

Commentaar:**De handelsagent in het mededingingsrecht:
van vele markten thuis**

*door Herlinde Burez en Anouk Focquet
advocaten*

1. Agentuurovereenkomsten vormen een bijzonder type van verticale overeenkomsten die aanleiding kunnen geven tot discussie over de toepasselijkheid en de toepassing van het verbod van artikel 101(1) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna 'VWEU'). Agentuurovereenkomsten raken immers twee markten: de markt waarop de agent zijn diensten aanbiedt en de markt waarop de producten (goederen of diensten) van de principaal worden verkocht. In het geannoteerde arrest werd geen rekening gehouden met dit onderscheid waardoor de mededingingsrechtelijke analyse van de agentuurovereenkomst niet voldoende genuanceerd is.

2. In het geannoteerde arrest diende het hof van beroep te Brussel zich te buigen over de verenigbaarheid van een exclusiviteitsbeding (waarbij de agent zich ertoe verbindt zijn diensten alleen aan te bieden aan de principaal) in een agentuurovereenkomst met het kartelverbod van artikel 101 VWEU. De schending van het exclusiviteitsbeding door de agent werd immers aangegrepen door de principaal om de overeenkomst per onmiddellijk te beëindigen. Voor het hof argumenteerde de agent dat het exclusiviteitsbeding conform artikel 101(2) VWEU nietig was want strijdig met artikel 101(1) VWEU. Derhalve kon een schending van het exclusiviteitsbeding geen grond tot onmiddellijke beëindiging vormen.

3. Het hof concludeerde dat het exclusiviteitsbeding niet strijdig kon zijn met het verbod van artikel 101(1) VWEU aangezien de integrale agentuurovereenkomst niet werd gevat door dat verbod. Slechts overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen kunnen onder dat verbod vallen en het hof stelde dat er geen sprake was van twee onderscheiden ondernemingen. Onder verwijzing naar de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie (hierna de 'Verticale Richtsnoeren'),¹ oordeelde het hof dat de agent niet had bewezen dat hij specifieke financiële of commerciële risico's van meer dan minieme aard droeg waardoor hij als één onderneming samen met de principaal werd beschouwd voor de analyse van de agentuurovereenkomst onder artikel 101 VWEU.

¹ Pub. C 130/1 d.d. 19.5.2010.

4. Het arrest vormt een goede gelegenheid voor de bespreking van het kader voor de analyse van de agentuurovereenkomst onder artikel 101 VWEU. Daarbij kunnen drie vragen worden onderscheiden. Ten eerste, wordt de relevante contractuele bepaling gevat door het verbod van artikel 101(1) VWEU? Dit is de enige vraag die het hof behandelt. Het hof vermeldt daarbij niet expliciet het volledige, genuanceerde, referentiekader. Daardoor dreigt het hof de bal mis te slaan. Ten tweede, kan de bepaling desgevallend genieten van het voordeel van de groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten? Ten derde, welke hulpmiddelen zijn er om de verenigbaarheid van een agentuurovereenkomst te analyseren onder artikel 101(3) VWEU indien geen beroep kan worden gedaan op een groepsvrijstellingsverordening?

I. AGENTUUROVEREENKOMST EN TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 101(1) VWEU

5. Het hof meende uit de Verticale Richtsnoeren te kunnen afleiden dat een agentuurovereenkomst integraal buiten het toepassingsgebied valt van het verbod van artikel 101 VWEU indien de agent geen (of niet meer dan minieme) financiële of commerciële risico's draagt.

6. Hieronder wordt eerst kort herhaald wanneer een handelstussenpersoon onder het mededingingsrecht als een agent wordt gekwalificeerd. Vervolgens wordt uiteengezet wat de gevolgen zijn van die kwalificatie voor de toepassing van artikel 101 VWEU op de diverse bepalingen van zijn overeenkomst met de principaal.

A. BEGRIP AGENTUUROVEREENKOMST

7. Onverminderd de kwalificatie van de overeenkomst naar nationaal recht, wordt een overeenkomst tussen een principaal en een handelstussenpersoon voor mededingingsrechtelijke doeleinden maar beschouwd als een agentuurrelatie indien aan twee constitutieve voorwaarden is voldaan.

8. Ten eerste moet de handelstussenpersoon bevoegd zijn tot het (in eigen naam of in naam van de principaal) onderhandelen van en/of sluiten van contracten voor rekening van de principaal betreffende de verkoop van goederen of diensten van de principaal of de aankoop van goederen of diensten door de principaal. Ten tweede mogen de financiële en commerciële risico's die de agent draagt in verband met de activiteiten waarvoor hij door de principaal is aangewezen, niet meer dan miniem zijn. In lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, maken de Verticale Richtsnoeren niet langer gewag van het integratiecriterium dat vroeger werd gehanteerd als afzonderlijke vereiste.

9. Het begrippenarsenaal dat de Europese Commissie in dit kader hanteert, is gewijzigd. Vroeger werd elke handelstussenpersoon die aan de eerste voorwaarde voldeed als agent gekwalificeerd, weze het dat de agent die niet meer dan minieme risico's droeg een 'eigenlijke agent' was en deze die wel meer

dan minieme risico's droeg een 'oneigenlijke agent'.² Onder de huidige Verticale Richtsnoeren is een handelstussenpersoon slechts een 'agent' indien hij voldoet aan beide voormelde criteria; is dat niet het geval, dan is hij geen agent. Deze nieuwe terminologie wordt hierna verder gevolgd.

