

CAHIER DU JURISTE VAN DE JURIST

Philippe MARCHANDISE, rédacteur en chef • hoofdredacteur

N° 3/2010 • 17^{ÈME} ANNÉE • TRIMESTRIEL • PARUTION : NOVEMBRE 2010 • Nr 3/2010 • 17^{DE} JAARGANG • DRIEMAANDELIJKS • PUBLICATIE : NOVEMBER 2010

HET VERNIEUWD REGIME VOOR VERTICALE OVEREENKOMSTEN IN HET MEDEDINGINSRECHT

1. Op 1 juni 2010 trad een vernieuwd mededingingsrechtelijk regime voor bepaalde categorieën van verticale overeenkomsten in werking. Dat gebeurde door middel van een geüpdate algemene groepsvrijstellingsverordening, Verordening 330/2010 (1), en vernieuwde richtsnoeren inzake verticale beperkingen, de “Verticale Richtsnoeren” (2). Het vernieuwde regime loopt tot 31 mei 2022.

2. Zoals gezegd, is het een vernieuwd, eerder dan een nieuw, regime voor verticale overeenkomsten dat in werking is getreden. Grote delen van de bestaande groepsvrijstelling en de bestaande richtsnoeren blijven onverminderd voortbestaan. Niettemin zijn er een aantal belangrijke wijzigingen te signaleren, evenals een aantal accentverschuivingen.

3. Deze bijdrage bespreekt de wijzigingen en accentverschuivingen op systematische en praktische wijze. Daarbij wordt eerst kort de *ratio legis* van groepsvrijstellingen en richtsnoeren in herinnering gebracht. Vervolgens overlopen we het toepassingsgebied van Verordening 330/2010. Daarna komen de hardcore beperkingen en de niet-concurrentiebedingen aan bod en, ten

slotte, worden de verkopen via internet – de webwinkels – in een afzonderlijke afdeling besproken.

4. Als leidraad bij de bespreking nemen we een distributieovereenkomst die geldig was onder de vorige groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, Verordening 2790/1999 (3), en stellen we ons de vraag die iedere bedrijfsjurist zich dient te stellen, namelijk of dezelfde distributieovereenkomst geldig blijft of aangepast moet of kan worden in deze of gene richting. In ieder geval kunnen we in dat verband reeds vermelden dat distributieovereenkomsten die op 31 mei 2010 niet voldeden aan het regime van de vorige groepsvrijstelling genieten van een overgangperiode van een jaar om de nodige aanpassingen door te voeren. Zij dienen dus op 31 mei 2011 te voldoen aan het nieuwe regime (4).

I Groepsvrijstellingen en richtsnoeren in het mededingingsrecht

5. Artikel 101, lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese

Unie (“VwEU”) (ex-artikel 81 van het EG-verdrag) bevat een principieel en ruim verbod op het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten. Wil een onderneming niettemin een dergelijke overeenkomst sluiten, dan dient zij ervoor te zorgen dat zij kan genieten van een groepsvrijstellingsverordening of een individuele vrijstelling. Indien een overeenkomst niet kan genieten van een groepsvrijstelling staat enkel die laatste optie open. Te dien einde dient de overeenkomst te voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VwEU die erop toezien dat de overeenkomst voldoende voordelen biedt (bijv. in termen van betere prijzen of verbeterde producten) om de concurrentiebeperkende effecten te compenseren.

6. Een overeenkomst die wordt gevat door het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU en niet in aanmerking komt voor een groepsvrijstelling of individuele vrijstelling onder artikel 101, lid 3 VwEU is overeenkomstig artikel 101, lid 2 VwEU van rechtswege nietig. Het spreekt voor zich dat een dergelijke nietigheid rechtsonzekerheid met zich meebrengt en de commerciële deal tussen de betrokken ondernemingen, geheel of gedeeltelijk,

(1) Verord. Comm. nr. 330/2010, 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. L.* 23 april 2010, afl. 102, 1.

(2) *Pb. C.* 19 mei 2010, afl. 130, 1.

(3) Verord. Comm. nr. 2790/1999, 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb. L.* 29 december 1999, afl. 336, 21.

(4) Artikel 9 van Verordening 330/2010.

op de helling plaats wegens de onafdwingbaarheid van overeengekomen exclusieve leveringen of afnameverplichtingen, niet-concurrentiebedingen, enz.

7. Sinds 1 mei 2003 kunnen noch mogen ondernemingen hun overeenkomsten aanmelden aan de Europese Commissie om een beslissing te bekomen omtrent hun rechtsgeldigheid onder artikel 101 VwEU. Sedert de decentralisatie van het Europese mededingingsrecht dienen zij, daarin vaak bijgestaan door hun juridische adviseurs, zelf te beoordelen of dat het geval is (de zogenoemde *self assessment* of zelfbeoordeling onder het mededingingsrecht). Gelet op de potentieel belangrijke commerciële gevolgen van de sanctie van artikel 101, lid 2 VwEU, kiezen ondernemingen er vaak voor om zich te conformeren aan een groepsvrijstelling, indien en voor zover die voorhanden is. Zij hebben op die manier de zekerheid dat het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU niet van toepassing is. De rol van groepsvrijstellingen is dus geëvolueerd: waar zij vroeger ondernemingen ontsloegen van hun aanmeldingsplicht aan de Europese Commissie, bieden zij nu een veilige haven voor ondernemingen bij hun zelfbeoordeling.

8. Het voorgaande is des te meer het geval nu de keuze voor het naleven van een groepsvrijstelling – opnieuw indien en voor zover die voorhanden is – tevens rechtszekerheid meebrengt in België. Geniet een overeenkomst die gevat wordt door het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU van een Europese groepsvrijstelling, dan kunnen de Belgische mededingingsautoriteiten en rechtbanken de overeenkomst niet langer verbieden op basis van het nationale mededingingsrecht, zijnde de Wet tot Bescherming van de Economische Mededinging (“WBEM”). Dat is een gevolg van artikel 3 van Verordening 1/2003, die een convergentie tussen het Europees en nationaal mededingingsrecht instelt (5). De Belgische wetgever is echter verder gegaan en heeft de Europese groepsvrijstellingen van toepassing gemaakt op overeenkomsten die niet worden gevat door het Europees mededingingsrecht (omdat ze de tussen-

staatse handel niet merkbaar beïnvloeden), maar vrijgesteld zouden zijn van het verbod op mededingingsbeperkende overeenkomsten indien dat wel het geval zou zijn.

Anders gezegd, een distributieovereenkomst die enkel de mededinging in België of een wezenlijk deel daarvan beperkt en de tussenstaatse handel niet beïnvloedt, is toegelaten indien die overeenkomst kan genieten van Verordening 330/2010, mocht die van toepassing zijn. Dat is een gevolg van artikel 5, tweede lid WBEM, die er zodoende voor zorgt dat het nuttig effect van een Europese groepsvrijstelling doorwerkt in het nationale (Belgisch) mededingingsrecht (6). Zelfs al is er geen of een onvoldoende (potentieel) effect op de tussenstaatse handel, dan nog is een Europese groepsvrijstelling nuttig om een automatische ontheffing op grond van artikel 2, lid 3 WBEM aan te tonen.

9. Behoudens Verordening 330/2010 zijn de Verticale Richtsnoeren een belangrijk instrument bij de toepassing van regels inzake verticale overeenkomsten. Het doel van de richtsnoeren is om ondernemingen en hun raadgevers bij te staan bij hun zelfbeoordeling; m.a.w. bij hun mededingingsrechtelijke beoordeling of een bepaalde overeenkomst al dan niet kan genieten van een groepsvrijstelling onder Verordening 330/2010 en, zo niet, van een individuele vrijstelling onder artikel 101, lid 3 VwEU.

