

Noot: De werking van groepsvrijstellingsverordening 1400/2002 en interactie met het Belgische burgerlijk recht

Herlinde Burez & Anouk Focquet

I. Inleiding

1. De opmars van kwalitatief selectieve distributiesystemen – dit zijn systemen waarbij een leverancier enkel distributeurs aanstelt die voldoen aan kwalitatieve criteria en waarbij die erkende distributeurs moeten worden toegelaten aan elkaar te leveren en moeten worden verboden om te leveren aan niet-erkende distributeurs – is in alle sectoren opvallend. In de automobielsector werd het kwalitatief selectieve distributiesysteem massaal geïntroduceerd voor de aftersales netwerken naar aanleiding van de inwerkingtreding van groepsvrijstellingsverordening 1400/2002 ('Verordening 1400/2002').¹ Er dient echter meteen op te worden gewezen dat Verordening 1400/2002 geenszins een verplichting

inhield om een systeem van kwalitatieve selectieve distributie in te voeren.²

2. The proof of the pudding is in the eating, en zo komt het dat, ruwweg 10 jaar na de inwerkingtreding van Verordening 1400/2002 en op een ogenblik dat de verordening reeds niet meer in werking is, het Hof van Beroep te Antwerpen ('Hof') zich moet buigen over een aantal vraagstukken met betrekking tot Verordening 1400/2002 en de impact daarvan op het Belgische civiele recht.

3. In deze commentaar wordt ingezoomd op deze vraagstukken, nadat eerst kort de feiten en de grote lijnen van de analyse van de rechter in eerste aanleg en van het Hof worden samengevat.

II. Samenvatting feiten en rechterlijke uitspraken

4. Verzoekende partij, Bourgoo, is erkend concessiehouder voor de verkoop en diensten na verkoop van voertuigen van het merk Saab. Verwerende partij, Beherman, is invoerder in België en Luxemburg van Saab. Sinds de inwerkingtreding van Verordening 1400/2002 organiseert Saab de dienst na verkoop van haar voertuigen binnen een systeem van kwalitatieve selectiviteit dat losstaat van de verkoop van haar voertuigen. Beherman sloot daartoe op 1 oktober 2003 een nieuwe distributieovereenkomst evenals een nieuwe overeenkomst voor erkend hersteller met Bourgoo. Als gevolg van de niet-naleving van de kwalitatieve criteria door Bourgoo, beëindigt Beherman de distributieovereenkomst op 23 april

¹ Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb.* [2002] L 203/30. Voorheen, onder Verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten in de motorvoertuigensector, *Pb.* [1985] L 15/16 en onder Verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3 van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, *Pb.* [1995] L 145/25, vormde de koppeling van de systemen voor de verkoop van voertuigen en aftersales geen probleem. Beiden werden toen ingebed in een systeem van kwantitatieve selectiviteit. Als gevolg van Verordening 1400/2002, en daaraan gekoppeld de introductie van marktaandeellimieten, ontstond echter een splitsing van de systemen voor de verkoop van voertuigen en voor de aftersales. Zie infra randnummer 21.

² Zie infra randnummer 14.

2009. Vervolgens, op 28 april 2009, beëindigt Beherman eveneens de overeenkomst voor erkend hersteller. In essentie beroept Beherman zich op (i) de beëindiging van de distributieovereenkomst, en een beschadiging van het vertrouwen als gevolg van de feiten die aan de grondslag van die beëindiging lagen, (ii) de niet-naleving van bepaalde normen en (iii) het bestaan van een gebeurtenis die wezenlijk ingaat tegen de geest en de doelstelling van de samenwerking om ook de overeenkomst voor erkend hersteller te beëindigen. Bourgoo betwist de rechtmatigheid van de beëindiging van de overeenkomst voor erkend hersteller die volgens haar in strijd is met het mededingingsrecht en, in het bijzonder, met de bepalingen van Verordening 1400/2002. Derhalve vordert Bourgoo in eerste aanleg onder meer de uitvoering *in natura* van de overeenkomst voor erkend hersteller. De beëindiging van de distributieovereenkomst is niet aan de orde.

