaal karakter aan het feit dat de partijen elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn<sup>21</sup>. Dit punt moet getoetst worden vanuit het specifieke perspectief van de betrokken overeenkomst of gedraging. Een eenvoudig voorbeeld kan dit illustreren. Stel dat twee ondernemingen ieder actief zijn op het vlak van de productie van speelgoed en dat de ene onderneming wordt aangesteld door de andere onderneming als haar distributeur voor een bepaalde lidstaat van de Europese Unie. In dat geval zijn de beide ondernemingen weliswaar actief op hetzelfde niveau van de productieketen in hun hoedanigheid van producenten van speelgoed, maar is dit irrelevant in het kader van deze analysestap. Er moet immers gekeken worden naar de verhouding van de partijen in het kader van de overeenkomst. Gezien de partijen in dat kader in een verhouding van leverancier en distributeur ten opzichte van elkaar staan, gaat het om een verticale overeenkomst.

### 5. Koop, verkoop of doorverkoop van producten en diensten

20. Deze voorwaarde heeft minstens twee onmiddellijke gevolgen:

- huur- en leasingovereenkomsten vallen buiten het toepassingsgebied van verordening 330/2010<sup>22</sup>;
- beperkingen of verplichtingen die geen betrekking hebben op de koop-, verkoop- of wederverkoopvoorwaarden kunnen niet genieten van de groepsvrijstelling<sup>23</sup>. Stel dat in een distributieovereenkomst een clause wordt opgenomen waarin de mogelijkheid om onafhankelijk aan onderzoek en ontwikkeling te doen,

<sup>18</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 18.

<sup>19</sup>. Zaak T-325/01, *Daimler Chrysler / Commissie*, Jur. 2005, II-3319; zaak C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio / CEPSA*, Jur. 2006, I-1198; zaak C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA / LV Tobar e Hijos SL*, Jur. 2008, I-6681.

<sup>20</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 25. Zie ook verwijzing daar naar de rechtspraak van het Gerecht in zaak T-41/96, *Bayer AG / Commissie*, Jur. 2000, II-3383.

<sup>21</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 25, (c).

<sup>22</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 26.

<sup>23</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 26.

aan banden wordt gelegd. Deze beperking heeft geen betrekking op de koop, verkoop of wederverkoop van producten of diensten in het kader van de verticale overeenkomst en valt dus buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling.

#### Praktisch besluit

**Als ieder van deze vragen in het kader van de eerste analysestap positief kan afgerond worden, is het nuttig om over te gaan naar de volgende analysestap. Als het antwoord op één van deze vragen negatief is, is de toepassing van de groepsvrijstelling uitgesloten. Dit betekent uiteraard niet dat de betrokken overeenkomst of gedraging mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar zou zijn. Zo kunnen beperkingen op het vlak van onderzoek en ontwikkeling (zie randnr. 20 hierboven) mogelijk buiten het mededingingsverbod van artikel 101, lid 1, VWEU vallen of genieten van een (andere) groepsvrijstelling<sup>24</sup>. Omgekeerd betekent een negatief antwoord op één van deze vragen niet dat alle mededingingsrechtelijke problemen meteen van de baan zijn. Zo kan bijvoorbeeld louter eenzijdig gedrag nog getoetst worden aan artikel 102 VWEU (dat een verbod inhoudt van misbruik van machtspositie).**

## Stap 2. Verticale beperkingen

21. Deze tweede analysestap hangt samen met het feit dat verordening 330/2010 een groepsvrijstelling is. Een groepsvrijstelling heeft maar nut als blijkt dat een verticale overeenkomst één of meer mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU bevat. Als dit niet het geval is, valt de overeenkomst eenvoudigweg niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU en is er geen noodzaak om op zoek te gaan naar een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, VWEU.

22. Niet iedere beperking van de mededinging valt onder

voormeld verbod. Dit zal immers maar het geval zijn als de mededingingsbeperking een *merkbaar* karakter heeft<sup>25</sup>. Om die merkbaarheid te meten heeft de Commissie met haar *de minimis* bekendmaking<sup>26</sup> een handig instrument uitgevaardigd. Aan de hand van de *de minimis* bekendmaking is het mogelijk om de merkbaarheidsvoorwaarde te koppelen aan bepaalde marktaandeeldrempels.

23. Voor verticale overeenkomsten geldt als basisregel dat er geen merkbare beperking van de mededinging is als de partijen geen concurrerende ondernemingen zijn en hun individueel marktaandeel<sup>27</sup> op de relevante markt<sup>28</sup> niet meer dan 15% bedraagt<sup>29</sup>. Dit marktaandeel verlaagt naar 5% als er sprake is van een cumulatief marktafschermingseffect van parallelle netwerken van overeenkomsten die soortgelijke effecten op de markt hebben<sup>30</sup>. Verder neemt de Commissie aan dat kleine en middelgrote ondernemingen in de regel de mededinging niet op merkbare wijze zullen beperken<sup>31</sup>.

24. Ondanks het feit dat de marktaandeellimieten die in het vorige randnummer vermeld worden, niet worden gehaald, zal een verticale overeenkomst toch niet van het *de minimis* regime kunnen genieten als zij harde kernbeperkingen bevat. De harde kernbeperkingen komen aan bod in de vijfde analysestap.

#### Praktisch besluit

**Als aan de voorwaarde die onderzocht wordt in deze tweede analysestap is voldaan, is het nuttig om de toepasselijkheid van verordening 330/2010 verder te onderzoeken. De verticale overeenkomst bevat dan immers merkbare beperkingen van de mededinging die, bij gebrek aan een ontheffing op grond van artikel 101, lid 3, VWEU, gevat worden door het verbod van artikel 101, lid 1, VWEU. Als aan die voorwaarde niet is voldaan, is de situatie eenvoudig. Er is dan geen inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU omdat er geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. In dat geval kan de analyse hier stoppen.**

<sup>24</sup>. Bv. verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, [2000] Pb.L. 304 van 5 december 2000, p. 7. Verordening (EG) nr. 2659/2000 geldt nog slechts tot eind 2010. Een nieuwe tekst van deze verordening is in voorbereiding.

<sup>25</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 8 t.e.m. 11.

<sup>26</sup>. Bekendmaking van de Commissie van 22 december 2001 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, lid 1, van het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), [2001] Pb.C. 368, p. 13-15.