Richtsnoeren behoren tot het corpus van soft law in het EU recht, dat ab initio slechts bindend is voor de auteur ervan, namelijk de Europese Commissie, wegens het beginsel van het gewettigd vertrouwen (7). Noch de Europese, noch de nationale rechtbanken of nationale mededingingsautoriteiten zijn erdoor gebonden. Voor de eerste wordt dat met zoveel woorden bevestigd in de Verticale Richtsnoeren (nr. 4) (8). Ook voor de nationale rechtbanken en mededingingsautoriteiten hebben richtsnoeren hooguit een interpretatieve juridische kracht, behoudens in de mate dat zij in individuele beschikkingen van de Europese Commissie worden toegepast en de nationale autoriteiten dus niet langer een beslis-

sing kunnen nemen die in strijd is met de door de Commissie gegeven beschikking (9). Ondanks het juridisch niet-bindende karakter leert de ervaring dat de Belgische rechtbanken en mededingingsautoriteiten in hoge mate berusten op de taal van de Verticale Richtsnoeren en die vaak letterlijk citeren in hun beslissingspraktijk. Voor een onderneming en haar raadgevers zijn de Verticale Richtsnoeren in de praktijk dan ook dwingende literatuur. Zij worden om die reden hierna meegenomen in de bespreking.

II Verticale overeenkomsten binnen het toepassingsgebied van Verordening 330/2010

10. Elders hebben we voorgesteld de toepasselijkheid van de vorige groepsvrijstelling (Verordening 2790/1999) te beoordelen aan de hand van een aantal concrete vragen (10). Dezelfde vragen kunnen, licht aangepast, ook worden gebruikt om te bepalen of een overeenkomst binnen het toepassingsgebied van Verordening 330/2010 valt. Is dat het geval, dan kan vervolgens worden bepaald of hetgeen wordt voorzien in de overeenkomst is toegelaten volgens de groepsvrijstelling (zie afdelingen 3 en 4).

11. De zes te beantwoorden vragen zijn :

- (i) Betreft het één of meerdere verticale overeenkomsten ?
- (ii) Bevat deze verticale overeenkomst één of meerdere verticale beperkingen ?
- (iii) Betreft het hoofdoorwerp van de overeenkomst een overdracht van intellectuele eigendomsrechten ?
- (iv) Betreft het een overeenkomst tussen concurrenten of in het kader van een vereniging van detailhandelaars ?
- (v) Hebben de leverancier en de afnemer een marktaandeel van niet meer dan 30 % ?
- (vi) Valt de verticale overeenkomst in kwestie binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstelling ?

(5) Verord. Raad nr. 1/2003, 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1.

(6) F. WIJCKMANS, “De nieuwe Belgische mededingingswet”, *R.W.* 2006-07 (15), 622-634.

(7) F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER en A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 36, nr. 1.83 ev.

(8) “Deze richtsnoeren laten de jurisprudentie van het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie over de toepassing van artikel 101 op verticale overeenkomsten onverlet”.

(9) Artikel 16 Verord. Raad nr. 1/2003.

(10) F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER en A. VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 46, nr. 2.03 ev.

(11) Artikel 1(a) Verord. Comm. 330/2010.

12. Elk van die vragen wordt hierna kort toegelicht, met bijzondere aandacht voor die punten die nieuw zijn of werden gewijzigd onder het nieuwe regime.

A. VERTICALE OVEREENKOMST?

13. Een verticale overeenkomst is “een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen, kopen, verkopen of doorverkopen” (11).

14. Op dat punt is er niets nieuws onder de zon. De definitie is onveranderd gebleven en wordt in de Verticale Richtsnoeren (nrs. 24-26) in meer detail toegelicht. Uit die toelichting blijkt dat vier elementen van belang zijn bij de bepaling of er sprake is van een verticale overeenkomst in de zin van de groepsvrijstelling:

1. Is er een overeenkomst?

15. Centraal aan het begrip overeenkomst is dat er een wilsovereenstemming bestaat. Die wilsovereenstemming kan uitdrukkelijk zijn of stilzwijgend. De laatste notie van stilzwijgende wilsovereenstemming gaf recent aanleiding tot nogal wat discussie, inclusief voor de Europese rechtbanken, omdat het een notie is die dicht aanleunt tegen de grens van de eenzijdige gedraging, die enkel onderworpen is aan het verbod van artikel 102 VwEU (het verbod van het misbruik van machtspositie) en niet gevat worden door het verbod van artikel 101 VwEU.

16. Omtrent stilzwijgende wilsovereenstemming stellen de Verticale Richtsnoeren (nr. 25): “de Commissie [kan], als een ... 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”.

17. De Commissie voegt een aantal voorbeelden toe van stilzwijgende instemming. Dit is het laatste voorbeeld: “Evenzo kan bij verticale overeenkomsten stilzwijgende instemming worden afgeleid uit de mate van dwang die een partij uitoefent om haar eenzijdige beleid aan de andere partij of partijen de overeenkomst op te leggen, in combinatie met het aantal distributeurs dat het eenzijdige beleid van de leverancier daadwerkelijk uitvoert. Zo wijst een systeem van controles en sancties, opgezet door een leverancier om distributeurs te straffen die zich niet naar zijn eenzijdige beleid schikken, op stilzwijgende instemming met het eenzijdige beleid van de leverancier indien dit systeem de leverancier in staat stelt zijn beleid in de praktijk toe te passen”. Aldus stelt de Commissie dat een eenzijdig beleid, dat door een leverancier wordt gekoppeld aan sancties bij de niet-naleving ervan, een overeenkomst uitmaakt in de zin van artikel 101 VwEU als de distributeur zich niet uitdrukkelijk verzet tegen dat eenzijdige beleid. Het schijnt ons toe dat dit verder gaat dan de huidige rechtspraak van de Europese rechtbanken.

2. Is de overeenkomst tussen minstens twee ondernemingen?

18. In het gewone commerciële verkeer is die voorwaarde in de regel vervuld. In het mededingingsrecht wordt het begrip “onderneming” immers zeer breed gelezen als zijnde elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm (rechtspersoonlijkheid is overigens niet vereist) en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Een economische activiteit bestaat daarbij in het aanbieden van een product of een dienst op een markt (12).

19. De groepsvrijstelling is slechts van toepassing op verticale overeenkomsten tussen minstens twee ondernemingen. Die voorwaarde houdt minstens de volgende drie zaken in:

1. Verticale overeenkomsten met eindgebruikers die niet als onderneming werkzaam zijn (consumenten), vallen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling in het bijzonder en van artikel 101 VwEU in het algemeen.
2. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten die worden gesloten tussen ver-

bonden ondernemingen, zoals gedefinieerd in artikel 1 (2) van Verordening 330/2010. Het mededingingsrecht is niet van toepassing op zogenoemde intra groep overeenkomsten. Een moederonderneming kan de bediening van een bepaalde markt exclusief toebedelen aan een bepaalde dochteronderneming, die dochter een strikte prijzenpolitiek opleggen, en haar andere dochters verplichten om orders voor de markt in kwestie door te geven aan de betrokken dochter. Dat soort marktverdeling en prijzencontrole is verboden tussen onafhankelijke ondernemingen, maar toegelaten in het kader van ondernemingen die tot dezelfde groep behoren en mededingingsrechtelijk dus als één onderneming worden beschouwd.

3. Bijzondere aandacht in de Verticale Richtsnoeren (nr. 12-21) gaat uit naar agentuurovereenkomsten, waar afhankelijk van de financiële en commerciële risico's die de agent draagt, moet worden beslist of de agent al dan niet een afzonderlijke onderneming vormt. Wanneer de agent geen of slechts minieme risico's draagt in het kader van zijn overeenkomst, is dat niet het geval. Omgekeerd wordt de agent een onafhankelijke distributeur en komt de agentuurovereenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101 VwEU wanneer de agent bepaalde risico's en/of kosten op zich neemt. De soorten risico's/kosten die in aanmerking moeten worden genomen en de manier waarop dat dient te gebeuren, wordt checklistmatig opgelijst in de Verticale Richtsnoeren.