10. Het mededingingsrechtelijke begrip agent kan dus niet worden gelijkgeschakeld met het nationaalrechtelijke begrip 'handelsagent'. Het omvat enerzijds ook andere vormen van handelstussenpersonen zoals de commissionair. Anderzijds slaat het niet op handelsagenten (naar Belgisch recht) die meer dan minieme financiële en/of commerciële risico's dragen.

11. Daar waar de eerste voorwaarde tot relatief weinig discussie kan leiden, vergt de tweede voorwaarde een feitelijke beoordeling die wel reeds stof heeft doen opwaaien. Deze feitelijke beoordeling dient geval-per-geval te gebeuren waarbij de economische realiteit primeert.³

12. De Verticale Richtsnoeren (punt 14) onderscheiden drie soorten risico's die relevant zijn voor de definitie van agentuur in de zin van artikel 101(1) VWEU. De Europese Commissie raadt aan deze categorieën in de hierna gehanteerde volgorde te analyseren.⁴

13. Het betreft vooreerst de contract-specifieke risico's. Dit zijn risico's die direct zijn gerelateerd aan de contracten die door de agent worden onderhandeld en/of gesloten voor rekening van de principaal. De Verticale Richtsnoeren (punt 16) geven meerdere voorbeelden, zoals de bijdrage in de kosten die verband houden met de levering of de koop van de producten of diensten; het aanvaarden van aansprakelijkheid t.o.v. derden voor schade veroorzaakt door de verkochte producten of diensten; of nog, het op eigen kosten of risico moeten aanhouden van voorraad.

14. De tweede categorie risico's betreft investeringen die specifiek vereist zijn voor de activiteit waarvoor de handelstussenpersoon door de principaal is aangewezen en die de handelstussenpersoon (doorgaans) niet langer nuttig zou kunnen aanwenden wanneer de overeenkomst zou worden beëindigd. Volgende voorbeelden worden vermeld in de Verticale Richtsnoeren (punt 16): bijdrage in het reclamebudget van de principaal, aankoop van demonstratieproducten, of nog, investeringen in specifieke uitrusting of lokalen.

15. De derde categorie slaat op risico's die verband houden met andere activiteiten van de handelstussenpersoon op dezelfde productmarkt op voorwaarde dat de principaal van de handelstussenpersoon eist dat hij die activiteiten op eigen risico verricht. Het komt in bepaalde sectoren frequent voor dat een distributeur ook als handelsagent (naar Belgisch recht) wordt aangesteld voor bestaande grote accounts van de leverancier, omdat de leverancier denkt op

² Verticale Richtsnoeren, punt 13.

³ Verticale Richtsnoeren, punt 17.

⁴ Verticale Richtsnoeren, punt 17.

die manier de prijszetting t.a.v. die accounts te kunnen controleren. In dit scenario kan de handelsagentuurovereenkomst (naar Belgisch recht) nochtans niet ontsnappen aan de toepassing van artikel 101(1) VWEU waardoor het zeer riskant wordt hierin vaste prijzen op te leggen.⁵

16. Wanneer de handelstussenpersoon niet meer dan minieme risico's draagt die binnen een van de voormelde categorieën vallen, voldoet hij aan de tweede cumulatieve voorwaarde om als agent te worden beschouwd.⁶

B. GEVOLGEN VAN KWALIFICATIE

17. Een agentuurovereenkomst bevat enerzijds bepalingen over de modaliteiten waaronder een agent zijn diensten aanbiedt aan de principaal en anderzijds bepalingen over de voorwaarden waaronder de agent de producten van de principaal aanbiedt aan klanten. De gevolgen van de kwalificatie als agent onder artikel 101 VWEU zijn anders voor deze twee categorieën.

Producten van de principaal

18. Indien de handelstussenpersoon voldoet aan de twee voormelde cumulatieve voorwaarden en dus optreedt voor rekening van de principaal zonder in dat kader zelf meer dan minieme risico's te dragen, treedt hij niet op als een onafhankelijke marktdeelnemer met betrekking tot de producten of diensten van de principaal. Wanneer de agent de producten of diensten van de principaal aan klanten aanbrengt, handelt hij als het ware als verlengstuk van de principaal. Hoewel dit in de Verticale Richtsnoeren niet met zoveel woorden wordt bevestigd, wordt de agent in die omstandigheden beschouwd als één onderneming samen met de principaal.

19. Bijgevolg is het verbod van artikel 101(1) VWEU – enkel van toepassing op overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen – niet van toepassing op contractuele bepalingen betreffende de promotie en de verkoop van de producten of diensten van de principaal. Zelfs hardekernbepalingen zoals klantenbepalingen, prijsbinding en gebiedsbepalingen zijn in dergelijke setting mogelijk. De Europese Commissie verantwoordt dit door te verwijzen naar de noodzaak voor de principaal om de risico's die hij draagt, te kunnen inperken door zijn commerciële strategie te bepalen.⁷

20. Draagt de handelstussenpersoon meer dan minieme risico's bij de activiteiten die hij voor rekening van de principaal uitoefent, dan wordt hij daarentegen wel als afzonderlijke onderneming beschouwd. De contractuele bepalingen betreffende de promotie en de verkoop van de producten of diensten van de

⁵ In onze ervaring is een maximumprijs vaak even efficiënt om de bezorgdheid van de principaal op te vangen en is een gekunstelde agentuurrelatie dus niet nodig.

⁶ Voor een meer gedetailleerde bespreking van deze voorwaarde (minieme risico's), zie F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Vertical agreements in EU competition law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, randnr. 6.109 e.v.