<sup>27</sup>. In dit kader dient dan ook gekeken te worden naar het individuele marktaandeel van de leverancier en de afnemer. Zoals hierna zal worden besproken (stap 3) sluit deze aanpak aan bij de nieuwe benaderingswijze die is opgenomen in verordening 330/2010.

<sup>28</sup>. Het begrip 'relevante markt' dient hier begrepen te worden als elke relevante markt die beïnvloed wordt door de overeenkomst.

<sup>29</sup>. Par. 7, (b), van de *de minimis* bekendmaking.

<sup>30</sup>. Par. 8 van de *de minimis* bekendmaking.

<sup>31</sup>. Par. 3 van de *de minimis* bekendmaking. De aanbeveling waarnaar in deze paragraaf wordt verwezen, werd vervangen door de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, [2003] Pb.L. 124 van 20 mei 2003, p. 36-41; zie ook Verticale richtsnoeren, par. 11. De definitie van een KMO die daarin is neergelegd luidt als volgt: "Tot de categorie kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (KMO's) behoren ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen EUR of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen EUR niet overschrijdt."



### Stap 3. Marktaandeellimiet

25. Eén van de meest markante nieuwigheden bij de toepassing van verordening 330/2010 heeft betrekking op de marktaandeellimiet.

26. Onder verordening 2790/99 gold er één enkele limiet van 30% (zie art. 3, lid 1, verordening 2790/99). Deze limiet moest in de regel onderzocht worden voor de leverancier. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden moest die limiet getoetst worden voor de afnemer/distributeur in plaats van de leverancier. Dit was met name het geval als de leverancier een zogeheten exclusieve leveringsverplichting<sup>32</sup> op zich had genomen<sup>33</sup>.

27. Verordening 330/2010 introduceert een cumulatieve marktaandeellimiet. De toepasselijkheid van de groepsvrijstelling wordt afhankelijk gemaakt van de voorwaarde dat zowel het marktaandeel van de leverancier, als dat van de afnemer/distributeur de limiet van 30% niet overschrijdt<sup>34</sup>.

28. In de aanloop naar de nieuwe verordening heeft deze nieuwigheid behoorlijk wat stof doen opwaaien. Dit was vooral zo omdat de Commissie in haar ontwerpen voorstelde om het marktaandeel van de afnemer/distributeur te meten op de markt waarop deze actoren op hun beurt actief waren als leverancier (downstream). De praktijkwereld<sup>35</sup> heeft de Commissie gewezen op de rechtsonzekerheid (en dus de kosten) die gepaard zouden gaan met deze benadering.

29. De Commissie heeft net voor het aannemen van verordening 330/2010 gelukkig haar koers bijgestuurd. Zij heeft weliswaar de idee van een dubbele marktaandeellimiet behouden, maar accepteert dat voor de afnemer/distributeur het inkoopandeel in aanmerking wordt genomen. Hoewel de Commissie zich duidelijk wat armslag voorbehoudt<sup>36</sup>, lijkt het vanuit praktisch oogpunt raadzaam om het marktaandeel van de leverancier en de afnemer/distributeur te meten op dezelfde geografische en produktmarkt. De invalshoek verschilt echter. Voor de leverancier wordt enkel rekening gehouden met zijn eigen verkopen. Voor de afnemer/distributeur wordt rekening gehouden met zijn aankopen van alle merken en dus niet enkel met de aankopen van de producten van de betrokken leverancier.

Een voorbeeld kan het voorgaande illustreren. Stel dat de distributieovereenkomst betrekking heeft op de distributie van sportschoenen van het merk A. De leverancier is de producent van het merk A en deze produceert of verdeelt geen andere merken van sportschoenen. De distributeur verdeelt daarentegen de merken A, P en N. Met het oog op de berekening van de marktaandelen wordt voor de leverancier rekening gehouden met zijn verkopen van het merk A en voor de afnemer/distributeur met zijn inkoop van de merken A, P en N.

#### Praktisch besluit

**Als de cumulatieve marktaandeellimiet van 30% niet is overschreden, stelt er zich geen probleem om de analyse van de verticale overeenkomst verder te zetten binnen het kader van verordening 330/2010. In het omgekeerde geval is de toepassing van de groepsvrijstelling uitgesloten. In die situatie moeten de betrokken partijen een eigen beoordeling doorvoeren ('self-assessment') op basis van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU. Hiervoor kunnen zij nuttig een beroep doen op de verticale richtsnoeren. Hierin geeft de Commissie praktische richtlijnen voor de afweging en beoordeling die moet doorgevoerd worden.**

### Stap 4. Toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond

30. Verordening 330/2010 vermeldt een aantal uitsluitingsgronden. De toepasselijkheid van één of meer van die uitsluitingsgronden impliceert dat de groepsvrijstelling niet toepasselijk is op de verticale overeenkomst in kwestie.

31. Deze uitsluitingsgronden kunnen gekoppeld worden aan drie invalshoeken. De eerste invalshoek betreft de onderlinge verhouding tussen de leverancier en de distributeur of koper (al dan niet concurrenten). De tweede invalshoek heeft betrekking op de rol die intellectuele eigendomsrechten spelen in het kader van de verticale overeenkomst. De derde en laatste uitsluitingsgrond is gekoppeld aan het voorhanden zijn van een specifiekere groepsvrijstelling.

<sup>32</sup> Een exclusieve leveringsverplichting werd in art. 1, (c), van verordening 2790/99 als volgt gedefinieerd: "elke directe of indirecte verplichting van de 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".

<sup>33</sup> De omkering van de marktaandeellimiet was opgenomen in art. 3, lid 2, verordening 2790/99. Deze uitzondering had evenwel zeer weinig praktische relevantie. Immers, als er een risico bestond dat het aandeel van de afnemer boven de 30% lag, volstond het om de exclusieve leveringsverplichting te beperken tot de Europese Unie min een zeer beperkt territorium (bv. Malta). In dat geval was er geen exclusieve leveringsverplichting en werd het marktaandeel nog steeds gemeten in hoofde van de leverancier en niet in hoofde van de afnemer/distributeur.

<sup>34</sup> Tijdelijke overschrijdingen zijn wel toegelaten. Zie verordening 330/2010, art. 7, (d) t.e.m. (f).

<sup>35</sup> Zie diverse bijdragen in het kader van de publieke consultatie naar aanleiding van de evaluatie van verordening 2790/99, beschikbaar op de website van de Europese Commissie ([http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/contrast\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/contrast_en.pdf)) en bijdrage F. WICKMANS, "10 challenges for 2010 – a practitioner's perspective on the revision of Regulation 2790/99" in de publicatie van het VBO naar aanleiding van de studiedag "Vertical restraints and distribution agreements" gehouden op 30 september 2009 (nog niet gepubliceerd, te verschijnen bij Bruylant).