3. Heeft de overeenkomst een verticaal karakter?

20. Het verticale element van de overeenkomst houdt in dat het moet handelen om een overeenkomst die, met het oog op de toepassing ervan, gesloten is tussen ondernemingen die elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn (producent, groothandelaar, detailhandelaar). Er moet dus gekeken worden naar de verhouding van de ondernemingen in het kader van de overeenkomst. Ondernemingen kunnen in meer dan één stadium van de productie- of distributieketen actief zijn, waaronder op het-

(12) De relevant rechtspraak die aan de basis ligt van dit functioneel criterium is te vinden in F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER en A. VANDERELST, *Ver-*

tical Agreements in EC Competition Law, Oxford, Oxford University Press, 2006, 74-75, nr. 2.91-2.96.

zelfde niveau (bijv. als producent). Echter, wanneer zij overeenkomsten sluiten op een verschillend niveau (als leverancier en afnemer), is dat een verticale overeenkomst in de zin van artikel 1 (a) Verordening 330/2010.

4. *Heeft de overeenkomst betrekking op de koop, verkoop of doorverkoop van goederen of diensten?*

21. Opnieuw blijkt uit die voorwaarden het ruime toepassingsgebied van de groepsvrijstelling. Alle koopverkoop- en distributieovereenkomsten van om het even welke intermediaire producten en eindproducten (goederen of diensten) worden er potentieel door omvat. Zulks is niet het geval voor huur- en leasingovereenkomsten en evenmin voor beperkingen of verplichtingen die geen betrekking hebben op koopverkoop- of wederverkoopvoorwaarden (13). Wat dat laatste betreft, geven de Verticale Richtsnoeren (nr. 26) het voorbeeld van een clause, in een voor het overige verticale overeenkomst, die het de partijen verbiedt om nog langer onafhankelijk aan onderzoek en ontwikkeling te doen. Die beperking valt buiten de werkingsfeer van de groepsvrijstelling.

B. VERTICALE BEPERKINGEN ?

22. Verordening 330/2010 treedt slechts in werking voor verticale overeenkomsten die merkbare beperkingen van de mededinging bevatten. Dat is niet het geval indien de overeenkomst een "overeenkomst van geringe betekenis" is. Of dat zo is, kan worden bepaald aan de hand van de zogenoemde *de minimis* bekendmaking van de Europese Commissie (14).

23. De *de minimis* bekendmaking, evenals de Verticale Richtsnoeren (nr. 8-11), bevatten minstens drie vermeldenswaardige richtsnoeren voor verticale overeenkomsten :

1. Voor verticale overeenkomsten veronderstelt de Europese Commissie dat er geen merkbare beperking is van de mededinging als de partijen geen concurrerende ondernemingen zijn en hun individueel marktaan-

deel op de relevante markt niet meer dan 15 % bedraagt (15).

2. In geval van een zogenoemd cumulatief afschermingeffect (dat zich voordoet indien minstens 30 % van een relevante markt wordt beheerst door overeenkomsten aangegaan door diverse leveranciers of distributeurs die soortgelijke effecten op de markt hebben, bijv. voor brouwerij- of tankstationovereenkomsten), wordt het relevante marktaandeel verlaagd tot 5 % (16).

3. Een verticale overeenkomst komt niet in aanmerking voor *de minimis* behandeling indien zij één of meerdere hardcore beperkingen van de mededinging bevat (zie verder nr. 37-50). Niettemin zal de Europese Commissie in een dergelijk geval er in de regel van afzien een procedure in te leiden, wegens onvoldoende belang van de EU (17). Dat staat een nationale procedure niet in de weg.

24. Naast het *de minimis* regime herhalen de Verticale Richtsnoeren (nr. 11), in navolging van de *de minimis* bekendmaking, dat verticale overeenkomsten tussen KMO's in de regel niet de mededinging beperken in de zin van artikel 101 VwEU (18). Het is voor overeenkomsten tussen KMO's dan ook over het algemeen zelfs niet nodig om de marktaandelen te berekenen (19). In een typisch KMO-land als België is het niet onbelangrijk dat in het achterhoofd te houden.

25. Het is eveneens goed eraan te herinneren dat, ten gevolge van de convergentie op basis van artikel 3 van Verordening 1/2003, de Belgische instanties niet op basis van de WBEM een verticale overeenkomst kunnen verbieden die geniet van het *de minimis* regime en dus niet gevat wordt door het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU.

C. INTELLECTUELE EIGENDOMSRECHTEN ?

26. Ook de derde stap in de vraag naar het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling bestond reeds onder het vorige regime en blijft bestaan onder

Verordening 330/2010. Die stap bestaat erin dat de overdracht van intellectuele eigendomsrechten ("IER") niet de hoofdmoot van de verticale overeenkomst mogen uitmaken, maar dat het hoofdonderwerp steeds de koopverkoop of wederverkoop van goederen of diensten dient te zijn.

27. Meer bepaald leest artikel 2 (3) van Verordening 330/2010 dat de groepsvrijstelling van toepassing is "op verticale overeenkomsten welke bepalingen bevatten betreffende de overdracht aan de afnemer of het gebruik door de afnemer van IER indien deze bepalingen niet het hoofdonderwerp van dergelijke overeenkomsten vormen en rechtstreeks met het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten verband houden. De vrijstelling is van toepassing op voorwaarde dat, met betrekking tot de contractgoederen en -diensten, deze bepalingen geen mededingingsbeperkingen bevatten die hetzelfde doel hebben als verticale beperkingen waarvoor op grond van deze verordening geen vrijstelling geldt". Die voorwaarden worden in detail besproken in de Verticale Richtsnoeren (nr. 31-45).

28. We onthouden in het bijzonder de volgende drie punten :

1. Wanneer de overdracht van IER centraal staat in een verticale overeenkomst, valt die buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling. Dat is het geval bij zui-vere merklicenties (bijv. sponsorovereenkomst) of licenties met het oog op de productie van bepaalde goederen (bijv. merchandising), zelfs indien deze gepaard gaat met de levering van bepaalde goederen waarop het merk wordt aangebracht (20). Omgekeerd staan in franchiseovereenkomsten meestal de koopverkoop van bepaalde goederen centraal en heeft enige daarbij verstrekte licentie op het merk en de knowhow van de franchisegever louter tot doel de verkoop van de goederen te vergemakkelijken (21). Die overeenkomsten komen wel

(13) Verticale Richtsnoeren, nr. 25 (d) en 26.

(14) Bekendmaking Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de *de minimis*), *Pb. C.* 22 december 2001, afl. 368, 13.

(15) De *de minimis* bekendmaking, nr. 7 (b).

(16) De *de minimis* bekendmaking, nr. 8

(17) De *de minimis* bekendmaking, nr. 11.

(18) De *de minimis* bekendmaking, nr. 3. KMO's worden gedefinieerd als ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen euro of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen euro niet overschrijdt.

(19) Verticale Richtsnoeren, nr. 87.

(20) Verticale Richtsnoeren, nr. 31, 33 en 35.

(21) Verticale Richtsnoeren, nr. 36 en 43.

binnen het toepassingsgebied van Verordening 330/2010.

2. De overdracht van IER dient te gebeuren van de leverancier naar de afnemer en niet omgekeerd. Toeleveringsovereenkomsten waarbij de koper aan de producent niet alleen specificaties verstrekt, maar ook IER, om bepaalde goederen te produceren en vervolgens aan de koper te leveren, vallen dus buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling. Zij kunnen desgevallend wel genieten van vrijstelling van het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU op basis van de zogenoemde toeleveringsbekendmaking (22), zelfs indien wordt voorzien in een exclusieve leveringsplicht vanwege de leverancier aan de afnemer die de IER verstrekt.
3. Het is logisch dat geen hardcore beperking van de mededinging kan worden afgedwongen via de omweg van IER. Zo kan een licentie die bijv. beperkt is tot België niet door de licentiegever worden aangewend om op te treden tegen zogenoemde passieve verkopen (zie verder nr. 43) van de licentienemer buiten België.