⁷ Verticale Richtsnoeren, punt 18.

principaal zijn dan wel onderhevig aan de beperkingen van artikel 101 VWEU net zoals overeenkomsten tussen leveranciers en wederverkopers dat zijn.⁸ Met andere woorden, deze bepalingen moeten worden geanalyseerd alsof ze zijn vervat in een overeenkomst met een onafhankelijke distributeur.

Diensten van de handelstussenpersoon

21. Anders is het gesteld met de contractuele bepalingen omtrent de agentuurdiensten. Wat betreft het aanbieden en uitoefenen van deze diensten, handelt de handelstussenpersoon uiteraard steeds als een afzonderlijke speler t.o.v. de principaal. De principaal en de handelstussenpersoon hebben wat dat betreft duidelijk onderscheiden belangen. De handelstussenpersoon kan voor deze dienstverlening dus nooit worden beschouwd als één onderneming samen met de principaal.

22. Het bovenstaande maakt dat artikel 101 VWEU steeds van toepassing is op de contractuele bepalingen m.b.t. de modaliteiten waaronder de handelstussenpersoon zijn diensten levert aan de principaal.⁹ Dit ongeacht of die handelstussenpersoon een agent is in de zin van artikel 101 VWEU of niet. Met andere woorden, ook al draagt een handelsagent naar Belgisch recht geen enkel risico bij de verkoop van de diensten van de principaal, de contractuele bepalingen over de modaliteiten waaronder hij diensten verleent aan de principaal, vallen steeds onder het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU.

C. GEANNOTTEERD ARREST

23. In het geannoteerde arrest maakt het hof het bovenstaande onderscheid niet; het hof scheidt de integrale overeenkomst over dezelfde kam. Het hof stelt vast dat de handelstussenpersoon niet heeft aangetoond dat hij meer dan minieme risico's draagt bij de betrokken activiteiten en concludeert daaruit dat de overeenkomst niet kan worden gevat door artikel 101 VWEU.

24. Daarmee gaat het hof uit de bocht. Het beding dat aan de orde was, bestond immers in de verplichting van de handelstussenpersoon om zijn diensten slechts aan de principaal aan te bieden (en dus niet aan andere principalen). Het exclusiviteitsbeding heeft betrekking op de modaliteiten waaronder de handelstussenpersoon zijn agentuurdiensten aanbiedt.¹⁰ Zoals hierboven aangegeven, zal de handelstussenpersoon (of die nu een agent is onder het mededingingsrecht of niet) voor doeleinden van de mededingingsrechtelijke analyse van dergelijk beding dus steeds als afzonderlijke onderneming worden beschouwd. Kortweg, het exclusiviteitsbeding is een beperking van de

⁸ Met dien verstande dat ook overeenkomsten tussen leveranciers en wederverkopers aan het verbod van artikel 101 VWEU kunnen ontsnappen, met name wanneer deze tot dezelfde groep behoren.

⁹ Tenzij de agent tot dezelfde groep behoort als de principaal in welk geval er evenmin sprake is van twee onderscheiden ondernemingen (maar wel van een intragroepovereenkomst die evenzeer ontsnapt aan de toepassing van artikel 101(1) VWEU ingevolge de leer van de economische eenheid).

¹⁰ Verticale Richtsnoeren, punt 19.

mededinging die, indien merkbaar, een vrijstelling behoeft op grond van artikel 101(3) VWEU.

25. Vraag is evenwel of de eindconclusie (het exclusiviteitsbeding is niet nietig op grond van artikel 101 VWEU) anders zou zijn geweest, had het hof correct geconcludeerd dat enkel de bepalingen omtrent de verkoop van de producten/diensten buiten artikel 101 VWEU vielen. Die vraag kan worden beantwoord aan de hand van delen II en III hieronder.

II. AGENTUUR EN VERORDENING 330/2010

26. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat het exclusiviteitsbeding dat in het geannoteerde arrest aan de orde is, dient te worden beschouwd als een contractuele bepaling die betrekking heeft op de agentuurdiensten. Derhalve is artikel 101(1) VWEU in principe van toepassing op het exclusiviteitsbeding,¹¹ ongeacht of de agent een agent is in de zin van artikel 101 VWEU of niet.

27. Hieronder wordt nagegaan of een dergelijk exclusiviteitsbeding, opgenomen in een agentuurovereenkomst, al dan niet kan worden vrijgesteld onder artikel 101 VWEU bij toepassing van Verordening 330/2010.¹² Daartoe dient eerst te worden nagegaan of het gaat om een verticale overeenkomst (A.) die verticale beperkingen inhoudt (B.). Indien op deze vragen positief wordt geantwoord, valt de (agentuur)overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101(1) VWEU. Opdat de (agentuur)overeenkomst, en het daarin vervatte exclusiviteitsbeding, zou kunnen genieten van een vrijstelling onder Verordening 330/2010 dient vervolgens te worden nagegaan of de marktaandeellimiet wordt nageleefd (C.), er één of meer uitsluitingsgronden toepasselijk zijn (D.), er harde kernbeperkingen zijn (E.) en, tot slot, of de overeenkomst een uitgesloten bepaling bevat (F.).

A. VERTICALE OVEREENKOMST

28. Krachtens artikel 1(a) van Verordening 330/2010 is een verticale overeenkomst *'een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke 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 Opdat artikel 101(1) VWEU toepasselijk is dient de beperking van de mededinging die het exclusiviteitsbeding teweegbrengt, merkbaar te zijn en moet het ook de tussenstaatse handel beïnvloeden. Let wel, is aan deze laatste voorwaarde niet voldaan, dan zal het Belgische equivalent (zoals vervat in Boek IV van het Wetboek Economisch Recht) wel nog steeds spelen.