<sup>36</sup> Zie, antwoord van L. Peepkorn op vraag in het kader van de conferentie "The New Vertical Restraints Regime" georganiseerd door Global Competition Review te Brussel op 8 juni 2010.

32. In het kader van deze vierde analysestap worden deze invalshoeken best als volgt in rekening gebracht:

### 1. Onderlinge relatie tussen de partijen

33. Waar verordening 2790/99 onder bepaalde voorwaarden (beperkte omzet van de distributeur) nog ruimte liet voor niet-wederkerige distributieovereenkomsten tussen concurrerende producenten (zie art. 2, lid 4, verordening 2790/99), is verordening 330/2010 strenger op dit vlak (zie art. 2, lid 4, Verordening 330/2010). Als producenten actief zijn op dezelfde produktmarkt, geldt de groepsvrijstelling niet als zij voor die produktmarkt een wederkerige of niet-wederkerige distributieovereenkomst aangaan met elkaar<sup>37</sup>.

De enige concurrentiële relatie die de toepasselijkheid van verordening 330/2010 niet uitsluit is een situatie van duale distributie<sup>38</sup>. Kort samengevat gaat het hierbij om een concurrentiële verhouding tussen de betrokken partijen op distributievlak, maar niet op productievlak. Zo zal het feit dat een leverancier zich het recht voorbehoudt om zelf te verkopen aan eindgebruikers (en dit in concurrentie met zijn distributeur) geen uitsluitingsgrond vormen.

34. Duidelijkheidshalve dient nog aangestipt te worden dat het bestaan van een concurrentiële relatie moet beoordeeld worden voor de markt waarop de distributierelatie betrekking heeft. Stel dat 2 producenten van chocolade een distributieovereenkomst aangaan voor de verdeling van speelgoed en slechts één van de partijen actief is op het vlak van de productie van speelgoed, dan stelt er zich geen probleem voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling voor die distributieovereenkomst. De concurrentiële relatie op het vlak van de productie van chocolade speelt geen rol als de distributieovereenkomst betrekking heeft op een andere markt (speelgoed) waar de partijen geen concurrerende producenten zijn.

### 2. Intellectuele eigendomsrechten

35. Als een verticale overeenkomst bepalingen bevat met betrekking tot intellectuele eigendomsrechten is het uitermate belangrijk om na te gaan of deze geen uitsluitingsgrond vormen<sup>39</sup>. Hierbij dient vooral aandacht besteed te worden aan volgende punten:

- de bepalingen met betrekking tot de intellectuele eigendomsrechten mogen niet het hoofdonderwerp van de overeenkomst uitmaken<sup>40</sup>. Een eenvoudig voor-

beeld kan dit punt illustreren. Stel dat een distributeur een merklicentie krijgt van "coca-cola" voor de aanmaak en verdeling van T-shirts voorzien van het merk coca-cola. De wederpartij bezorgt niet alleen de merklicentie, maar levert tevens de witte T-shirts waarop het merk mag gedrukt worden. Het is duidelijk dat de levering van de witte T-shirts niet het hoofdonderwerp vormt van de verticale relatie. Centraal staat immers de merklicentie. In die omstandigheden geldt verordening 330/2010 niet;

- de licentie van intellectuele eigendomsrechten moet gegeven worden door de leverancier aan de distributeur of koper en niet omgekeerd<sup>41</sup>. Dit heeft vooral belangrijke gevolgen voor toeleveringsovereenkomsten. Als deze gepaard gaan met een licentie van de afnemer aan de leverancier of producent, geldt de groepsvrijstelling niet<sup>42</sup>;
- aan de licentie mogen geen mededingingsbeperkingen gekoppeld worden die hetzelfde doel hebben als verticale beperkingen die niet van de groepsvrijstelling kunnen genieten<sup>43</sup>. Dit is een uitermate logische uitsluitingsgrond. Stel dat een niet vrijgesteld verbod op passieve verkopen wordt bewerkstelligd door een licentie territoriaal te beperken. Een distributeur wordt bijvoorbeeld een absoluut verbod opgelegd op het gebruik van een merk (in om het even welke vorm of omstandigheid) buiten het hem toebedeelde territorium. In dat geval wordt een hardekernbeperking geïmplementeerd via de omweg van beperkingen die gekoppeld worden aan de licentie van een intellectueel eigendomsrecht. Verordening 330/2010 zal dan niet toepasselijk zijn.

### 3. Andere groepsvrijstellingen

36. Artikel 2, lid 5, van verordening 330/2010 stelt uitdrukkelijk:

*"Deze verordening is niet van toepassing op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsbereik van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt, tenzij in een dergelijke verordening anders is bepaald."*

37. Met deze bepaling wordt vooral de sectorspecifieke groepsvrijstelling die toepasselijk is op de motorvoertuigensector geïmplementeerd. In het verleden gold er een zeer duidelijke

<sup>37</sup>. De verticale richtsnoeren (par. 27, *in fine*) specificeren echter als volgt: "Een distributeur die een producent specificaties verstrekt voor de productie van bepaalde goederen onder de merknaam van de distributeur, mag niet als de producent van deze onder zijn huismerk verkochte goederen worden beschouwd."

<sup>38</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 28.

<sup>39</sup>. Verordening 330/2010, art. 2, lid 3 en verticale richtsnoeren, par. 31 t.e.m. 45.

<sup>40</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 31, (c) en par. 35.

<sup>41</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 31, (b) en par. 34.

<sup>42</sup>. Voor meer informatie inzake toeleveringsovereenkomsten, zie verticale richtsnoeren, par. 22.

<sup>43</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 31, (e) en 37.



splitsing tussen de beide groepsvrijstellingsregimes. De motorvoertuigensector was onderworpen aan een geheel eigen regime waarbij (afhankelijk van de beleidsvisie van de Europese Commissie) nu eens meer mocht dan in het algemeen toepasselijke regime<sup>44</sup>, dan weer veel minder (mocht)<sup>45</sup>.