5. In het vonnis *a quo* oordeelt de eerste rechter dat de opzeg door Beherman rechtmatig is en niet in strijd met Verordening 1400/2002. Volgens de eerste rechter kunnen de feiten die spelen in het kader van een distributieovereenkomst wel degelijk een invloed hebben op het vertrouwen dat moet heersen binnen een andere contractsverhouding. Daarnaast creëert Verordening 1400/2002 volgens de eerste rechter geen verplichting tot contracteren. De kwalitatieve criteria doen geen afbreuk aan het vertrouwen dat tussen partijen noodzakelijk is voor elke commerciële en contractuele relatie in het algemeen. Derhalve staat Verordening 1400/2002 de toepassing van Artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek ('BW') niet in de weg. De eerste rechter is van oordeel dat de overeenkomst voor erkend hersteller werd beëindigd op grond van voldoende ernstige en doorzichtige redenen (in toepassing van Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002) om een contractbreuk vast te stellen.

6. Tegen het vonnis *a quo* is hoger beroep ingesteld bij het Hof van Beroep te Antwerpen, dat tot een andere conclusie komt dan de eerste rechter. Het Hof verwijst naar overweging 22 en Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002 om te besluiten dat de beëindiging van de overeenkomst voor erkend hersteller autonoom dient te worden beoordeeld, zonder link naar de distributieovereenkomst. Verordening 1400/2002, zo stelt het Hof, voert immers een strikt onderscheid door tussen enerzijds de verkoop van voertuigen en anderzijds de diensten na verkoop. Dit staat weliswaar niet in de weg aan de toepassing van het gemeen verbintenisrecht, maar het Hof oordeelt dat *in casu* Beherman er niet in slaagt aan te tonen dat Bourgoo ook effectief haar contractuele verplichtingen onder de overeenkomst voor erkend hersteller heeft geschonden. Bovendien vormt een vermeende vertrouwensbreuk volgens het Hof geen objectieve en doorzichtige reden voor beëindiging (in toepassing van Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002). Derhalve besluit het Hof dat de beëindiging van de overeenkomst voor erkend hersteller onrechtmatig is. Het Hof doet geen

uitspraak omtrent de vordering tot uitvoering *in natura*, maar heropent de debatten op dit punt.

III. Commentaar

7. De mededingingsrechtelijke analyse die in het arrest aan de orde is, betreft de ontbinding (door de invoerder) van een overeenkomst erkend hersteller, onderdeel van een kwalitatief selectief systeem.

8. *In casu* was ten tijde van de ontbinding Verordening 1400/2002 van toepassing op de overeenkomst erkend hersteller en, bij uitbreiding, op het kwalitatief selectieve systeem voor het Saab aftersales netwerk. Het Hof lijkt het toepasselijke analyse-kader van Verordening 1400/2002 en het mededingingsrecht in het algemeen echter niet steeds te volgen. Het is daarom nuttig eerst stil te staan bij de werking van een groepsvrijstelling in het mededingingsrecht in het algemeen (zie punt A.) en, meer in het bijzonder, bij een aantal bepalingen van Verordening 1400/2002 evenals bij hun impact op het kwalitatief selectieve systeem, de overeenkomst en de ontbinding (zie punt B. en C.).

9. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de verhouding tussen de mededingingsrechtelijke regels inzake kwalitatief selectieve systemen en het Belgisch burgerlijk recht. Daarbij wordt in het bijzonder nagegaan of de keuze van een leverancier voor een kwalitatief selectief systeem voor zijn aftersales netwerk tot gevolg heeft dat zijn vrijheid om te contracteren wordt beperkt in die zin dat hij moet (blijven) contracteren met elke hersteller die aan de kwaliteitsvereisten voldoet (zie punt D.).

A. De werking van een groepsvrijstellingsverordening

10. Artikel 101, §1 VWEU verbiedt 'alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst'. Het is vaste rechtspraak dat een overeenkomst tussen ondernemingen evenwel aan het verbod van deze bepaling ontkomt wanneer zij de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt.³

³ Zie Mededeling van de Commissie – Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling), *Pb.* [2014] C 291/1; HvJ 9 juli 1969, *Völk*, 5/69, *Jurispr.* 295, punt 7; HvJ 28 mei 1998, *Deere/Commissie*, C-7/95 P, *Jurispr.* I-3111, punt 77; HvJ 21 januari 1999, *Bagnasco e.a.*, C-215/96 en C-216/96, *Jurispr.* I-135, punt 34; HvJ 23 november 2006, *Asnef-Equifax en Administración del Estado*, C-238/05, *Jurispr.* I-11125, punt 50.