¹² Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101(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.

29. Overeenkomst. Dit criterium zorgt in de praktijk zelden voor problemen. Het begrip ‘overeenkomst’ krijgt een ruime invulling in het mededingingsrecht. Eenzijdige gedragingen vallen hier echter niet onder. Het begrip overeenkomst vereist tenminste twee ‘onafhankelijke’ ondernemingen. Dat is niet geval voor intragroepsovereenkomsten. Voor de kwalificatie van een agentuurovereenkomst als een overeenkomst in de zin van artikel 101(1) VWEU wordt verwezen naar de uiteenzetting hierboven onder deel I.

30. Verticaal. Artikel 1(a) van Verordening 330/2010 stipuleert nog twee criteria, die specifiek van toepassing zijn op verticale verhoudingen: (i) de betrokken ondernemingen moeten werkzaam zijn in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen en (ii) de overeenkomst moet betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen de producten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. Verordening 330/2010 is niet van toepassing op verticale overeenkomsten tussen concurrerende producenten, maar wél op overeenkomsten waarbij een leverancier producent én distributeur is en de overeenkomst wordt gesloten met een concurrerende distributeur (die geen concurrerende onderneming op productieniveau is); dus in geval van duale distributie.¹³ Evenmin is Verordening 330/2010 van toepassing op huur- en leasingovereenkomsten of op beperkingen of verplichtingen die geen betrekking hebben op de koop-, verkoop- of wederverkoopvoorwaarden, zoals een clause waarin de mogelijkheid om onafhankelijk aan onderzoek en ontwikkeling te doen, aan banden wordt gelegd.¹⁴

B. VERTICALE BEPERKINGEN

31. De vrijstelling voor verticale overeenkomsten vervat in Verordening 330/2010 is van toepassing voor zover deze overeenkomsten verticale beperkingen bevatten.¹⁵ Verticale beperkingen die van geringe betekenis zijn, en dus geen merkbaar karakter hebben, vallen echter niet onder het verbod van artikel 101(1) VWEU.

32. De Europese Commissie heeft een handige bekendmaking uitgevaardigd, de *de minimis* bekendmaking,¹⁶ die de merkbaarheidsvoorwaarde koppelt aan bepaalde marktaandeellimieten. Volgens de Commissie beperkt een verticale overeenkomst de mededinging niet merkbaar indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen enkele van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 10% (i.g.v. overeenkomsten tussen concurrenten) of indien het marktaandeel van elk van de partijen niet groter is dan 15% (i.g.v. overeenkomsten tussen niet-concurrenten). In geval van cumulatieve marktafschermingseffecten worden deze marktaandeellimieten evenwel verlaagd tot 5%. Bovendien is de *de minimis* bekendmaking niet van toepassing op overeenkomsten die een

¹³ Art. 2, lid 4 Verordening 330/2010.

¹⁴ Verticale Richtsnoeren, punt 26.

¹⁵ Art. 2, lid 1 Verordening 330/2010.

¹⁶ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice.pdf

mededingingsbeperkende strekking hebben, zoals bijvoorbeeld overeenkomsten die een of meerdere harde kernbeperkingen bevatten.¹⁷ Hierbij dient evenwel te worden vermeld dat de *de minimis* bekendmaking geen omgekeerde werking heeft, d.w.z. dat zelfs indien mededingingsbeperkende afspraken niet binnen de contouren van de *de minimis* bekendmaking vallen, dat niet automatisch betekent dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.

C. MARKTAANDEELLIIMIET VAN 30%

33. Verordening 330/2010 bevat (in tegenstelling tot haar voorganger 2790/99) een dubbele marktaandeellimiet: zowel het marktaandeel van de leverancier (op de verkoopmarkt), als dat van de afnemer/distributeur (op de aankoopmarkt) mag niet meer bedragen dan 30%. Enkel indien de partijen bij een overeenkomst aan deze dubbele marktaandeellimiet voldoen, valt hun overeenkomst binnen de werkingssfeer van Verordening 330/2010. Het lijkt raadzaam om het marktaandeel van de leverancier en de afnemer/distributeur te meten op dezelfde geografische en productmarkt. Voor de leverancier wordt er echter enkel rekening gehouden met zijn eigen verkopen. Voor de afnemer/distributeur moet rekening gehouden worden met zijn aankopen van alle merken (en dus niet alleen met zijn aankopen van de producten van de leverancier).

34. Voor agentuurovereenkomsten dient wederom een onderscheid te worden gemaakt tussen de bepalingen die betrekking hebben op de producten van de principaal enerzijds en bepalingen die betrekking hebben op de diensten van de agent anderzijds. Indien er sprake is van een (eigenlijke) 'agent', dient de oefening voor de eerste categorie van bepalingen niet te worden gedaan. De agent vormt immers geen onderneming die onafhankelijk is van de principaal. Wat betreft de tweede categorie, zal het marktaandeel van de agent moeten beoordeeld worden op de markt waarop hij zijn agentuurdiensten aanbiedt. Het marktaandeel van de principaal zal moeten beoordeeld worden op de markt waarop hij de diensten van de agent aankoopt. Deze oefening lijkt minder vanzelfsprekend voor diensten dan voor producten. De markt van de verzekeringsagenten, zoals in het geannoteerde arrest aan de orde is, kan wellicht nog worden afgebakend en in kaart worden gebracht aangezien hierop ook enkele grotere spelers actief zijn. Voor agentuurmarkten waarop kleinere agenten actief zijn, zal dit heel wat minder eenvoudig zijn. In dergelijke gevallen, kan er dan wellicht weer wel gemakkelijker van uit worden gegaan dat de dubbele marktaandeellimiet van 30% niet wordt overschreden.