38. Samen met verordening 330/2010 is een nieuwe groepsvrijstellingsverordening (verordening 461/2010<sup>46</sup>) voor de motorvoertuigensector in werking getreden. Deze verordening voorziet met betrekking tot de distributie van motorvoertuigen in een algehele convergentie met het regime van verordening 330/2010 met ingang van 1 juni 2013. Voor wat de distributie van onderdelen en de dienst na verkoop (onderhoud en herstellingen) betreft, geldt er een partiële convergentie vanaf 1 juni 2010. Vanaf die datum geldt voor die activiteiten het regime van verordening 330/2010 met toevoeging van een drietal bijzondere hardekernelbeperkingen.

39. Deze derde uitsluitingsgrond houdt in dat voor de motorvoertuigensector steeds het regime van verordening 461/2010 zal gevolgd moeten worden. De sector kan niet zomaar terugvallen op het algemene regime van verordening 330/2010. Dit laatste zal maar mogelijk zijn in de mate dat verordening 461/2010 die convergentie uitdrukkelijk voorziet.

#### Praktisch besluit

Alvorens te besluiten dat verordening 330/2010 toepasselijk is, moet eerst aandacht besteed worden aan de concurrentiële relatie tussen de partijen, de rol van intellectuele eigendomsrechten en de mogelijke toepassing van andere groepsvrijstellingsverordeningen. Ieder van deze punten kan een uitsluitingsgrond vormen en verdient om die reden bijzondere aandacht bij de analyse van verticale overeenkomsten<sup>47</sup>. Als de concurrentiële relatie tussen de partijen een probleem stelt, moeten de partijen overgaan tot een eigen beoordeling van hun overeenkomst op grond van artikel 101,

lid 3, VWEU. Hierbij kunnen zij mogelijk nuttige richtlijnen vinden in de bekendmaking van de Commissie inzake horizontale overeenkomsten. Als de intellectuele eigendomsrechten de stoorzender zijn, kan (afhankelijk van de situatie) mogelijk een beroep gedaan worden op een andere groepsvrijstelling of zullen de partijen een eigen beoordeling moeten doorvoeren. De laatste uitsluitingsgrond leidt ertoe dat de partijen zullen moeten nagaan of zij kunnen genieten van de meer specifieke groepsvrijstelling die tot de uitsluiting van verordening 330/2010 aanleiding geeft. Als de voorwaarden van die specifieke groepsvrijstelling niet vervuld zijn, zullen de partijen ook in dit geval aangewezen zijn op een eigen beoordeling.

### Stap 5. Hardekernbeperkingen

40. Het zwaartepunt van verordening 330/2010 wordt ongetwijfeld gevormd door de lijst van hardekernelbeperkingen. Deze beperkingen worden vermeld in artikel 4 van de groepsvrijstelling. Alvorens op deze hardekernelbeperkingen in te gaan, is het nuttig om aan te geven wat de precieze implicaties zijn van het opnemen van een hardekernelbeperking in een verticale overeenkomst:

- vooreerst kan de hardekernelbeperking zelf niet genieten van een automatische vrijstelling op grond van de groepsvrijstelling. Met andere woorden, de afdwingbaarheid van de hardekernelbeperking kan niet gerechtvaardigd worden op basis van de groepsvrijstelling.

Een hardekernelbeperking valt evenwel niet onder een per se verbod. Een individuele vrijstelling is dan ook niet per se uitgesloten. Wel geldt er een weerlegbaar vermoeden dat een hardekernelbeperking niet op individuele basis kan vrijgesteld worden op grond van artikel 101, lid 3, VWEU (d.i. niet op grond van de groepsvrijstelling, maar via een eigen beoordeling)<sup>48</sup>;

- verder leidt het opnemen van een hardekernelbeperking ertoe dat de integrale verticale overeenkomst (en ieder van de mededingingsbeperkingen die ze bevat) het voordeel van de groepsvrijstelling verliest. Met andere

<sup>44</sup>. Verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van art. 85, lid 3, van het verdrag op groepen afzet en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, [1985] *Pb.L.* 15 van 18 januari 1985, p. 16-24.

<sup>45</sup>. Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, [2002] *Pb.L.* 203 van 1 augustus 2002, p. 30-41.

<sup>46</sup>. Verordening (EU) nr. 461/2010 van de Commissie van 27 mei 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, [2010] *Pb.L.* 129 van 28 mei 2010, p. 52-57. Deze groepsvrijstellingsverordening gaat vergezeld van aanvullende sectorspecifieke richtsnoeren (Bekendmaking van de Commissie – Aanvullende richtsnoeren betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen, [2010] *Pb.C.* 138 van 28 mei 2010, p. 16-27).

<sup>47</sup>. Zie Mededeling van de Commissie – richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, [2001] *Pb.C.* 3 van 6 januari 2001, p. 2-30. Deze richtsnoeren worden momenteel geëvalueerd en zullen vermoedelijk vervangen worden door een nieuwe versie. Het huidige ontwerp van die nieuwe versie kan geraadpleegd worden op [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010\\_horizontals/index.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/index.html). Bv. verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, [2004] *Pb.L.* 123 van 27 april 2004, p. 11-17.

<sup>48</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 47.

woorden, één enkele harde kernbeperking plaatst de integrale groepsvrijstelling buiten spel<sup>49</sup>.

### 1. Verticale prijsbinding

41. Een harde kernbeperking die geldt ongeacht het gekozen distributiesysteem is de verticale prijsbinding<sup>50</sup>. Om de verboden beperking goed te begrijpen, is het nodig om met volgend onderscheid rekening te houden:

- de verplichting die een leverancier aan zijn afnemer oplegt om een *welbepaalde* wederverkoop prijs te gebruiken is een harde kernbeperking;
- hetzelfde geldt voor het opleggen van een bepaalde *minimumprijs*. Zo zal het een harde kernbeperking zijn als een leverancier vereist dat zijn wederverkoper geen lagere prijs hanteert dan bijvoorbeeld 100 EUR;
- geen harde kernbeperking daarentegen is de verplichting voor de wederverkoper om geen hogere prijs aan te rekenen dan een welbepaalde door de leverancier voorgeschreven *maximumprijs*. Een leverancier kan dus aan zijn afnemer opleggen dat hij niet mag doorverkopen tegen een prijs die hoger is dan bijvoorbeeld 100 EUR;
- evenmin vormt het werken met *aanbevolen prijzen* een harde kernbeperking. De leverancier mag dus aan zijn wederverkoper bepaalde prijzen aanbevelen. Hij moet zich er echter van onthouden om deze aanbevolen prijzen effectief op te leggen.