11. Artikel 101, §2 VWEU verklaart deze verboden overeenkomsten van rechtswege nietig. Aan de nietigheidssanctie kan evenwel worden ontsnapt conform Artikel 101, §3 VWEU indien een overeenkomst – hoewel ze de mededinging beperkt zoals hierboven aangegeven – aan vier cumulatieve voorwaarden voldoet.⁴ Indien een onderneming zich wil beroepen op deze buiten-toepassing-verklaring van het verbod van Artikel 101, §1 VWEU, dan draagt die onderneming de bewijslast.⁵ Om daaraan te voldoen moet de onderneming aantonen dat aan elk van de 4 voorwaarden is voldaan. Daarbij is de onmisbaarheidsvereiste traditioneel de moeilijkste noot om te kraken. In veel gevallen betekent deze bewijslast een grote juridische onzekerheid voor ondernemingen. In het bijzonder voor de onderneming die een (distributie) netwerk wil uitrollen, kan deze juridische onzekerheid een belangrijke rem zijn. Veel mededingingsrechtelijke advocaten geven toe hun cliënten niet te adviseren om op basis van een individuele vrijstelling onder Artikel 101, §3 VWEU een netwerk op te zetten.

12. In uitvoering van Verordening 19/65 van de Raad,⁶ heeft de Europese Commissie een aantal groepsvrijstellingsverordeningen uitgevaardigd. In zo een groepsvrijstellingsverordening omschrijft de Europese Commissie een groep overeenkomsten waarvan volgens de Europese Commissie kan worden aangenomen dat zij gewoonlijk aan de voorwaarden van Artikel 101, §3 VWEU voldoen. Indien een overeenkomst binnen dat kader blijft, dan dragen de betrokken ondernemingen niet langer de last om te bewijzen dat aan elk van de voorwaarden van Artikel 101, §3 VWEU is voldaan. De groepsvrijstellingsverordening brengt de juridische zekerheid die ondernemingen zoeken.⁷

13. Het is nochtans niet zo dat elke overeenkomst die buiten de contouren van de groepsvrijstellingsverordening kleurt, per definitie strijdig is met Artikel 101 VWEU. Anders dan wat Bourgoon argumenteerde (zie bijv. punt 5, 1^e para. en punt

7.1, 3^e en 4^e para.), heeft een groepsvrijstellingsverordening geen regulerend karakter⁸: het is een instrument dat in principe geen praktijken verbiedt of definitief als onrechtmatig of mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar kwalificeert.⁹

14. Enerzijds kan nog altijd worden aangetoond dat er geen merkbare beperking van de mededinging is; anderzijds kan men zich –ingeval van een merkbare beperking– beroepen op een individuele vrijstelling conform Artikel 101, §3 VWEU¹⁰. Het is maar in de mate dat de overeenkomst een beperking bevat die door de relevante groepsvrijstellingsverordening als ‘harde kern’ beperking wordt gelabeld, dat er een (weliswaar nog steeds weerlegbaar) vermoeden ontstaat dat die beperking niet aan de voorwaarden van Artikel 101, §3 VWEU voldoet en dus nietig is onder Artikel 101 VWEU.

15. Hoe zit het in België? Bestaan daar gelijkaardige instrumenten? Artikel IV.5 van het Wetboek Economisch Recht (‘W.E.R.’) machtigt de Koning om groepsvrijstellingen uit te vaardigen. Momenteel zijn er evenwel geen Belgische groepsvrijstellingen in voege. Artikel IV.4, lid 1 W.E.R. stelt voorts dat het verbod van Artikel IV.1, §1 W.E.R. niet geldt voor overeenkomsten waarvoor door een verordening van de Raad of een verordening of een beschikking van de Europese Commissie Artikel 101, §3 VWEU van toepassing is verklaard. Deze wettelijke bepaling is gestoeld op de convergentietheorie zoals verankerd in Artikel 3.2 van Verordening 1/2003: wat door Artikel 101 VWEU niet is verboden, mag ook niet door IV.1, §1 W.E.R. worden verboden als er beïnvloeding van de tussenstaatse handel is.

16. Maar Artikel IV.4, lid 2 W.E.R. gaat verder (net zoals zijn voorganger, Artikel 5 van de WBEM dat deed), en verklaart de groepsvrijstellingsverordeningen van de Europese Commissie ook toepasselijk in een louter Belgische context door te stellen dat het verbod van Artikel IV.1, §1 W.E.R. niet geldt voor overeenkomsten ‘die de handel tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloeden, (...) doch die de bescherming zouden genieten van een [groepsvrijstellings]verordening (...) ingeval zij deze handel wel zouden beïnvloeden’. Ook in een louter Belgische context, bij afwezigheid van een intracommunautaire dimensie, kunnen ondernemingen dus op de Europese groepsvrijstellingsverordeningen een beroep doen.