D. VERTICALE OVEREENKOMST TUSSEN CONCURRENTEN OF IN HET KADER VAN EEN VERENIGING VAN DETAILHANDELAREN ?

29. De nieuwe groepsvrijstelling is stringenter geworden voor verticale overeenkomsten tussen concurrenten. Zij is niet langer van toepassing op niet-wederkerige verticale overeenkomsten met een concurrent als distributeur met een jaaromzet van niet meer dan 100 miljoen euro. Volgens artikel 2 (4) van Verordening 330/2010 kunnen enkel nog gevallen van duale distributie genieten van de groepsvrijstelling. Duale distributie doet zich voor wanneer de leverancier een producent is die zijn goederen verdeelt (of zijn diensten aanbiedt) zowel via eigen als via onafhankelijke distributeurs en die laatsten geen concurrerende goederen produceren (of diensten aanbieden op het handelsniveau waarop ze deze kopen) (23). In

gevallen van duale distributie komen de eigen winkels van de leverancier dus in concurrentie met de winkels van zijn onafhankelijke distributeurs. Zodra de leverancier en distributeur voor de betrokken producten - daadwerkelijk of potentieel (24) - concurreren op het niveau van de productie, kunnen de niet-wederkerige distributieovereenkomsten die zij sluiten niet langer genieten van de groepsvrijstelling.

30. Indien een distributieovereenkomst kon genieten van de vorige groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten, omdat de afnemer/concurrent een jaaromzet van 100 miljoen euro of minder had, betekent dat niet dat de overeenkomst ongeldig en onafdwingbaar wordt onder de huidige groepsvrijstelling. Zo kan worden nagegaan of de overeenkomst kan genieten van het *de minimis* regime en dus mogelijk in de eerste plaats niet werd gevat door het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU, hetgeen het geval is indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 10 %. Dat is een algemene regel, die ook van toepassing is op verticale overeenkomsten tussen concurrenten die mogelijk om andere redenen niet in aanmerking komen voor groepsvrijstelling (bijv. omdat het wederkerige overeenkomsten zijn). Bovendien dient te worden herhaald dat er geen vermoeden van onwettigheid bestaat voor een verticale overeenkomst die niet vrijgesteld wordt op basis van de groepsvrijstelling. Die komt nog steeds in aanmerking voor een individuele vrijstelling. Aangezien de Europese Commissie jarenlang niet-wederkerige verticale overeenkomsten tussen concurrenten heeft laten genieten van een groepsvrijstelling indien de afnemer een bepaalde omzetsdrempel niet overschreed, lijkt een individuele vrijstelling zeker tot de mogelijkheden te behoren, in het bijzonder wanneer de betrokken overeenkomst geen hardcore beperkingen bevat.

31. Tenslotte, wat verticale overeenkomsten gesloten tussen een onderne-

mersvereniging en haar leden of leveranciers betreft, geldt de groepsvrijstelling, zoals voorheen, alleen indien alle leden van de vereniging detailhandelaren zijn en mits geen individueel lid een totale jaaromzet van meer dan 50 miljoen EUR behaalt. De Verticale Richtsnoeren herinneren eraan dat overeenkomsten tussen leden van een vereniging in de eerste plaats horizontale overeenkomsten zijn, eventueel met een verticale uitwerking (bijv. de beslissing van de leden om zich uitsluitend bij bepaalde leveranciers te bevoorraden), en dat de chronologie van de mededingingsrechtelijke beoordeling is: eerst horizontaal, vervolgens verticaal. Het is dus slechts indien de horizontale samenwerking mededingingsrechtelijk aanvaardbaar is, dat kan worden overgegaan naar de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de verticale overeenkomsten (25).

E. MARKTAANDEELLIIMIET ?

32. Een voorlaatste stap in de analyse van de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling betreft het onderzoek naar de marktmacht van de betrokken ondernemingen. Op dat punt hanteert de nieuwe groepsvrijstelling een duidelijk nieuwe aanpak, die wordt gekenmerkt door een dubbele marktaandeellimiet van 30 % voor zowel de leverancier als de afnemer (26). Onder de vorige groepsvrijstelling gold die marktaandeellimiet enkel voor de leverancier, behalve wanneer het een exclusieve levering aan één afnemer in de EU betrof, in welk geval het marktaandeel van de afnemer de 30 % niet mocht overstijgen. Dat laatste scenario kon overigens gemakkelijk worden omzeild door een bijkomende afnemer aan te duiden, desgevallend in een klein en/of relatief afgelegen territorium (genre: Malta of Cyprus), om op die manier het marktaandeel van de leverancier terug te laten prevaleren boven dat van de afnemer.

33. De reden voor de nieuwe dubbele marktaandeellimiet is volgens de Europese Commissie dat de praktijk heeft

(22) Verticale Richtsnoeren, nr. 22, 31 (b) en 34. De toeleveringsbekendmaking, die dateert uit 1978, is één van de oudste nog geldende bekendmakingen, gepubliceerd in *Pb. C.* 3 januari 1979, afl. 1,2.

(23) Verticale Richtsnoeren, nr. 28.

(24) Verticale Richtsnoeren, nr. 27 : *“Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten behandeld indien zij actief zijn op dezelfde relevante markt. Een onderneming wordt als potentiële concurrent van een andere onderneming behandeld indien zij, zonder verticale overeenkomst, in geval van een geringe maar duurzame relatieve prijsstijging, wellicht binnen een korte tijd – normaal niet langer dan één jaar – de*

vereiste extra investeringen zou doen of andere noodzakelijke omschakelingskosten zou maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te betreden.”

(25) De beoordeling van de horizontale afspraken gebeurt op basis van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb. C.* 6 januari 2001, afl. 3,2., die momenteel worden herzien.

(26) Artikel 3 (1) van Verordening 330/2010. Een tijdelijke overschrijding van deze drempel is toegestaan onder de voorwaarden opgesteld in Artikel 7 (d) – 7 (f) van Verordening 330/2010.

aangetoond dat afnemers hun marktmacht kunnen gebruiken om verticale beperkingen in het leven te roepen die schadelijk zijn voor de eindconsument. Het invoeren van een marktaandeelmiet voor de afnemer zou in het voordeel van de KMO's zijn, omdat het in de regel die ondernemingen zijn die worden geschaad door dergelijke beperkingen, hetzij als concurrenten van de sterke afnemer, hetzij als leverancier die de koopkracht van de sterke afnemer moet ondergaan (27).

34. Het marktaandeel van de leverancier wordt gemeten op de downstream markt waarop hij in concurrentie met andere leveranciers de contractproducten verkoopt; dat van de afnemer op de relevante upstream of inkoopmarkt voor de relevante producten. Verdeelt een leverancier via een overeenkomst verschillende producten en heeft hij voor sommige een marktaandeel van minder dan 30 % en voor andere meer dan 30 %, dan geldt de groepsvrijstelling voor die laatste producten (28). Concreet lijkt de dubbele marktaandeelmiet berekend te zullen worden op dezelfde relevante markt (bijv. de markt van gsm toestellen). De insteek daarbij is dat voor de leverancier enkel zijn eigen verkopen tellen (bijv. Nokia, Samsung, Sony Ericsson), terwijl voor een afnemers zoals bijv. MediaMarkt of FNAC het totaal van hun inkopen van alle merken zal gelden (dus: Nokia en Samsung en Sony Ericsson).