42. Een nieuwigheid (waaraan de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in *Leegin*<sup>51</sup> mogelijk niet vreemd is) is dat de Commissie in de verticale richtsnoeren<sup>52</sup> een aantal voorbeelden geeft van gevallen waarin verticale prijsbinding (weliswaar op individuele basis) kan voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU. Zo verwijst zij bijvoorbeeld naar bepaalde kortlopende promotieacties of productintroductions<sup>53</sup>.

43. Met deze nieuwigheid moet omzichtig worden omgesprongen. Door verticale prijsbinding in bepaalde situaties op individuele basis van een vrijstelling te laten genieten,

blijft het nog steeds een harde kernbeperking. Hoewel de Commissie dus ruimte creëert voor een individuele vrijstelling, blijft de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling voor de integrale overeenkomst uitgesloten (zelfs als de verticale prijsbinding aan de voorwaarden van art. 101, lid 3, VWEU voldoet).

### 2. Territoriale beperkingen

44. Als algemene regel geldt dat een leverancier geen territoriale beperkingen mag opleggen aan zijn wederverkopers. De enige territoriale beperkingen die geen harde kernbeperkingen vormen, zijn deze die *expressis verbis* in artikel 4, (b), van verordening 330/2010 worden opgesomd.

45. Dit is niet de plaats om op dit thema uitvoerig in te gaan. Vanuit praktisch oogpunt kunnen de toegelaten uitzonderingen als volgt summier samengevat worden:

- *locatieclausules*: een locatieclausule beperkt de wederverkoper in zijn mogelijkheden om zijn vestigingsplaats te wijzigen of bijkomende vestigingsplaatsen te openen. Waar het vroegere regime eerder stiefmoederlijk omsprong met locatieclausules<sup>54</sup>, genieten locatieclausules nu voor alle distributieformules van de groepsvrijstelling<sup>55</sup>;
- *passieve verkopen*: een verbod op of beperking van passieve verkopen is in principe<sup>56</sup> een harde kernbeperking. Passieve verkopen zijn verkopen die geïnitieerd worden door de klant en die niet het gevolg zijn van een gerichte marketinginspanning van de wederverkoper<sup>57</sup>;
- *actieve verkopen*: een verbod op of beperking van actieve verkopen vormt in de regel een harde kernbeperking. De enige omstandigheid waarin de groepsvrijstelling zulk verbod of zulke beperking toelaat, is in het kader van een exclusief distributiesysteem. In dat geval moet echter aan een drietal stringente voorwaarden voldaan zijn<sup>58</sup>. Kort samengevat komen deze voorwaarden op het volgende neer: (i) de beperking moet gericht zijn op een territorium dat exclusief door de leverancier is toegewezen aan één enkele wederverko-

49. Verticale richtsnoeren, par. 47 en 70.

50. Art. 4, (a), verordening 330/2010 en verticale richtsnoeren, par. 48.

51. Beslissing van 28 juni 2007 van de US Supreme Court in de zaak *Leegin Creative Leather Products*.

52. Verticale richtsnoeren, par. 225.

53. Verticale richtsnoeren, par. 225.

54. Locatieclausules werden enkel uitdrukkelijk aanvaard in het kader van selectieve distributie (zie art. 4, (c), verordening 2790/99). Buiten deze distributieformule werd een locatieclausule maar geduld als aan de voorwaarden voor het opleggen van een verbod op actieve verkoop voldaan was (zie art. 4, (b), verordening 2790/99).

55. Artikel 4, (b), verordening 330/2010 luidt als volgt: "de beperking van het gebied waarin of de klanten aan wie een afnemer die partij is bij de overeenkomst, onverminderd een beperking ten aanzien van zijn vestigingsplaats, contractgoederen of -diensten mag verkopen, [...]". Zie ook verticale richtsnoeren, par. 50 *in fine*.

56. In een zeer beperkt aantal gevallen (die essentieel samenhangen met introductiesituaties) stelt de Commissie dat een beperking van passieve verkopen aan het verbod van art. 101, lid 1, VWEU kan ontsnappen. Zie verticale richtsnoeren, par. 61 en 62.

57. Verticale richtsnoeren, par. 51.

58. Voor een meer gedetailleerde bespreking van deze voorwaarden, zie F. TUYTSCHAEVER en F. WIJCKMANS, "Tot zover het verbod op actieve verkoop", *RW* 2002-03 (66), 81-91; F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, "Active Sales Revisited" in *ECLR* 2004, 107-113; F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER en A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, § 5.61 t.e.m. 5.85.

per, dan wel dat de leverancier voor zichzelf heeft gereserveerd; (ii) de beperking moet opgelegd worden aan alle afnemers van de leverancier in de Europese Unie<sup>59</sup>; en (iii) de leverancier mag niet vereisen dat de wederverkoper bepaalde beperkingen oplegt aan zijn klanten. Dit laatste impliceert onder andere dat de wederverkoper er niet toe gehouden kan worden om het aan hem opgelegde verbod inzake actieve verkopen ook op te leggen aan zijn eigen klanten<sup>60</sup>;

- *import/export buiten de EER*: het is geen harde kernbeperking als de leverancier zijn wederverkopers verbiedt om buiten de EER (zelfs passief) te verkopen of buiten de EER aan te kopen<sup>61</sup>;
- *territoriale beperkingen voor de leverancier*: er geldt geen enkele beperking op het vlak van de territoriale restricties die een leverancier op zich mag nemen. Met andere woorden, de harde kernbeperking die betrekking heeft op territoriale restricties geldt enkel voor verplichtingen die opgelegd worden aan de wederverkoper en niet voor beperkingen in hoofde van de leverancier<sup>62</sup>.