⁴ i) De overeenkomst draagt bij tot de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang; (ii) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen komt de gebruikers ten goede; (iii) de overeenkomst legt geen beperkingen op die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn; en (iv) de overeenkomst stelt de ondernemingen niet in staat om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

⁵ Verordening 1/2003, art. 2.

⁶ Verordening nr. 19/65/EEG van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *Pb.* [1965] L 36/533.

⁷ Nochtans voorziet een groepsvrijstellingsverordening traditioneel in de mogelijkheid voor de Commissie om het voordeel van die verordening in te trekken in bepaalde omstandigheden (zie bijv. Verordening 1400/2002, art. 6). Een dergelijke intrekking is echter zeer uitzonderlijk en heeft daardoor geen noemenswaardige impact op de rechtszekerheid.

⁸ HvJ 18 december 1986, *VAG v. Magne*, 10/86, *Jurispr.* 4071.

⁹ Zie o.m. Cass. 15 mei 2009, *Brouwerij Haacht/B.M., TBH/RDC* 2010, afl. 5, 410 (zoals reeds eerder door het Hof van Cassatie impliciet gesteld in Cass. 10 oktober 2002, <http://www.cass.be>, 7-8). Zie ook G. BOGAERT, Het uitdrukkelijk ontbindend beding en het recht van partijen bij een automobielconcessieovereenkomst om elk geschil voor te leggen aan een onafhankelijke deskundige of scheidsrechter, noot onder Brussel 7 februari 2005, *TBH/RDC* 2005, 976, nr. 5, voorlaatste paragraaf; en Y. VAN COUTER en G. BOGAERT, De groepsvrijstellingsverordening nr. 1400/2002: meer dan een ‘pitstop’ voor de automobielconcessieovereenkomsten..., *TBH/RDC* 2003, 458, nr. 63.

¹⁰ Zie infra randnummers 38 tot en met 42.

B. Groepsvrijstellingsverordening 1400/2002

17. Van oudsher heeft de Europese Commissie een algemene groepsvrijstellingsverordening in stand gehouden voor verticale overeenkomsten. De Europese Commissie heeft 25 jaar lang geoordeeld dat verticale overeenkomsten inzake motorvoertuigen een afzonderlijk regime vergden. Het betrof zowel de verkoop van nieuwe motorvoertuigen, de verkoop van reserveonderdelen, als de verkoop van herstellings- en onderhoudsdiensten.

18. Sinds 1 oktober 2002 werden de vrijstellingsregels voor verticale overeenkomsten in de motorvoertuigensector opge-lijst in Verordening 1400/2002.¹¹ Deze verordening voorzag –in tegenstelling tot zijn liberalere voorganger, Verordening 1475/95 – een strenger kader dan de toenmalige algemene groepsvrijstellingsverordening 2790/1999.

19. Het staat niet ter discussie dat Verordening 1400/2002 van toepassing was op de overeenkomst van erkend hersteller ten tijde van de beëindiging ervan door Beherman.

1° Verordening 1400/2002 en selectieve distributie

20. Het lijkt op het eerste zicht wat onterecht om (in punt 5, 1° para.) te stellen dat de mededingingsregels door de inwerkingtreding van Verordening 1400/2002 werden aangepast in die zin dat het netwerk van erkend hersteller vanaf dan georganiseerd wordt op grond van een zuiver kwalitatieve selectie. Een groepsvrijstellingsverordening is slechts een faciliteit voor ondernemingen om juridische zekerheid te verwerven over de verenigbaarheid van hun overeenkomsten met het mededingingsrecht. Het is geenszins zo dat de Verordening 1400/2002 het gebruik van deze of gene distributiefomule heeft opgelegd.