F. LEX SPECIALIS DEROGAT GENERALI

35. Zoals Verordening 2790/1999 is Verordening 330/2010 niet van toepassing op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstelling valt, tenzij in een dergelijke verordening anders is bepaald (artikel 2 (5)). Ook op dat vlak is er dus niets nieuws onder de zon.

36. Voor verticale overeenkomsten bestaan er in het bijzonder nog twee andere groepsvrijstellingen. Enerzijds is er de groepsvrijstelling inzake technolo-

gieoverdracht, die van toepassing is op licenties zoals octrooi- en knowhow-licentieovereenkomsten en op licentieovereenkomsten betreffende het auteursrecht (29). Anderzijds bestaat er de groepsvrijstelling inzake de distributie van motorvoertuigen. De nieuwe groepsvrijstelling voor motorvoertuigendistributie, Verordening 461/2010 (30), is samen met Verordening 330/2010 in werking getreden. Met ingang van 1 juni 2013 voorziet Verordening 461/2010 voor motorvoertuigen een volledige gelijkenschakeling met het algemene regime, zodat er vanaf dat moment geen *lex specialis* voor motorvoertuigen meer zal bestaan. Voor de vervolmarkt, zijnde de distributie van onderdelen en de dienst na verkoop van motorvoertuigen, is er eveneens een convergentie met het regime van de algemene groepsvrijstelling, mits toevoeging van een drietal bijzondere hardcore beperkingen (artikel 5 Verordening 461/2010).

III Hardcore beperkingen onder Verordening 330/2010

37. Eenmaal is vastgesteld dat een verticale overeenkomst binnen het toepassingsgebied van Verordening 330/2010 valt, is de vraag of de overeenkomst ook daadwerkelijk van de vrijstelling kan genieten. Daarbij geldt, mits een enkele uitzondering, de algemene regel dat alles is toegestaan wat niet verboden is. Het is dus belangrijk te weten wat verboden is, zijnde de hardcore beperkingen van artikel 4 en de uitgesloten beperkingen van artikel 5. Die laatste beperkingen, die betrekking hebben op de niet-concurrentiebedingen, komen in deel 4 aan bod. De hardcore beperkingen hebben betrekking, respectievelijk, op verticale prijsbinding, marktverdeling (waar, als uitzondering op de regel, alles verboden blijft wat niet uitdrukkelijk is toegelaten), selectieve distributie en de levering van vervangingsonderdelen. Elk van die beperkingen worden in wat volgt afzonderlijk behandeld.

38. Alvorens over te gaan tot de bespreking van de hardcore beperkingen, dient erop te worden gewezen dat er geen scheidbaarheidprincipe geldt voor een inbreuk op het verbod op hardcore beperkingen. Indien er sprake is van een of meer hardcore beperkingen, gaat de aanspraak op de groepsvrijstelling verloren voor de verticale overeenkomst in haar geheel (31). Hardcore beperkingen kunnen dus niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden. Dat betekent in principe niet dat geen individuele vrijstelling voorhanden kan zijn. Niettemin geldt voor hardcore beperkingen een weerlegbaar vermoeden dat die niet op individuele basis kunnen worden vrijgesteld op grond van artikel 101, lid 3 VwEU (32). Kortom, mede erop gelet dat hardcore beperkingen niet in aanmerking komen voor het *de minimis* regime vormt artikel 4 van Verordening 330/2010 voor een praktijkjurist hét aandachtspunt van de groepsvrijstelling en is het cruciaal daaromtrent correct te adviseren.

A. VERTICALE PRIJSBINDING

39. Verticale prijsbinding was, is en blijft uitgesloten van de groepsvrijstelling. Artikel 4 (a) van Verordening 330/2010 beschouwt als hardcore beperking “*de beperking van de mogelijkheid van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs, onverlet de mogelijkheid voor de leverancier om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden, mits deze prijzen niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect hebben als een vaste prijs of minimumprijs*”.

40. Kort gezegd, het opleggen van een vaste prijs of een minimumprijs is verboden als hardcore beperking; een maximumprijs en aanbevolen wederverkoopprijs zijn toegelaten. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het feit dat een minimumprijs zowel rechtstreeks als onrechtstreeks kan worden opgelegd, dat laatste bijv. door het vaststellen van de marge die de distri-

(27) Europese Commissie, MEMO/10/138, 20.4.2010.

(28) Verticale Richtsnoeren, nr. 72.

(29) Verord. Comm. nr. 772/2004, 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb. L.* 27 april 2004, afl. 123, 11. Die groepsvrijstelling gaat vergezeld van de Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb. C.* 27 april 2004, afl. 101, 2. Zie ook Verticale Richtsnoeren, nr. 46.

(30) Verord. Comm. nr. 461/2010, 27 mei 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afge-

stemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb. L.* 28 mei 2010, afl. 129, 52. De groepsvrijstelling gaat vergezeld van de Aanvullende richtsnoeren betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen, *Pb. C.* 28 mei 2010, afl. 138, 16.

(31) Verticale Richtsnoeren, nr. 70.

(32) Verticale Richtsnoeren, nr. 47.

(33) Verticale Richtsnoeren, nr. 48.

(34) Verticale Richtsnoeren, nr. 50, *in fine*.

buteur neemt bij de wederverkoop van de geleverde producten of van de maximum kortingen. Ook kan een aanbevolen wederverkoopprijs effectief worden afgedwongen, hetzij door middel van sancties bij de niet-naleving ervan (waarschuwingen, vertraging of opschorting van leveringen), hetzij door middel van stimulansen bij de naleving ervan (toekennen van kortingen, terugbetaling van bijv. promotiekosten) (33). Op die manier wordt een aanbevolen wederverkoopprijs een verboden vaste prijs.

41. Verticale prijsbinding komt nooit in aanmerking voor de groepsvrijstelling. In uitzonderlijke gevallen behoort een individuele vrijstelling tot de mogelijkheden. Ook voor de andere beperkingen van de mededinging zal er overigens een individuele vrijstelling vereist zijn, omdat zij, wegens de hardcore beperking van de verticale prijsbinding, ook buiten de groepsvrijstelling vallen.

De Europese Commissie heeft daartoe nieuwe taal toegevoegd aan de Verticale Richtsnoeren (nr. 225), waarin zij bijv. geneigd is een vaste prijs te aanvaarden voor een kortlopende (2-6 weken) prijsverlagingsactie in een franchisenetwerk.

B. MARKTVERDELING: GEBIEDS- EN KLANTENBEPERKINGEN

42. Gebiedsbeperkingen zijn beperkingen van het gebied waarin de afnemer de contractproducten mag verkopen; klantenbeperkingen zijn beperkingen van de klanten waaraan de afnemer de contractproducten mag verkopen. Op het vlak van de gebied- en klantenbeperkingen zijn een aantal interessante nieuwigheden te signaleren.

43. Startpunt is dat voor marktverdeling de zogenoemde dwangbuisaanpak nog steeds geldt. In tegenstelling tot de regel onder de groepsvrijstelling dat alles is toegelaten wat niet uitdrukkelijk verboden is, geldt voor gebieds- en klantenbeperkingen nog steeds dat alles is verboden wat niet uitdrukkelijk toegelaten is. Wat uitdrukkelijk is toegelaten, zijn de volgende beperkingen.

1. *Alle distributiefomules: locatieclausules, beperkingen aan de leverancier en aan groothandelaars*

– Artikel 4 (b) van Verordening 330/2010 laat voor alle distributiefomules een locatieclausule toe, zijnde een beperking van de distributeur ten aanzien van zijn vestigingsplaats. Voorheen waren locatieclausules enkel toegestaan in het kader van selectieve distributie of in het kader van exclusieve distributie, als onderdeel van het verbod op actieve verkoop. Die eerder formalistische aanpak is dus verlaten. Vanaf nu is het zo dat de groepsvrijstelling blijft gelden indien overeengekomen is dat de afnemer zijn verkooppunt(en) en opslagplaats(en) tot een bepaald adres, een bepaalde plaats of een bepaald gebied beperkt (34).