35. De Europese Commissie heeft in Verordening 330/2010 voorzien dat wanneer het marktaandeel aanvankelijk niet meer dan 30% bedraagt en vervolgens stijgt, zonder evenwel de 35% te overschrijden, de vrijstelling van toepassing blijft gedurende twee opeenvolgende jaren (volgend op het jaar waarin de marktaandeellimiet van 30% werd overschreden).¹⁸ Indien de 35%

¹⁷ De nieuwe *de minimis* bekendmaking, uitgevaardigd door de Commissie op 25 juni 2014, verwijst in tegenstelling tot zijn voorganger niet langer enkel naar harde kernbeperkingen maar sluit alle overeenkomsten die een mededingingsbeperkende strekking hebben uit van haar toepassingsgebied.

¹⁸ Art. 7(d) Verordening 330/2010.

toch wordt overschreden, blijft de vrijstelling gelden gedurende één jaar (volgend op het jaar waarin de marktaandeellimiet van 35% werd overschreden).¹⁹ Deze voordelen kunnen echter niet gecumuleerd worden zodat de overschrijding van de marktaandeellimiet tot een periode van meer dan twee jaar zou leiden.

D. UITSLUITINGSGRONDEN

36. Artikel 2, lid 2-5 verfijnt het toepassingsgebied van Verordening 330/2010 door een aantal uitsluitingsgronden te vermelden.

37. Andere groepsvrijstellingsverordeningen. Krachtens artikel 2, lid 5 valt een verticale overeenkomst buiten het toepassingsgebied van Verordening 330/2010 indien het onderwerp van een dergelijke overeenkomst binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstellingsverordening valt. Zo valt een verticale overeenkomst die betrekking heeft op motorvoertuigen binnen het toepassingsgebied van Verordening 461/2010. Het is hierbij irrelevant of de overeenkomst daadwerkelijk van een vrijstelling geniet onder die andere groepsvrijstellingsverordening.

38. Intellectuele eigendomsrechten. Enkel indien een overeenkomst die de overdracht van intellectuele eigendomsrechten inhoudt, voldoet aan de vijf cumulatieve voorwaarden die vervat zijn in artikel 2, lid 3 van Verordening 330/2010, valt deze overeenkomst binnen het materiële toepassingsgebied van Verordening 330/2010. Als een verticale overeenkomst bepalingen bevat met betrekking tot IER is het dan ook uitermate belangrijk om na te gaan of deze geen uitsluitingsgrond vormen.

39. Betrokkenheid van concurrenten of ondernemingsverenigingen. Zoals hierboven onder randnummer 30 reeds werd uiteengezet, is Verordening 330/2010 niet van toepassing op verticale overeenkomsten gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten, m.u.v. situaties van duale distributie. Ook wat betreft overeenkomsten die worden gesloten tussen een ondernemingsvereniging en haar leden of haar leveranciers gelden specifieke voorwaarden: (i) alle leden van de vereniging zijn detailhandelaren van goederen; en (ii) geen individueel lid van de vereniging behaalt (samen met de met dat lid verbonden ondernemingen) een totale jaaromzet van meer dan 50 miljoen euro.

E. HARDEKERNBEPERKINGEN

40. De harde kernbepalingen, vervat in artikel 4 van Verordening 330/2010, vormen zonder meer het zwaartepunt van deze verordening. Een verticale overeenkomst die een harde kernbepaling bevat verliest (integraal) het voordeel van de groepsvrijstelling. Dit wil niet zeggen dat een individuele vrijstelling (o.b.v. artikel 101(3) VWEU) automatisch uitgesloten is, maar er geldt wel een weerlegbaar vermoeden dat een harde kernbepaling waarschijnlijk niet aan de

¹⁹ Art. 7(e) Verordening 330/2010.

voorwaarden van artikel 101(3) VWEU beantwoordt.²⁰ Bovendien moet ook voor alle andere mededingingsbeperkingen (die geen harde kernbeperkingen zijn) in de verticale overeenkomst aangetoond worden dat deze voldoen aan de voorwaarden van artikel 101(3) VWEU. Het opnemen van een harde kernbeperking in een verticale overeenkomst heeft bijgevolg verstrekking gevolgen voor de partijen. Hierna worden de individuele harde kernbeperkingen van Verordening 330/2010 besproken: verticale prijsbinding, territoriale beperkingen en klantenbeperkingen; en beperkingen op de verkoop van reserveonderdelen. Hierbij wordt in het bijzonder ingegaan op de analyse van dergelijke harde kernbeperkingen in een agentuurovereenkomst.

41. Verticale prijsbinding (Art. 4(a)). Clausules die een afnemer/distributeur verplichten om een welbepaalde of minimumprijs te hanteren vormen in principe een harde kernbeperking. Het werken met aanbevolen prijzen en maximumprijzen vormt dan weer geen harde kernbeperking. Voor agentuurovereenkomsten vallen bepalingen met betrekking tot de prijs en andere verkoopvoorwaarden die van toepassing zijn op de goederen of diensten van de principaal evenwel geheel buiten het toepassingsgebied van artikel 101(1) VWEU. De agent treedt immers niet op als een onafhankelijke marktdeelnemer met betrekking tot de producten of diensten van de principaal.²¹ Het staat de principaal dan ook vrij om aan de agent de prijs op te leggen die de agent moet opnemen in de overeenkomsten die hij sluit voor rekening van de principaal. Wanneer de handelstussenpersoon meer dan minieme risico's draagt, moet de principaal de handelstussenpersoon de vrijheid laten om de door de klant daadwerkelijk betaalde prijs te verlagen door zijn commissie te delen met de klant (zogenaamde 'commissiedeling'). Elke beperking van een dergelijke commissiedeling vormt een harde kernbeperking.