21. Het is nochtans zeker correct dat Verordening 1400/2002 zuiver kwalitatieve selectieve distributiesystemen¹² (voor wat betreft de aftersales) gunstig behandelde door te stellen dat de marktaandeellimieten¹³ niet van toepassing waren op dergelijke distributiesystemen, terwijl een limiet gold van 30% voor exclusieve systemen en 40% voor kwantitatief selec-

tieve distributiesystemen¹⁴ (voor wat betreft de verkoop van voertuigen) (Artikel 3, lid 1).¹⁵ Daardoor heeft Verordening 1400/2002 in de praktijk inderdaad gezorgd voor een switch van kwantitatieve selectiviteit naar kwalitatieve selectiviteit voor de aftersales. Het feit dat een dergelijk systeem binnen de contouren van de toepasselijke groepsvrijstellingsverordening bleef, heeft de producenten zeker een duwtje in de rug gegeven om kwalitatieve selectiviteit te introduceren in hun aftersales netwerk. Het is echter niet correct om uit deze switch te concluderen dat Verordening 1400/2002 een regulerend karakter zou hebben gehad.

2° Verordening 1400/2002 en de link tussen verkoop van nieuwe voertuigen en diensten na verkoop

22. Een van de meest radicale nieuwigheden van Verordening 1400/2002 t.o.v. haar voorganger was het loskoppelen van de verkoop van nieuwe voertuigen en de verkoop van diensten na verkoop. Verordening 1475/95 was alleen van toepassing op overeenkomsten die zowel distributie- als dienst-na-verkoopverplichtingen inhielden voor de leden van het netwerk.¹⁶ Verordening 1400/2002 wenste daaren-

¹¹ Zie evenwel artikel 10 van Verordening 1400/2002 voor het overgangsregime.

¹² Dit zijn, onder Verordening 1400/2002, systemen waarbij de leverancier voor de selectie van zijn erkende distributeurs of herstellers criteria gebruikt die uitsluitend van kwalitatieve aard zijn en ‘noodzakelijk zijn wegens de aard van het contractgoed of de contractdienst, eenvormig zijn neergelegd voor alle distributeurs of herstellers die lid van het distributiestelsel willen worden, niet discriminerend worden toegepast en het aantal distributeurs of herstellers niet rechtstreeks beperken’ (Verordening 1400/2002, art. 1, lid 1, h).

¹³ Het betreft, onder Verordening 1400/2002, het maximum marktaandeel van de leverancier ‘op de relevante markt waarop hij nieuwe motorvoertuigen, reserveonderdelen voor motorvoertuigen of herstellings- en onderhoudsdiensten verkoopt’ (art. 3, lid 1).

¹⁴ Dit zijn, onder Verordening 1400/2002, systemen waarbij de leverancier voor de selectie van zijn erkende distributeurs of hersteller criteria gebruikt die hun aantal rechtstreeks beperken (Verordening 1400/2002, art. 1, lid 1, g).

¹⁵ Let wel, onder de huidige groepsvrijstellingsverordening (Verordening 461/2010 die verwijst naar Verordening 330/2010) is een (kwalitatief of kwantitatief) selectief distributiesysteem vrijgesteld tot een marktaandeellimiet (in hoofde van de leverancier en de distributeur/hersteller) van 30%, waarbij niet langer is vereist dat aan de bijkomende voorwaarden (noodzakelijk wegens aard, eenvormig, niet-discriminatoir) wordt voldaan. Is wel aan die bijkomende voorwaarden voldaan, dan is de Commissie van oordeel dat er in principe geen probleem onder artikel 101(1) VWEU is (Richtsvaardingen inzake Verticale Beperkingen, *Pb.* [2010] C 130/1; de ‘Verticale Richtsvaardingen’, randnr. 175). Bijgevolg is voor dergelijke systemen, ongeacht de marktaandelen, zelfs geen individuele vrijstelling vereist. Het is zelfs zo dat de Aanvullende richtsvaardingen betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen, *Pb.* [2010] C 138/16 (de ‘Aanvullende Richtsvaardingen’) aangeven dat een individuele vrijstelling voor kwantitatieve selectiviteit voor de verkoop van nieuwe voertuigen in principe beschikbaar zal zijn tot marktaandelen van 40% (randnr. 56).

Anderzijds gaat de Commissie ervan uit dat het marktaandeel van de producent/invoerder op de aftersales markt hoger is dan 30%, zodat de groepsvrijstellingsverordening niet beschikbaar zou zijn. Het standpunt van de Commissie is ons inziens betwistbaar. We verwijzen hiervoor o.m. naar de uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof van 30 maart 2011 betreffende de weigering van MAN om een erkend Daimler hersteller tot het netwerk van MAN erkend herstellere toe te laten. In deze zaak heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld dat de relevante markt diende te worden bepaald vanuit het standpunt van de hersteller, zijnde de upstream-markt waarop de hersteller handelt als koper.