– Artikel 4 (b) van Verordening 330/2010 laat voor alle distributiefomules beperkingen op de verkopen van de leverancier zelf toe. De reden daarvoor is dat artikel 4 (b), aldus de Verticale Richtsnoeren (nr. 50), uitsluitend betrekking heeft op beperkingen betreffende de verkoop door de afnemer of zijn klanten, en dus niet op beperkingen betreffende de verkoop van de leverancier.

– Volgens artikel 4 (b) (iii) van Verordening is het tenslotte mogelijk om de verkopen van een groothandelaarafnemer aan eindgebruikers te beperken. De Verticale Richtsnoeren (nr. 55) voegen daar nu aan toe dat het volgens de Europese Commissie niet alleen mogelijk is om de verkopen aan eindgebruikers *tout court* te verbieden, maar ook om die verkopen te verbieden/toe te laten voor bepaalde categorieën van eindgebruikers (bijv. naar de *key customer accounts*).

– Aangezien de hardcore beperkingen enkel betrekking hebben op de handel binnen de EU, kan de leverancier zijn wederverkopers verbieden om buiten de EU (zelfs passief) te verkopen (35).

2. *Exclusieve distributie: verbod van actieve verkoop*

– De leverancier mag een verbod van actieve verkoop opleggen naar het exclusieve gebied of aan de exclusieve klantenkring voorbehouden aan de leverancier zelf of toegewe-

zen door de leverancier aan een andere exclusieve afnemer, wanneer die beperking de verkoop door de klanten van de afnemer niet belemmert.

Een gebied of een klantenkring is exclusief “wanneer de leverancier afsprekt zijn product maar aan één distributeur te leveren met het oog op distributie in een bepaald gebied of aan een bepaalde klantenkring en de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkoop in zijn gebied of aan zijn klantenkring door alle andere afnemers van de leverancier in de Unie, ongeacht de verkopen van de leverancier” (36).

Er moeten dus drie voorwaarden voldaan zijn voor een rechtsgeldig verbod op actieve verkopen: (i) het doelterritorium of de klantengroep is door de leverancier voor zichzelf voorbehouden of aan één afnemer toegewezen; (ii) alle andere afnemers in de EU wordt het verbod opgelegd (in tegenstelling tot vroeger geldt het verbod niet langer voor de leverancier zelf); en (iii) het verbod geldt enkel ten overstaan van de rechtstreekse afnemer; er mag niet van hem worden vereist dat hij het verbod op zijn beurt oplegt aan zijn klanten.

Actieve verkoop omvat de verkoop die volgt nadat een afnemer op eigen initiatief individuele klanten heeft benaderd. De meest uitgesproken vorm van actieve verkoop is het oprichten van een verkooppunt in het exclusieve gebied van een andere exclusieve distributeur. Zoals hierboven uiteengezet, kan dit nu sowieso worden tegengehouden, aangezien locatieclausules opgelegd door de leverancier te allen tijde mogelijk zijn. Andere vormen van actieve verkoop die ook kunnen worden verboden, zijn het ongevraagd aanschrijven, e-mailen of bezoeken van klanten buiten territorium of het voeren van specifieke reclame via de media of op internet.

– De leverancier moet passieve verkopen naar het exclusief territorium of de exclusieve klantenkring van zijn afnemers toestaan. Passieve verkopen zijn verkopen die er komen op vraag van een klant, al dan niet na het voeren van algemene reclame of promotie (zoals gezegd geeft reclame die specifiek gericht is op een exclusief territorium of exclusieve klantenkring van een andere afnemer aanleiding tot actieve verkopen) (37). Ook verkopen via het

(35) Verticale Richtsnoeren, nr. 47, vn. 5.

(36) Verticale Richtsnoeren, nr. 51. Zie F. TUYTSCHAEVER en F. WIJCKMANS, “Tot zover het verbod op actieve verkoop”, *R.W.* 2002-2003 (66), 81-91.

(37) Verticale Richtsnoeren, nr. 51.

(38) Verticale Richtsnoeren, nr. 51.

(39) Verticale Richtsnoeren, nr. 175.

internet zijn in de regel passieve verkopen (zie verder afdeling 5).

Het is slechts in uitzonderlijke omstandigheden dat de Europese Commissie een verbod op passieve verkopen toestaat. In de Verticale Richtsnoeren (nr. 61) geeft zij aan dat dit, voor een periode beperkt tot twee jaar, mogelijk is ingeval een leverancier met een exclusieve afnemer een nieuwe geografische markt betreedt en de afnemer aanzienlijke investeringen moet doen om de nieuwe markt op te zetten/te ontwikkelen. In een dergelijk geval laat de Commissie toe de betrokken afnemer te beschermen niet alleen tegen actieve, maar ook tegen passieve verkopen.

– Indien de hierboven vermelde voorwaarden worden vervuld, mogen een gebieds- en klantenbeperking gecombineerd worden. Anders gezegd, een leverancier mag de actieve verkoop beperken aan een bepaalde klantenkring (bijv. openbare besturen) in een bepaald gebied (bijv. Brussel) waar de leverancier een exclusieve afnemer heeft aangesteld (38).

3. *Selectieve distributie: verbod van leveringen aan niet-erkende distributeurs, vrijheid van leveringen aan eindgebruikers*

44. Artikel 1 (1) (e) van Verordening 330/2010 definieert een systeem van selectieve distributie als volgt: *een distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt, de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden, deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het grondgebied waarop de leverancier heeft besloten dat systeem toe te passen*".

45. Selectieve distributie kan twee vormen aannemen: kwalitatieve en kwantitatieve selectieve distributie. Bij de eerste vorm worden een aantal kwalitatieve criteria opgelegd waaraan de wederverkopers dienen te voldoen. Wanneer die criteria vereist zijn wegens de aard van het product (bijv. opleiding van verkooppersoneel, verleende service, aanhouden van welbepaald assortiment)

is er sprake van zuiver kwalitatieve selectieve distributie, die over het algemeen wordt geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1 VwEU te vallen. Zuivere kwalitatieve selectieve distributie heeft dus over het algemeen zelf geen nood aan de groepsvrijstelling. Er is sprake van kwantitatieve selectieve distributie wanneer een aantal criteria worden toegepast die het aantal wederverkopers op directe wijze beperken (bijv. vastleggen van hun aantal, toepassen van een minimum- of maximumomzet) (39).

46. Belangrijk is dat beide vormen van selectieve distributie, wanneer zij worden gevat door het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU, krachtens de groepsvrijstelling zijn vrijgesteld en dat ongeacht de aard van het betrokken product of de aard van de selectiecriteria (40).

47. Zoals blijkt uit de definitie van selectieve distributie, vormen klantenbeperkingen een integraal onderdeel van selectieve distributie. Een lid van het netwerk mag niet verkopen aan wederverkopers die er geen deel van uitmaken. Een dergelijke klantenbeperking, die dus reeds in de definitie vervat ligt, wordt bovendien ook uitdrukkelijk toegelaten door artikel 4 (b) (iii) van Verordening 330/2010 in het gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel hanteert.

48. Een exclusieve afnameplicht is onverenigbaar met een selectief distributienetwerk. In een selectief distributienetwerk dient een erkende distributeur steeds de mogelijkheid te hebben om zich te bevoorraden bij een ander lid van het netwerk (41). De actieve en passieve doorverkoop binnen het netwerk moet steeds toegestaan zijn, ook tussen verschillende handelsniveaus. Erkende groothandelaars kunnen dus te allen tijde leveren aan erkende detailhandelaars.