### 3. Klantenbeperkingen

46. Klantenbeperkingen zijn restricties op het vlak van de klantengroepen waaraan een wederverkoper mag verkopen. Om de harde kernbeperkingen goed te kunnen situeren is het belangrijk om een onderscheid te maken tussen het regime dat toepasselijk is op selectieve distributie<sup>63</sup> en alle andere distributieformules:

- bij selectieve distributie geldt als basisprincipe dat een toegelaten lid niet mag verkopen aan wederverkopers die geen deel uitmaken van het selectieve netwerk<sup>64</sup>. Deze (zeer aanzienlijke) klantenbeperking vormt geen harde kernbeperking. Anderzijds is het wel een harde

kernbeperking als een toegelaten lid beperkt wordt in zijn mogelijkheden om te verkopen aan of te kopen bij andere toegelaten leden van het netwerk<sup>65</sup>. Met andere woorden, de actieve en passieve doorverkoop binnen het netwerk mag niet belemmerd worden;

- in andere distributiesystemen dan selectieve distributie mag de leverancier in principe geen beperkingen opleggen met betrekking tot de klanten (consumenten, wederverkopers, parallelhandelaars) waaraan zijn distributeur verkoopt. De enige uitzondering op deze regel is een verbod of beperking op het vlak van de actieve verkoop aan een bepaalde klantengroep. In dat geval moet echter aan de drie stringente voorwaarden voldaan zijn die hoger werden beschreven voor territoriale beperkingen inzake actieve verkoop. Deze drie voorwaarden moeten *mutatis mutandis* worden nageleefd. Indien deze voorwaarden stipt worden nageleefd, is het tevens mogelijk om een territoriale en een klantenbeperking te combineren. Een voorbeeld van zulke combinatie is een beperking op het vlak van de actieve verkoop die gericht is op supermarkketens (klantengroep) gevestigd binnen België (territoriale dimensie). Zowel voor de klantengroep, als voor de territoriale dimensie dient nagegaan te worden of aan de drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Als dit niet het geval is, geldt de beperking als een harde kernbeperking.

47. Een belangrijke klantenbeperking die niet als een harde kernbeperking wordt aangemerkt is de verplichting voor een groothandelaar (bv. een invoerder) om zich te beperken tot de verkoop aan wederverkopers (de detailhandel) en zich niet rechtstreeks te richten tot eindgebruikers<sup>66</sup>. De nieuwe richtsnoeren verduidelijken dat het een leverancier ook toegestaan is om dit verbod te moduleren en een onderscheid

59. In het vroegere regime moest ook de leverancier deze beperking op zich nemen. Deze bijkomende voorwaarde geldt niet langer in het kader van v  
 ordening 330/2010 (zie verticale richtsnoeren, par. 51, dat luidt als volgt: "[...] Een gebied of klantenkring geldt als exclusief toegewezen wanneer  
 leverancier afsprekt zijn product maar aan één distributeur te leveren met het oog op distributie in een bepaald gebied of aan een bepaalde klan  
 kring en de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkoop in zijn gebied of aan zijn klantenkring door alle andere afnemers van  
 leverancier in de Unie, ongeacht de verkopen van de leverancier. [...]".

60. Economisch gesproken betekent dit dat de bescherming die een exclusieve distributeur kan genieten tegen actieve verkopen beperkt is tot één distr  
 tieniveau en, bijgevolg, één distributiemarge. Daarenboven hoeft dit niet de normale marge te zijn en kan de distributeur die onderworpen is aan  
 verbod op actieve verkopen ervoor opteren om te verkopen aan een zeer beperkte marge.

61. Zie verticale richtsnoeren, par. 47, voetnoot 5: "[...] Zie voor verticale overeenkomsten die betrekking hebben op uitvoer naar of invoer in Nederl  
 vanuit landen buiten de Unie, het arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1998 in zaak C-306/96, *Javico / Yves Saint Laurent*, Jurispr. blz. -1  
 In dat arrest oordeelde het Hof in overweging 20 dat 'een overeenkomst waarbij de wederverkoper zich tegenover de producent heeft verplich  
 contractproducten uitsluitend op een markt buiten de Gemeenschap in de handel te brengen, niet kan worden geacht tot doel te hebben de mededir  
 binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar te beperken, en als zodanig het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te kunnen beïnvloed  
 62. Zie, verticale richtsnoeren, par. 50, waarin wordt gesteld: "Omdat artikel 4, onder b), uitsluitend betrekking heeft op beperkingen betreffende de  
 koop door de afnemer of zijn klanten, zijn beperkingen betreffende de verkoop door de leverancier evenmin een hardcore beperking, behouden  
 geen in punt 59 ten aanzien van de verkoop van vervangingsonderdelen in het kader van artikel 4, onder e), van de groepsvrijstellingsverord  
 wordt opgemerkt."

63. Een selectief distributiestelsel wordt als volgt gedefinieerd in art. 1.1. van verordening 330/2010: "Een distributiestelsel waarbij de leverancie  
 ertoe verbindt, de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criter  
 geselecteerd, en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden, deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binn  
 grondgebied waarop de leverancier heeft besloten dat systeem toe te passen."

64. Zie tweede luik van de definitie in art. 1.1. van verordening 330/2010: "[...] waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden, deze goederen of d  
 niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen [...]".

65. Art. 4, (d), verordening 330/2010.

66. Art. 4, (b), (ii), verordening 330/2010.

maken tussen verschillende categorieën van eindgebruikers, waarbij het verbod geldt voor alle eindgebruikers, met uitzondering van een bepaalde categorie<sup>67</sup>. Deze nuancering beantwoordt aan de gangbare praktijk in een heel aantal sectoren, waarbij de leverancier bepaalde van zijn key accounts een betere prijs wil aanbieden door hen toe te laten om zich rechtstreeks bij groothandelaars (bv. een exclusieve importeur) te bevoorraden in plaats van bij de detailhandel.

#### 4. Verkopen via internet

48. In de aanloop naar verordening 330/2010 is er uitvoerig gedebatteerd over het regime dat toepasselijk moet zijn op verkopen via internet. De lobbying die een liberaal regime voorstond heeft minstens deels bakzeil gehaald. Zonder in detail te gaan, kunnen de basisprincipes als volgt samengevat worden:

- de Commissie beschouwt verkopen via het internet in de regel als een vorm van passieve verkoop<sup>68</sup>. Dit houdt in dat de beperkingen die onverzoenbaar zijn met de groepsvrijstelling voor ‘klassieke’ passieve verkopen in principe een verboden harde kernbeperking<sup>69</sup> zijn en evenmin kunnen opgelegd worden voor de verkoop via het internet. Het algemeen principe is dat iedere distributeur het recht heeft om het internet te gebruiken om producten te verkopen;
- de verticale richtsnoeren<sup>70</sup> geven een reeks voorbeelden van beperkingen die verband houden met de internetverkoop en die als een harde kernbeperking worden beschouwd. Een helder voorbeeld<sup>71</sup> is de verplichting die wordt opgelegd aan een distributeur om te verhinderen dat klanten uit een ander gebied zijn website kunnen bezoeken of om een automatische procedure toe te passen waardoor die klanten worden doorgestuurd naar de website van de producent of andere (exclusieve) distributeurs;
- ongetwijfeld de belangrijkste verduidelijking in de nieuwe spelregels<sup>72</sup> is dat van een internetverkoper mag vereist worden dat hij één of meer fysieke winkels of showrooms heeft alvorens hij tot het (selectieve) netwerk mag toetreden. In vakkringen wordt in dit kader vaak verwezen naar de voorwaarde om over een ‘brick and mortar shop’ te beschikken. Het feit dat

deze voorwaarde niet als een harde kernbeperking wordt gezien, beperkt in belangrijke mate de verdere ontplooiing van de ‘pure’ internettraders. Daarbij komt nog dat van de internetverkoper mag geëist worden dat hij ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid (uitgedrukt in waarde of in volume) offline verkoopt om een doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te waarborgen<sup>73</sup>.