¹⁶ Verordening 1475/95, art. 5, lid 1, 1), a) en 4, lid 1, 1), e).

tegen loutere distributeurs te promoten en zette beperkingen op de mogelijkheid van distributeurs om herstellings- en onderhoudsdiensten uit te besteden aan erkende herstellere op de zwarte lijst (Artikel 4, lid 1, g)). Dergelijke beperking werd onder Verordening 1400/2002 dus beschouwd als een ‘hard core’ restrictie waardoor de ganse overeenkomst niet van een vrijstelling kon genieten en de beperking vermoed werd niet te kunnen worden vrijgesteld onder Artikel 101, §3 VWEU. Het was de uitdrukkelijke bedoeling van de Europese Commissie om ‘sales only’ distributeurs te promoten.¹⁷ Nochtans beantwoordde deze bezorgdheid in onze ervaring niet aan een economische realiteit: verkoopsactiviteiten van nieuwe voertuigen zijn vaak weinig winstgevend; dit in tegenstelling tot de verkoop van onderdelen en de diensten na verkoop. Daardoor zijn erkende partners van motorvoertuigenproducenten er uit eigen beweging niet toe geneigd zich te specialiseren in verkoopactiviteiten en de verkoop van onderdelen en/of de diensten na verkoop uit te besteden aan derden. Omgekeerd zijn er wel herstellere die geen interesse hebben om nieuwe voertuigen te verkopen.

23. De centrale mededingingsrechtelijke vraag die in het arrest wordt behandeld, is of de beëindiging van de overeenkomst erkend hersteller kon worden gekoppeld aan de beëindiging van de distributieovereenkomst. Zoals hierboven aangestipt, stond de beëindiging van de distributieovereenkomst niet ter discussie in het geschil dat aan het Hof werd voorgelegd. Evenwel meende Bourgoo (hersteller) dat zijn overeenkomst erkend hersteller niet op grond van autonome motieven werd beëindigd, maar louter op motieven die eigen waren aan de distributieovereenkomst (en vreemd aan de overeenkomst voor erkend hersteller).

24. Het Hof overweegt dat Verordening 1400/2002 vergde dat een strikt onderscheid werd doorgevoerd tussen de verkoop en de diensten na verkoop waardoor een beëindigde distributeur derhalve in principe als erkend hersteller kon blijven verder werken, zolang hij voldeed aan de kwalitatieve criteria van de fabrikant-invoerder. Er was volgens het Hof derhalve niet voldaan aan de vrijstellingsvoorwaarden vastgesteld in Verordening 1400/2002 wanneer het bestaan van een overeenkomst voor erkend hersteller afhankelijk werd gesteld van het bestaan van de overeenkomst voor erkend verdeler.

25. Nochtans vereiste Verordening 1400/2002 enkel dat, om te kunnen genieten van de vrijstelling, de erkend verdeler moest worden toegelaten om de herstelling in onderaanneming uit te besteden (zie para. 36 hieronder). De erkend verdeler mocht dus niet worden verplicht om zelf ook erkend hersteller te zijn. Uit het arrest blijkt niet dat de distribu-

tieovereenkomsten van Beherman dergelijke verplichting zouden hebben opgelegd.

26. Daarenboven hebben de feiten betrekking op de omgekeerde situatie. Het was niet zo dat Beherman de overeenkomst erkend verdeler beëindigde omdat Bourgoo geen erkend hersteller meer was (wat zou hebben ingedruist tegen de achterliggende doelstelling van Artikel 4, lid 1, g van Verordening 1400/2002). Omgekeerd was Beherman van oordeel dat de fout die leidde tot de beëindiging van de overeenkomst erkend verdeler, ook de beëindiging van de overeenkomst erkend hersteller rechtvaardigde. Deze eventuele doorwerking wordt niet door Verordening 1400/2002 aangemerkt als een uitgesloten of hard core beperking.

27. Het is dus niet zo dat er mededingingsrechtelijk evidente bezwaren zijn tegen de stelling van Beherman dat een fout die een vertrouwensbreuk tot gevolg heeft in de relatie erkend verdeler ook doorwerkte in de relatie erkend hersteller. De stelling van Beherman maakt alvast niet dat de overeenkomst erkend verdeler niet zou kunnen genieten van de vrijstelling van Verordening 1400/2002 en houdt o.i. zelfs geen mededingingsbeperkende handeling in die een vrijstelling behoeft.