49. Terwijl het mogelijk is de verkoop van groothandelaars aan eindgebruikers te beperken (zie hoger nr. 43 (i)), is het een hardcore beperking wanneer hetzelfde zou gebeuren voor erkende distributeurs die actief zijn op het detailhandelniveau. Die laatsten dienen zowel actief als passief aan alle eindgebruikers te kunnen verkopen, opnieuw

ermee rekening houdend dat de leverancier kan eisen dat dit gebeurt vanuit een bepaalde locatie en behalve het recht dat een leverancier heeft om een exclusief distributiestelsel dat hij elders hanteert te beschermen tegen actieve verkoop vanuit het grondgebied waar de leverancier een systeem van selectieve distributie toepast (42). Om de verkoop aan niet-erkende wederverkopers te vermijden, kan een leverancier bovendien van zijn erkende verkopers eisen dat zij niet meer dan een bepaalde hoeveelheid contractproducten aan een individuele eindgebruiker verkopen (43).

4. *Componenten en vervangingsonderdelen*

50. Tenslotte is er een hardcore beperking met betrekking tot componenten en één met betrekking tot vervangingsonderdelen.

51. Wat de componenten betreft, kan een leverancier zijn afnemers verbieden de voor montage geleverde componenten door te verkopen aan concurrenten van de leverancier. Dat is normaal gesproken een hardcore klantenbeperking, maar wordt toegelaten door artikel 4 (b) (iv) van Verordening 330/2010. Een verticaal geïntegreerde producent van wasmachines kan bijv. wastrommels leveren aan een klant om die te monteren in zijn eigen machines en daarbij het verbod geven die trommels door te verkopen aan een andere concurrerende producent (44).

52. Wat reserveonderdelen betreft, kan een leverancier van dergelijke onderdelen niet van zijn afnemers (en omgekeerd de afnemers niet van de leverancier) verlangen dat de leverancier geen componenten als vervangingsonderdeel verkoopt aan eindgebruikers en onafhankelijke herstellende of dienstverrichters. Dat is een hardcore beperking onder artikel 4 (e) Verordening 330/2010, die openlijk tot doel heeft de concurrentie in de dienstna-verkoopmarkt te behouden. Noteer dat de beperking niet geldt voor een verbod van verkoop door de leverancier van de betrokken componenten aan de erkende herstellende van de afnemer. Een producent van wasmachines kan dus van zijn eigen reparatie- en onder-

(40) Verticale Richtsnoeren, nr. 176.

(41) Artikel 4 (d) van Verordening 330/2010.

(42) Artikel 4 (c) van Verordening 330/2010 juncto Verticale Richtsnoeren, nr. 56.

(43) Verticale Richtsnoeren, nr. 56.

(44) Verticale Richtsnoeren, nr. 55.

(45) Verticale Richtsnoeren, nr. 59.

houdsnet verlangen dat ze de componenten exclusief bij hem aankopen (45).

IV Niet-concurrentiebedingen onder Verordening 330/2010

53. Naast de hardcore beperkingen dient eveneens rekening te worden gehouden met de uitgesloten beperkingen voorzien in artikel 5 van Verordening 330/2010, dat betrekking heeft op niet-concurrentiebedingen. Wat betreft de behandeling van de niet-concurrentiebedingen is er echter niets nieuws onder de zon. Meer bepaald zijn onveranderd overgenomen: (i) de definitie van niet-concurrentiebedingen; (ii) het onderscheid tussen drie types van niet-concurrentiebedingen; en (iii) het principe van de scheidbaarheid dat wel toepasselijk is in geval van overtreding van het verbod op bepaalde niet-concurrentiebedingen. Een overtreding van de bepalingen van artikel 5 van Verordening 330/2010 leidt dus niet tot het teloorgaan van de groepsvrijstelling voor de gehele verticale overeenkomst, maar enkel tot de onafdwingbaarheid van het betrokken niet-concurrentiebeding in geval deze buiten de groepsvrijstelling niet voor een individuele vrijstelling onder artikel 101, lid 3 VwEU in aanmerking komt.

A. DEFINITIE VAN NIET-CONCURRENTIEBEDING

54. Het is nuttig eraan te herinneren dat de groepsvrijstelling zowel een verplichting om geen concurrerende goederen te produceren of te verkopen als een verplichting van de afnemer om meer dan 80 % van zijn productbehoeften binnen de relevante markt af te nemen bij de leverancier aanduidt als een niet-concurrentiebeding (46). Aldus, indien een afnemer het recht heeft om 20 % van de totale door hem benodigde hoeveelheid producten bij een concurrent aan te kopen, is er geen sprake van een niet-concurrentiebeding in de zin van Verordening 330/2010 en gelden de beperkingen van artikel 5 niet.

(46) Artikel 1 (1) (d) van Verordening 330/2010 en Verticale Richtsnoeren, nr. 65. De 80 % regel wordt berekend op basis van de waarde van de totale hoeveelheid contractgoederen en substituten daarvan die de afnemer vorig kalenderjaar aankocht bij de leverancier of een door deze aangeduide leverancier.

(47) Artikel 5 (1) (a) van Verordening 330/2010.

(48) Artikel 5 (2) van Verordening 330/2010.

B. DRIE TYPES NIET-CONCURRENTIEBEDINGEN

55. Verordening 330/2010 maakt een onderscheid tussen drie types van niet-concurrentiebedingen.

1. *Tijdens de duur van de verticale overeenkomst*

56. Tijdens de duur van de overeenkomst moet de looptijd van enig niet-concurrentiebeding uitdrukkelijk beperkt zijn tot een periode van vijf jaar. Elk beding dat wordt aangegaan voor onbepaalde duur of stilzwijgend verlengbaar is, komt niet in aanmerking voor de groepsvrijstelling (47).

57. De beperking in de tijd geldt niet wanneer de afnemer de producten verkoopt vanuit een locatie die eigendom is van de leverancier of door de leverancier wordt gehuurd. De duurtijd van het niet-concurrentiebeding mag dan worden gelijkgeschakeld met de duurtijd van het gebruik van de betrokken locatie door de afnemer (48).

2. *Na afloop van de verticale overeenkomst*

58. Slechts indien een niet-concurrentiebeding (i) onmisbaar is om wezenlijke knowhow die de leverancier aan de afnemer heeft overgedragen, te beschermen, (ii) beperkt is tot het verkooppunt waarin de afnemer tijdens de duur van de overeenkomst werkzaam is geweest en (iii) niet langer dan 1 jaar geldt, komt het in aanmerking voor de groepsvrijstelling (49). Het moge duidelijk zijn dat die voorwaarden vooral van toepassing zullen zijn op gevallen van franchise. Overigens kan de leverancier een niet in de tijd beperkte verplichting opleggen op het gebruik en de openbaarmaking van geheime knowhow (50).

3. *Boycot en selectieve distributie*

59. Ten slotte kan een leverancier die een selectief distributiesysteem hanteert, zijn erkende distributeurs geen verplichting opleggen om de producten van welbepaalde concurrenten niet te verkopen (51). De bedoeling van dat verbod is om een collectieve boycot te verhinderen, waarbij leveranciers van

(49) Artikel 5 (1) (b) en 5 (3) van Verordening 330/2010.

(50) Artikel 5 (3), in fine, van Verordening 330/2010.

(51) Artikel 5 (1) (c) van Verordening 330/2010.

(52) Verticale Richtsnoeren, nr. 69.

(53) Verticale Richtsnoeren, nr. 69.

(54) Verticale Richtsnoeren, nr. 52. Een dubbele prijsstelling kan wel een individuele vrijstelling bekomen indien de onlineverkoop voor de leve-

concurrerende merken zich bedienen van dezelfde erkende distributeurs en daarvan gebruik maken om een welbepaalde concurrent uit te sluiten (52). Het moet dus gaan om een gerichte boycot: de groepsvrijstelling is wel van toepassing op de combinatie van selectieve distributie met een niet-concurrentiebeding dat de leden van het netwerk in het algemeen verbiedt om concurrerende merken te verkopen (53).