42. Territoriale beperkingen en klantenbeperkingen (Art. 4(b), 4(c) en 4(d)). Alle territoriale en klantenbeperkingen, d.i. elke beperking om te verkopen in bepaalde gebieden of om bepaalde klanten of klantengroepen te benaderen, opgelegd aan een afnemer/distributeur²² vormen in principe harde kernbeperkingen in de zin van artikel 4(b) van Verordening 330/2010. Enkel voor de uitzonderingen die uitdrukkelijk zijn opgenomen in artikel 4(b) geldt dit niet:

- *Locatieclausules*: de inleidende zin van artikel 4(b) van Verordening 330/2010 haalt locatieclausules volledig uit de lijst van harde kernbeperkingen. Een leverancier kan zijn afnemers/distributeurs dus perfect gebieden om zich op een bepaalde plaats te vestigen (en telkens de toestemming te vereisen wanneer zij hun bestaande plaats van vestiging wensen te veranderen of nieuwe verkooppunten wensen op te nemen).
- *Actieve verkopen*: in het kader van een exclusief distributiesysteem is het mogelijk om een beperking van de actieve verkoop buiten het territorium of

²⁰ Verticale Richtsnoeren, punt 47.

²¹ Zie hierboven Deel I.

²² Punt 50 van de Verticale Richtsnoeren voegt daar ook de klanten van de afnemer/distributeur aan toe.

de exclusieve klantengroep van een afnemer/distributeur op te leggen indien aan drie stringente voorwaarden is voldaan: (i) exclusiviteit, (ii) parallelle oplegging en (iii) afwezigheid van belemmeringen van de verkoop door de klanten van de distributeur.²³

- *Groothandelaars*: Artikel 4(b)(ii) bepaalt uitdrukkelijk dat een beperking van de verkoop aan eindgebruikers door een afnemer/distributeur die werkzaam is op het groothandelsniveau geen harde kernbeperking vormt.
- *Niet-erkende distributeurs i.h.k.v. een selectief distributiestelsel*: de beperking van de verkoop door leden van een selectief distributiestelsel aan niet-erkende distributeurs vormt evenmin een harde kernbeperking. Dit basisprincipe (vervat in de definitie van de term ‘selectief distributiestelsel’) wordt uitdrukkelijk herhaald in artikel 4(b)(iii) van Verordening 330/2010. Anderzijds is het dan weer wel een harde kernbeperking om een toegelaten lid te beperken in zijn mogelijkheden om te verkopen aan of te kopen bij andere toegelaten leden van het netwerk.²⁴
- *Wederverkoop van componenten*: wanneer componenten worden geleverd met het oog op verwerking staat het de leverancier vrij om zijn distributeur te verbieden de desbetreffende componenten door te verkopen aan klanten die ze zouden gebruiken om gelijkaardige goederen te produceren als deze die door de leverancier worden geproduceerd.

43. Zoals voor verticale prijsbinding, vallen bij agentuurovereenkomsten territoriale en klantenbeperkingen opgelegd aan de agent niet onder artikel 101(1) VWEU. De principaal heeft met andere woorden het recht om absolute territoriale en klantenbeperkingen op te leggen aan zijn agenten zonder dat het verbod van artikel 101(1) VWEU toepasselijk wordt. Hetzelfde geldt bovendien voor gebieds- en klantenbescherming voor de agent tegen de principaal en/of andere agenten van de principaal.

44. **Verkoop van reserveonderdelen (Art. 4(e)).** Binnen het regime van Verordening 330/2010 is het niet toegelaten om een leverancier te verbieden om reserveonderdelen te leveren aan eindgebruikers of aan onafhankelijke herstellende en dienstverrichters. Het is daarentegen wel toegelaten om aan de leverancier te verbieden om de onderdelen als reserveonderdelen te leveren aan herstellende of andere dienstverrichters aan wie de afnemer (die dergelijke originele onderdelen gebruikt voor verwerkingsdoeleinden) de herstelling of het onderhoud van zijn goederen heeft toevertrouwd.

²³ Voor een meer gedetailleerde bespreking van deze voorwaarden, zie F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Distributieovereenkomsten in het mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2012, randnr. 495 e.v.

²⁴ Art. 4(d) van Verordening 330/2010.

F. UITGESLOTEN BEPALINGEN

45. Artikel 5 van Verordening 330/2010 bevat de voorwaarden waaraan niet-concurrentiebedingen moeten voldoen opdat deze niet-concurrentiebedingen van het voordeel van de groepsvrijstelling zouden kunnen genieten. Indien deze voorwaarden niet zijn voldaan, worden deze niet-concurrentiebedingen uitgesloten van het voordeel van de groepsvrijstelling (vandaar 'uitgesloten bepalingen'). In tegenstelling tot harde kernbepalingen, strekken de gevolgen van het verlies van het voordeel zich enkel uit tot het betrokken niet-concurrentiebeding en kunnen de overige bepalingen van de verticale overeenkomst dus wel nog genieten van het voordeel van de groepsvrijstelling (indien aan alle overige voorwaarden is voldaan).