28. Het arrest gaat zeer ver wanneer het oordeelt dat de fout in het kader van de relatie erkend verdeler geen impact kan hebben op de relatie erkend hersteller. Indien bijv. zou vaststaan dat de erkend verdeler namaak producten zou hebben verkocht, zou dit niet rechtvaardigen dat de leverancier elke relatie, inclusief die van erkend hersteller, per onmiddellijk zou beëindigen?¹⁸

29. Zoals hierboven aangegeven, had het Hof o.i. daarenboven voorzichtiger moeten zijn in haar bewoordingen wanneer het stelt dat dergelijke koppeling ‘*mededingingsrechtelijk niet toelaatbaar is*’ en ‘*precies verboden wordt*’ op grond van Verordening 1400/2002 (arrest, punt 7.1, 3^e en 4^e para) aangezien het Hof daarmee een te ruime doorwerking geeft aan de groepsvrijstellingsverordening. Deze werkt niet normerend en het feit dat de verordening een bepaalde contractuele bepaling niet vrijstelt van het verbod van Artikel 101, §1 VWEU betekent niet noodzakelijk dat die bepaling strijdig is met dat verbod.

30. Het Hof kan al helemaal niet worden bijgetreden wanneer het uit de bewoordingen van Artikel 3, lid 4 van Verordening

¹⁷ Verklarende Brochure, Titel 5.3.6, p. 62, http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_nl.pdf.

¹⁸ Aangezien een overeenkomst van erkend distributeur in de automobielsector vaak binnen het toepassingsgebied valt van de toenmalige Alleenverkoopwet (nu Wetboek van Economisch Recht, Boek X, Titel 3), kan een leverancier die de overeenkomst erkend distributeur beëindigt, maar niet de overeenkomst erkend hersteller, zich zelfs verwachten aan het argument van de tegenpartij dat de vertrouwensbreuk niet voldoende ernstig is in de zin van die wet als de leverancier wel nog met de andere partij blijft samenwerken voor de aftersales.

1400/2002 afleidt dat het Hof mag (moet) onderzoeken of de opzegging door de invoerder van de overeenkomst erkend hersteller aan de voorwaarden van Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002 voldoet.

31. Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002 luidt als volgt:

‘De vrijstelling is van toepassing op voorwaarde dat in de verticale overeenkomst welke met een distributeur of hersteller is gesloten, is bepaald dat een leverancier die een overeenkomst wenst op te zeggen, zulks schriftelijk moet doen en uitvoerig opgave moet doen van de objectieve en doorzichtige redenen voor de beëindiging, teneinde te voorkomen dat een leverancier een verticale overeenkomst met een distributeur of hersteller niet verlengt of beëindigt wegens gedragingen die uit hoofde van deze verordening niet mogen worden beperkt.’

32. De impact van deze bepaling voor de beschikbaarheid van de groepsvrijstelling is vrij beperkt: is in de overeenkomst opgenomen dat de leverancier deze enkel schriftelijk en doorzichtig gemotiveerd kan beëindigen, dan kan deze genieten van de vrijstelling die wordt geboden door Verordening 1400/2002 (op voorwaarde uiteraard dat ook aan de andere voorwaarden van Verordening 1400/2002 is voldaan); is dergelijke bepaling niet in de overeenkomst opgenomen, dan kan de overeenkomst niet genieten van de groepsvrijstelling. Het volstaat dus dat de overeenkomst voorziet in een verplichting om een eventuele beëindiging te motiveren. Dit betreft dan ook een louter formele voorwaarde, geen inhoudelijke voorwaarde.

33. Ten onrechte leest het Hof Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002 als zou deze bepaling de reden van beëindiging hebben onderworpen aan een rechterlijke toetsing. Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002 stelde enkel dat, om van de groepsvrijstelling te kunnen genieten, in de overeenkomst een bepaling diende opgenomen te zijn omtrent de motivering van de beëindiging. Daar eindigde meteen de werking van Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002: het Artikel had geen verdere impact op de eigenlijke beëindiging. Het gaf geen impliciet toetsingsrecht aan de rechter. De vrijstelling vereiste niet dat de motivering van de beëindiging ook nog moest worden toegepast en gerespecteerd. Dat is een vraag van puur verbintenisrechtelijke aard.