#### 5. Componenten en reserveonderdelen

49. Een tweetal harde kernbeperkingen heeft specifiek betrekking op componenten en reserveonderdelen.

50. Als een leverancier componenten levert aan een afnemer die deze losse componenten verwerkt (monteert) mag deze afnemer er in principe ook voor kiezen om die componenten door te verkopen. Het verbod op doorverkoop zou immers als een klantenbeperking (en dus als een harde kernbeperking) worden beschouwd.

Verordening 330/2010 (art. 4, (b), (iv)) voorziet hierop één specifieke uitzondering, met name “de beperking van de mogelijkheid van de afnemer om componenten welke voor verwerking geleverd zijn, te verkopen aan klanten die de componenten zouden gebruiken om soortgelijke goederen te produceren als de door de leverancier geproduceerde goederen”. In die omstandigheden mag een leverancier van componenten aan zijn afnemer een verplichting opleggen om de voor montage geleverde componenten niet door te verkopen aan concurrenten van de leverancier. Stel dat een producent van fotokopieertoestellen een motor verkoopt aan een afnemer die de motor in een eigen toestel zal monteren. In dat geval mag aan de afnemer het recht ontzegd worden om die motor door te verkopen aan een andere producent van fotokopieertoestellen<sup>74</sup>.

51. Wat de reserveonderdelen betreft, worden overeenkomsten die het eindgebruikers, onafhankelijke herstellende of dienstverrichters bemoeilijken om rechtstreeks van de producent van die onderdelen te kopen, als een harde kernbeperking gekwalificeerd (art. 4, (e) verordening 330/2010)<sup>75</sup>. Dit zou het geval zijn als de producent van reserveonderde-

<sup>67</sup>. In de verticale richtsnoeren (par. 55) wordt het voorbeeld gegeven dat het een groothandelaar ondanks het algemene verbod op verkoop aan eindgebruikers toch toegestaan wordt om aan grotere eindgebruikers te verkopen.

<sup>68</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 52. Onlinereclame die specifiek op bepaalde klanten is gericht wordt wel als een vorm van actieve verkoop beschouwd (bv. het betalen van een aanbieder van zoekmachines of van onlinereclame om de reclameboodschap specifiek aan gebruikers in een bepaald gebied te laten zien) (zie verticale richtsnoeren, par. 53).

<sup>69</sup>. Zie randnr. 45 hierboven.

<sup>70</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 52.

<sup>71</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 52, (a).

<sup>72</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 54.

<sup>73</sup>. Verticale richtsnoeren, par. 52, (c).

<sup>74</sup>. Zie ook, verticale richtsnoeren, par. 55 *in fine*. Deze uitzondering roept in de praktijk heel wat vragen op. Stel dat de betrokken component niet voor eerste montage, maar als een reserveonderdeel wordt geleverd. In dat geval lijkt alvast de letter van de uitzonderingsbepaling te pleiten tegen de mogelijkheid om een beperking op het vlak van de doorverkoop op te leggen. Het hoeft weinig betoog dat als de bepaling dusdanig letterlijk moet genomen worden, de deur openstaat voor misbruiken.

<sup>75</sup>. Zie ook verticale richtsnoeren, par. 59.

len en de producent van het eindproduct afspreken dat de eerste geen reserveonderdelen mag leveren aan eindgebruikers of onafhankelijke dienstverrichters.

Deze harde kernbeperking belet echter niet dat een OEM-producent (dit is de producent die de betrokken onderdelen afneemt om ze als componenten in zijn producten te verwerken) van de leden van zijn eigen onderhouds- en reparatienetwerk vereist dat zij alleen bij hem vervangingsonderdelen kopen. Er is dus geen probleem als de producent van de reserveonderdelen zich ertoe engageert om geen vervangingsonderdelen rechtstreeks te leveren aan het eigen netwerk van de OEM-producent.

#### Praktisch besluit

Als een verticale overeenkomst een harde kernbeperking bevat, heeft het geen zin om de analyse binnen het kader van verordening 330/2010 verder te zetten. Ook een gunstige individuele beoordeling van de overeenkomst (op basis van de 4 criteria van art. 101, lid 3, VWEU) lijkt in die omstandigheden problematisch. Als er desondanks goede efficiëntieoverwegingen zijn om een harde kernbeperking in de overeenkomst op te nemen, is het aangeraden om specialisten in te schakelen en eerst een zeer gedetailleerde afweging door te voeren. Hardekernbeperkingen zijn immers gevaarlijk speelgoed.

### Stap 6. Niet-concurrentieverplichtingen

52. Niet-concurrentieverplichtingen genieten van een eigen regime in het kader van Verordening 330/2010. Zij staan immers niet op de zwarte lijst. Dit betekent dat een niet-concurrentieverplichting in principe geen harde kernbeperking vormt (met alle gevolgen vanden dien zoals beschreven in randnr. 40 hierboven) en dus geen gevaar vormt voor de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling op de verticale overeenkomst.

53. Anderzijds onderwerpt de groepsvrijstelling welbepaalde niet-concurrentieverplichtingen aan specifieke voorwaarden. Als deze voorwaarden niet worden nageleefd, kan de niet-concurrentieverplichting niet genieten van de groepsvrijstelling en kan haar afdwingbaarheid dus niet op die basis worden verdedigd.

54. Verordening 330/2010 maakt een onderscheid tussen drie types van niet-concurrentieverplichtingen.

### 1. Niet-concurrentieverplichtingen tijdens de duurtijd van de verticale overeenkomst

55. De groepsvrijstelling bevat een ruime definitie van het begrip niet-concurrentieverplichting<sup>76</sup>. Het gaat niet alleen om verplichtingen om geen concurrerende producten te produceren of te verkopen. Ook een verplichting van de distributeur om meer dan 80% van zijn behoeften aan producten binnen de relevante markt af te nemen bij de leverancier of een door hem aangeduide verkoper geldt als een niet-concurrentieverplichting. Om dit percentage van 80% te berekenen wordt gekeken naar de aankopen van de afnemer gedurende het voorgaande kalenderjaar.