46. Vooreerst dient te worden verwezen naar de definitie van niet-concurrentiebeding vervat in artikel 1, lid 1(d) van Verordening 330/2010. Deze definitie omvat zowel merkexclusiviteit (d.i. het verbod om producten die concurreren met de contractgoederen te produceren, kopen, verkopen of doorverkopen) als elk gelijkgesteld niet-concurrentiebeding (d.i. elke afnameverplichting opgelegd aan de afnemer/distributeur die meer dan 80% van zijn behoefte dekt op een bepaalde relevante markt). Beide vormen dienen te voldoen aan de voorwaarden van artikel 5 van Verordening 330/2010 om te kunnen genieten van de groepsvrijstelling.

47. Artikel 5 van Verordening 330/2010 onderscheidt drie situaties waarin niet-concurrentiebedingen niet kunnen genieten van de groepsvrijstelling:

- *Tijdens de looptijd van de verticale overeenkomst:* de groepsvrijstelling is niet van toepassing op niet-concurrentiebedingen van onbepaalde duur of waarvan de duur vijf jaar overschrijdt. Een niet-concurrentiebeding dat stilzwijgend verlengbaar is, wordt geacht te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur. Deze uitsluiting geldt echter niet (i) wanneer de leverancier eigendoms- of erfpachtrechten (of vergelijkbare rechten) heeft op de locatie(s) waar de afnemer/distributeur zijn activiteiten uitoefent of (ii) wanneer de leverancier die locatie(s) huurt van een derde die niet met de afnemer/distributeur verbonden is. 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/distributeur.
- *Na de beëindiging van de verticale overeenkomst:* elke niet-concurrentieverplichting op de afnemer/distributeur na het einde van de verticale overeenkomst verliest het voordeel van de groepsvrijstelling. Hierop geldt een uitzondering indien aan de volgende strikte voorwaarden is voldaan: de verplichting (i) is onmisbaar om wezenlijke knowhow die de leverancier aan de afnemer heeft overgedragen te beschermen, (ii) is beperkt tot het verkooppunt waarin de afnemer tijdens de duur van de overeenkomst werkzaam is geweest, en (iii) geldt niet langer dan 1 jaar.

- *Selectieve distributie*: Niet-concurrentieverplichtingen die voldoen aan de hierboven opgesomde voorwaarden kunnen enkel opgelegd worden aan leden van een selectief netwerk mits zij geen betrekking hebben op welbepaalde concurrenten, met andere woorden, enkel voor concurrerende merken in het algemeen.

48. In het kader van agentuurovereenkomsten, spreken de Verticale Richtsnoeren over zogenaamde ‘merkexclusiviteit’, d.i. ‘*een bepaling die de agent verbiedt te handelen als agent of distributeur van ondernemingen die met de principaal concurreren*’.²⁵ De term ‘merkexclusiviteit’ is ons inziens misleidend. Het betreft immers een bepaling die de agent beperkt in het aanbieden van zijn diensten aangezien hij een exclusieve leveringsplicht op zich neemt; de impact daarvan op de (merk)producten van de principaal, is secundair. Daarom hanteren we in deze noot de term ‘exclusiviteitsbeding’. Welke terminologie ook wordt gebruikt, er kan geen twijfel over bestaan dat een dergelijke bepaling in elk geval moet getoetst worden op grond van artikel 101(1) VWEU, zelfs als de onafhankelijke handelstussenpersoon een agent is.

49. Aangezien de niet-concurrentiebedingen geïnterpreteerd in artikel 5 van Verordening 330/2010 alleen beperkingen betreffen die opgelegd worden aan afnemers, valt een exclusiviteitsbeding hier volgens ons niet onder en kan dit dus zonder meer genieten van de groepsvrijstelling. Een exclusiviteitsbeding geldt immers als een exclusieve leveringsverplichting voor de agent aangezien het de agent, in zijn hoedanigheid van leverancier van diensten, belet om identieke of soortgelijke diensten te verstrekken aan andere principalen. Exclusiviteitsbedingen kunnen ons inziens dan ook zonder tijdslimiet genieten van Verordening 330/2010. Alles wat niet expliciet wordt uitgesloten door Verordening 330/2010, wordt er immers door gedekt.

50. De Verticale Richtsnoeren (punt 19) lijken exclusiviteitsbedingen wel als niet-concurrentiebedingen in de zin van artikel 1, lid 1, d) van Verordening 330/2010 te kwalificeren (die moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 5 van Verordening 330/2010). Deze zienswijze wordt bijgetreden door VANSTEENBEECK en DEWISPELAERE in een noot bij het geannoteerde arrest.²⁶ Dit lijkt echter niet consequent. Enerzijds geven de Verticale Richtsnoeren (en beide auteurs) aan dat een agentuurovereenkomst op twee markten speelt, waarbij een exclusiviteitsbeding betrekking heeft op de diensten van de agent. Derhalve valt een dergelijke bepaling onder het toepassingsgebied van artikel 101(1) VWEU. Anderzijds wordt deze logica niet doorgetrokken in de verdere analyse onder artikel 5 van Verordening 330/2010. Indien wordt aanvaard dat in het kader van een exclusiviteitsbeding de agent optreedt als aanbieder van diensten, dan is het niet correct om een dergelijke bepaling te kwalificeren als een niet-concurrentiebeding. Een niet-concurrentiebeding wordt immers

²⁵ Verticale Richtsnoeren, punt 19.

²⁶ M. VANSTEENBEECK en J. DEWISPELAERE, ‘De toepassing van het kartelverbod op handelsagentuurovereenkomsten: van principiële uitsluiting naar individuele beoordeling’, *TBH* 2014/3, p. 293 – 301.

opgelegd aan een afnemer, terwijl het exclusiviteitsbeding dat aan de orde is, geldt ten aanzien van de agent – leverancier van diensten.