V Verkopen via internet

60. Ten slotte vatten we de nieuwe richtsnoeren aangaande internetverkoop samen. De kwestie van deze verkoop was prominent aanwezig gedurende het herzieningsproces van de groepsvrijstelling, in de vorm van lobbying zowel langs de kant van de (luxe-)industrie als de webwinkels. De eersten streefden daarbij beperkingen na van de internetverkoop (hoofdzakelijk wegens *free riding* ten overstaan van de vaak selectieve distributienetwerken van de luxe-industrie), terwijl de laatsten zich verzetten tegen enige dergelijke beperkingen. De lobbying gebeurde tegen de achtergrond van de vorige versie van de Verticale Richtsnoeren, die internetverkoop als passieve verkoop bestempelde en dus toeliet. Algemeen kan worden gesteld dat de uitkomst van de discussie van dien aard is dat de Europese Commissie zich zeker niet voor de kar van de webwinkels heeft laten spannen.

61. Als regel blijft gelden dat internetverkoop een vorm van passieve verkoop zijn en dat, aldus, iedere distributeur het recht heeft om de contractproducten via internet te verkopen, ook via een site waar het mogelijk is te kiezen tussen verschillende talen voor de site en de communicatie. Wordt dat rechtstreeks verboden of onrechtstreeks bemoeilijkt, dan geldt het als hardcore beperking. Zulks is bijv. het geval wanneer een exclusieve distributeur wordt verplicht een automatische doorverwijzing te voorzien naar de website van de leverancier of andere (exclusieve) distributeurs bij een bezoek door potentiële klanten buiten het territorium van de distributeur, of de bepaling dat de

distributeur het aandeel van de internetverkoop in zijn totale verkoop moet beperken, of dat de distributeur een hogere prijs moet betalen voor online verkochte goederen dan voor offline verkochte goederen (54).

62. Op de regel van de toegestane internetverkoop worden niettemin een aantal belangrijke nuances aangebracht:

1. Verkoop via internet kunnen een vorm van actieve verkoop worden (die beperkt kunnen worden in een systeem van exclusieve distributie). Dat is het geval voor onlinereclame die specifiek op bepaalde klanten is gericht. Zo zijn bijv. banners op websites van derden een vorm van actieve verkoop in de gebieden waarin de banners verschijnen, evenals het betalen van een aanbieder van zoekmachines om reclame specifiek aan gebruikers in een bepaald gebied te laten zien (55). Men zou dus kunnen stellen dat de leverancier het recht heeft om zijn afnemers een soort van "internet-locatieclausule" op te leggen.
2. Een leverancier mag van zijn distributeurs eisen dat zij in ieder geval één of meer fysieke winkels of showrooms ("brick and mortar shops") hebben alvorens hen toe te laten als distributeur.
3. Een leverancier kan van zijn afnemers eisen dat ze bepaalde kwaliteitsnormen hanteren voor de internetsite, in het bijzonder in het kader van selectieve distributie (56).
4. De leverancier mag eisen van de webwinkel dat hij ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid, uitgedrukt in waarde of in volume, offline verkoopt. De offline hoeveelheid kan gelijk zijn voor alle afnemers of voor elke afnemer afzonderlijk worden vastgesteld op basis van objectieve criteria (57).

63. De leverancier kan, echter, geen criteria voor onlineverkoop opleggen die niet equivalent zijn aan de criteria voor offlineverkoop. De Europese Commissie beschouwt dat als een hardcore beperking. Dat wil niet zeggen dat de criteria voor beide types van verkopen gelijk moeten zijn, maar wel dat zij de-

zelfde doelstellingen en vergelijkbare resultaten moeten hebben. Enig verschil tussen de criteria dient te worden gerechtvaardigd door de verschillende aard van de online- en offlineverkoop (bijv. specifieke eisen voor een online dienst-na-verkoop helpdesk of voor veilige betaling) (58).

VI Conclusies

64. Een verticale overeenkomst die een groepsvrijstelling genoot onder het regime van Verordening 2790/1999 zal in de grote meerderheid van de gevallen kunnen blijven genieten van een groepsvrijstelling onder het vernieuwde regime van Verordening 330/2010. Mocht dat niet het geval zijn, dan is het belangrijk te herhalen dat dit niet noodzakelijk moet leiden tot een aanpassing van de overeenkomst. Eerst kan immers worden nagegaan of de overeenkomst in kwestie in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling onder artikel 101, lid 3 VwEU.

65. De vernieuwde groepsvrijstelling bevat, samen met de geüpdate Verticale Richtsnoeren, een aantal nieuwigheden die de praktijkjurist in het achterhoofd dient te houden bij de zelfbeoordeling van een bestaande verticale overeenkomst of het sluiten van een nieuwe.

Zo moet er worden nagegaan of de verticale overeenkomst gesloten werd tussen concurrenten en van de groepsvrijstelling genoot omdat de afnemer een beperkte jaaromzet van hoogstens 100 miljoen euro had. Die vrijstellingsgrond is immers komen te vervallen. Aan de andere kant van het spectrum kan de vrijstelling ook niet langer voorhanden zijn omdat de overeenkomst werd afgesloten met een afnemer met een marktaandeel van meer dan 30 % op de relevante markt waarop hij de contractproducten koopt.

Vervolgens is het mogelijk dat een leverancier wil uitkijken naar een aanpassing van de overeenkomst, omdat Verordening 330/2010 liberaler is wat betreft het gebruik van locatieclausules. Die kunnen vanaf nu voor alle distributievormen zonder onderscheid worden gebruikt, en zijn niet langer uitsluitend

relevant voor selectieve distributie of om actieve verkopen naar een exclusief gebied of exclusieve klantenkring te verbieden. Op het punt van de locatieclausules verdwijnt dus het belang van het onderscheid tussen een systeem van selectieve distributie en een systeem van exclusieve distributie.

Ook wat het bestaan van exclusiviteit betreft, is Verordening 330/2010 liberaler dan zijn voorganger. Directe verkopen van de leverancier in een gebied of aan een klantenkring die de leverancier toeweest aan een afnemer staan de exclusiviteit van de afnemer niet langer in de weg. Dat laat de leverancier dus toe om de afnemer te beschermen tegen actieve verkopen, alhoewel de leverancier zelf actief is in het gebied of de klantenkring.

Meer dan voorheen het geval was, maken de groepsvrijstelling en de Verticale Richtsnoeren duidelijk dat een leverancier in bepaalde gebieden een systeem van selectieve distributie kan voeren en een systeem van exclusieve distributie in andere, en dat vanuit de eerste gebieden beperkingen kunnen worden opgelegd aan de (actieve) verkoop naar deze laatste.

Ten slotte versterken de Verticale Richtsnoeren de mogelijkheid voor leveranciers om de internetverkoop van hun producten in banen te leiden, in het bijzonder omdat zij van de webwinkels kunnen verlangen één of meer fysieke winkels of showrooms te openen en hen kunnen vragen minstens een hoeveelheid producten offline in die winkels of showrooms te verkopen.

66. Onder nieuwigheid catalogeren we tevens dat er een convergentie plaatsvindt tussen de algemene groepsvrijstelling van Verordening 330/2010 en de specifieke groepsvrijstelling voor motorvoertuigen van Verordening 461/2010, waarbij de mededingingsrechtelijke analyse van de verkoop van nieuwe motorvoertuigen vanaf 1 juni 2013 wordt gealigneerd op het algemene regime.

Filip TUYTSCHAEVER
Advocaat
Professor VUB

rancier tot aanzienlijk hogere kosten leidt dan de offlineverkoop. Zie Verticale Richtsnoeren, nr. 56, *in fine*.

(55) Verticale Richtsnoeren, nr. 53.

(56) Verticale Richtsnoeren, nr. 54.

(57) Verticale Richtsnoeren, nr. 52 (c).

(58) Verticale Richtsnoeren, nr. 56.