56. Een niet-concurrentieverplichting wordt maar vrijgesteld op grond van verordening 330/2010 als zij wordt aangegaan voor een bepaalde duurtijd en op voorwaarde dat deze duurtijd niet langer is dan 5 jaar (art. 5, lid 1, (a), verordening 330/2010). Een niet-concurrentieverplichting die wordt aangegaan voor onbepaalde duur of die automatisch hernieuwbaar is, geniet niet van de groepsvrijstelling (art. 5, lid 1, *in fine*, verordening 330/2010).

Voor alle duidelijkheid, als de afnameverplichting van de distributeur 80% niet overschrijdt, geldt er geen voorwaarde op het vlak van de duurtijd om van de groepsvrijstelling te kunnen genieten.

57. Een andere belangrijke uitzondering geldt in het geval dat de afnemer de goederen of diensten verkoopt vanuit een locatie die de eigendom is van de leverancier of door de leverancier wordt gehuurd (art. 5, lid 2, verordening 330/2010). In dat geval mag de duurtijd van de niet-concurrentieverplichting gelijkgeschakeld worden met de duurtijd van het gebruik van de betrokken locatie door de afnemer.

### 2. Niet-concurrentieverplichtingen na de beëindiging van de verticale overeenkomst

58. In principe is een niet-concurrentieverplichting die geldt na het verstrijken van de verticale overeenkomst niet verzoekenbaar met de groepsvrijstelling (art. 5, lid 1, (b), verordening 330/2010). Hierop geldt een uitzondering die aan strikte voorwaarden is onderworpen (art. 5, lid 3, verordening 330/2010). Deze voorwaarden zijn dat de verplichting (i) onmisbaar moet zijn om wezenlijke knowhow die de leverancier aan de afnemer heeft overgedragen te beschermen, (ii) beperkt moet zijn tot het verkooppunt waarin de afnemer tijdens de duur van de overeenkomst werkzaam is geweest en (iii) niet langer dan 1 jaar geldt.

<sup>76</sup> Art. 1, lid 1, (d), verordening 330/2010. Zie ook, verticale richtsnoeren, par. 65 t.e.m. 69.

### 3. Boycot in het kader van selectieve distributie

59. De groepsvrijstelling staat niet toe dat een leverancier aan zijn erkende distributeurs (die actief zijn binnen een selectief distributiesysteem) belet om de producten van welbepaalde concurrerende leveranciers te verkopen (art. 5, lid 1, (c), verordening 330/2010). Het moet echter gaan om een gerichte boycot (bepaalde concurrerende leveranciers). Een algemeen verbod om concurrerende merken te voeren stelt op basis van deze bepaling geen probleem.

#### Praktisch besluit

Niet-concurrentieverplichtingen vereisen steeds bijzondere aandacht bij de analyse van een verticale overeenkomst. Zij zijn immers onderworpen aan welbepaalde vereisten om van de groepsvrijstelling te kunnen genieten. Anderzijds is het belangrijk dat het niet respecteren van die vereisten de toepassing van de groepsvrijstelling op de rest van de verticale overeenkomst niet in het gedrang brengt.

## D. WAT ALS VERORDENING 330/2010 NIET VAN TOEPASSING IS?

60. Het is uitermate belangrijk om te beklemtonen dat de niet-naleving van verordening 330/2010 niet automatisch leidt tot de ongeldigheid van een bepaalde clause of een verticale overeenkomst. Een groepsvrijstelling is niet meer of niet minder dan een vlotte en praktische mogelijkheid om een vrijstelling op grond van artikel 101, lid 3, VWEU te bekomen.

61. Als de groepsvrijstelling (om welke reden dan ook) niet toepasselijk is, staat er niets in de weg aan een eigen beoordeling. Om een eigen beoordeling van verticale overeenkomsten door te voeren, kan vooral nuttig gekeken worden naar de verticale richtsnoeren en de richtsnoeren betref-

fende de toepassing van artikel [101, lid 3, VWEU] (hierna "101, lid 3, richtsnoeren")<sup>77</sup>. Deze instrumenten bieden aan de praktijkjurist een kompas om de eigen beoordeling door te voeren.

62. Een belangrijke nuancering dringt zich evenwel op. Waar de verticale richtsnoeren (en ook art. 101, lid 3, richtsnoeren) verbindend zijn voor de Commissie<sup>78</sup>, geldt dit niet voor de rechtbanken of de nationale mededingingsautoriteiten. Dit neemt niet weg dat deze zich door deze documenten kunnen laten inspireren. Het zou echter volstrekt foutief zijn om te stellen dat zij gehouden zijn om ze toe te passen. De enige die hierdoor gebonden is, is de Commissie.

## E. BESLUIT

Verordening 330/2010 bevat zeker geen revolutionaire veranderingen. De aanpassingen nemen veeleer de vorm aan van verduidelijkingen en verfijningen.

Overeenkomsten die aangegaan zijn vóór 1 juni 2010 kunnen sowieso nog genieten gedurende 1 jaar van het regime van verordening 2790/99<sup>79</sup>. Het belang van deze overgangsregeling is echter beperkt. Immers, met uitzondering van een situatie waarin een verticale overeenkomst niet voldoet aan de marktaandeellimiet van 30% in hoofde van de afnemer/distributeur of geniet van de uitzonderingsregeling voorzien

voor niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten, zijn er weinig situaties denkbaar waarin bestaande verticale overeenkomsten ook niet meteen voldoen aan verordening 330/2010.

Verordening 330/2010 en de verticale richtsnoeren bieden dan ook vooral meer mogelijkheden om op een creatieve wijze distributiesystemen en verticale overeenkomsten uit te werken. De ondernemingswereld zal deze nieuwe verordening dan ook vermoedelijk met open armen ontvangen.

<sup>77</sup>. Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het verdrag [2004] Pb.C. 101 van 27 april 2004, p. 97.

<sup>78</sup>. Op basis van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, zie bv. zaak T-105/95, *WWF UK / Commissie*, Jur.1997, II-313, par. 55.

<sup>79</sup>. Art. 9 verordening 330/2010.