51. Exclusieve agentuurbepalingen, waarbij de principaal aanvaardt geen andere agenten te benoemen, dienen wel aan de voorwaarden van artikel 5 van Verordening 330/2010 te voldoen. Een exclusieve agentuurbepaling komt immers neer op een verplichting voor de principaal (die afnemer is van de betrokken diensten) om geen diensten te verwerven die concurreren met de diensten van de agent.

G. GEANNOTEERD ARREST

52. In het geannoteerde arrest is het hof van oordeel dat het exclusiviteitsbeding niet strijdig is met het verbod van artikel 101(1) VWEU aangezien de integrale agentuurovereenkomst niet wordt gevat door dat verbod. Zoals uitgelegd in deel I hierboven, is deze analyse ietwat kort door de bocht.

53. Binnen het kader van Verordening 330/2010 (d.w.z. op voorwaarde dat de dubbele marktaandeellimiet niet is overschreden en de agentuurovereenkomst geen harde kernbepalingen bevat) zou de eindconclusie evenwel niet anders zijn. Het exclusiviteitsbeding (waarbij de agent zich ertoe verbindt zijn diensten alleen aan te bieden aan de principaal) valt dan wel onder het toepassingsgebied van artikel 101(1) VWEU, het kan worden vrijgesteld op basis van artikel 101(3) VWEU (zoals gesteld, op voorwaarde dat de dubbele marktaandeellimiet niet is overschreden en de agentuurovereenkomst geen harde kernbepalingen bevat). Een exclusiviteitsbeding, dat neerkomt op een exclusieve leveringsverplichting in hoofde van de handelstussenpersoon, vormt immers geen harde kernbepaling en evenmin een uitgesloten bepaling. Derhalve kan een dergelijk beding genieten van een groepsvrijstelling op basis van Verordening 330/2010.

III. AGENTUUR BUITEN GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

54. Verordening 330/2010 geeft ondernemingen juridische zekerheid en het is om die reden een absolute aanrader om binnen dat kader te werken, zeker wanneer een nieuw distributiesysteem wordt uitgerold. Het is nochtans niet omdat een overeenkomst niet binnen het kader van Verordening 330/2010 blijft, dat de overeenkomst aangetast is door de nietigheidssanctie van artikel 101(2) VWEU.

55. Er kan dus zeker buiten de lijntjes gekleurd worden. Wanneer dat gebeurt, ligt het risico m.b.t. de compatibiliteit van de overeenkomst met artikel 101 VWEU wel bij de contractspartijen. Zij moeten zelf oordelen of hun overeenkomst voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101(3) VWEU.²⁷ Deze beoordeling vergt een complexe feitelijke en economische

²⁷ Een merkbaar mededingingsbepalende overeenkomst komt in aanmerking voor een vrijstelling op grond van artikel 101(3) VWEU indien (i) die bijdraagt tot de *'verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang'* ('efficiëntieverbeteringen'), en (ii) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de

afweging. Kortweg komt het erop neer dat de mededingingsbevorderende effecten moeten opwegen tegen de mededingingsbeperkingen. Daarbij komt dat de mededingingsbeperkingen strikt noodzakelijk moeten zijn om de pro-concurrentiële effecten (zogenaamde 'efficiëntieverbeteringen') te realiseren.

56. Ondernemingen kunnen deze analyse doorvoeren aan de hand van de Verticale Richtsnoeren, alsook aan de hand van diverse andere instrumenten uitgevaardigd door de Europese Commissie, zoals de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101(3) VWEU.²⁸ Wat de Verticale Richtsnoeren betreft, kan voor de analyse van agentuurovereenkomsten in het bijzonder worden verwezen naar punten 12 tot en met 21 (met dien verstande dat het standpunt van de Europese Commissie m.b.t. de exclusieve leveringsplicht van de agent o.i. niet correct is).

57. Het is wel belangrijk te benadrukken dat ondernemingen hun overeenkomsten finaal op eigen risico analyseren aan de hand van de Verticale Richtsnoeren. Daarenboven is enkel de Europese Commissie, als auteur van dit 'soft law' instrument, erdoor gebonden. Voor een Belgische rechter kan u enkel hopen dat deze ook steun zoekt in dit instrument, maar juridisch-technisch is hij hiertoe niet verplicht.

Raad voor de Mededinging

27 augustus 2013

Zaak: Mede-I/O-09/0001
Zetel: S. Raes, Ch. Huveneers, K. Boeykens

Samenvatting

Wanneer het Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen (FAVV) gebruik maakt van de wettelijke mogelijkheid om voor de uitvoering van BSE testen eenzijdig een uniforme prijs te bepalen die geldt voor alle deelnemende laboratoria, en laatstgenoemden dus niet onderhandelen over de prijs, noch met het FAVV, noch met de runderslachthuizen, en het FAVV bovendien elk laboratorium een gelijk deel van de vraag toewijst, is er geen onderlinge mededinging tussen de BSE laboratoria mogelijk, en dus ook geen mededinging die voor beperking in aanmerking komt in de zin van artikel 101 (1) VWEU en artikel 2 WBEM.

gebruikers ten goede komt, en (iii) geen beperkingen oplegt 'welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn' (de 'onmisbaarheidsvereiste') en (iv) niet de mogelijkheid geeft om, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, de mededinging uit te schakelen.

²⁸ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pub. C 101/97* d.d. 27.4.2004.