34. Een andere lezing zou impliceren dat tot op het moment van de beëindiging van de overeenkomst zou moeten worden gewacht om zeker te zijn of de overeenkomst in kwestie van een automatische vrijstelling kan genieten, hetgeen in strijd is met de geest en ratio van een groepsvrijstellingsverordening die net als verdienste heeft ondernemingen een juridisch

kader te bieden waarbinnen zij hun overeenkomsten met een gerust hart kunnen uitrollen.¹⁹

35. De niet-naleving van Artikel 3, lid 4 van Verordening 1400/2002 kon dus enkel een impact hebben op de mededingingsrechtelijke analyse van de overeenkomst van erkend hersteller, niet op de mededingingsrechtelijke rechtsgeldigheid van de beëindiging zelf.

36. Daarenboven was het doel van Artikel 3, lid 4 te voorkomen dat de overeenkomst werd beëindigd ‘wegens gedragingen die uit hoofde van deze verordening niet mogen worden beperkt’. Vraag is of een beëindiging van de overeenkomst voor erkend hersteller omwille van feiten eigen aan de overeenkomst voor erkend distributeur, een gedraging inhoudt die uit hoofde van Verordening 1400/2002 niet mocht worden beperkt. Strikt genomen (en een groepsvrijstellingsverordening dient o.i. strikt te worden gelezen²⁰) werd – ondanks de ruimere strekking van overweging 22 bij Verordening 1400/2002 – immers enkel het verbod voor de distributeur om herstellings- en onderhoudsdiensten uit te besteden gevisieerd (Artikel 4, lid 1, g). Dergelijk verbod was niet aan de orde in het geschil dat aan het Hof werd voorgelegd.

37. Om bovenstaande redenen menen wij dat het Hof niet tot een onrechtmatigheid van de beëindiging van de overeenkomst erkend hersteller kon besluiten op grond van het mededingingsrecht. Uit het arrest blijkt evenwel dat de beoordeling van het Hof van de beëindigingsredenen in het kader van Verordening 1400/2002 niet doorslaggevend is geweest: ook zonder deze beoordeling komt het ons voor dat het Hof op andere gronden zou hebben besloten dat de beëindiging niet rechtmatig was.

C. Individuele vrijstelling onder Artikel 101, §3 VWEU

38. Daar waar Verordening 1400/2002 in menig opzicht een strikter regime introduceerde voor de automobielsector om zijn overeenkomsten vrijgesteld te zien onder de groepsvrijstellingsverordening, is de Europese Commissie in 2010, na een intensieve evaluatie-oefening,²¹ teruggekeerd naar een liberaler regime. Luidens Verordening 461/2010²²

¹⁹ Brussel 3 december 2012, Celis Trucks N.V. t. Volvo Group Belgium N.V., AR 2009/AR/2140, n.n.g.

²⁰ HvJ 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS tegen Président de l’Autorité de la concurrence en Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi, C-439/09, *Jurispr.* I-9419, punt 57.

²¹ http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/legislation_archive.html.

²² Verordening (EU) nr. 461/2010 van de Commissie van 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 afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *Pb.* [2010] L 129/52.

- valt de verkoop van voertuigen integraal onder het gewone groepsvrijstellingsregime voor verticale overeenkomsten van Verordening 330/2010²³ sinds 1 juni 2013; en
- vallen de diensten na verkoop en de aan- en verkoop van reserveonderdelen sinds 1 juni 2010 ook onder Verordening 330/2010, weze het dat Verordening 461/2010 drie bijkomende hardcore beperkingen toevoegt (alle gerelateerd aan de verkoop van reserveonderdelen).

39. Onder het nieuwe regime is het vereiste van het opnemen van de motiveringsverplichting, zowel voor nieuwe voertuigen als voor de aftersales markt, weggevallen.

40. Hetzelfde geldt voor de verplichting om verkopers van nieuwe voertuigen toe te staan de diensten na verkoop uit te besteden aan een erkende hersteller: deze verplichting wordt niet hernomen in Verordening 330/2010 noch in Verordening 461/2010. Sinds 1 juni 2013 zou er dus een grotere flexibiliteit moeten zijn voor motorvoertuigenfabrikanten en hun importeurs om de link tussen hun verkoop- en servicenetwerken te structureren zoals zij dat opportuun achten.²⁴ In de Aanvullende Richtsnoeren (randnr. 71)²⁵ wordt wel bepaald dat het verplichten van erkende herstellere om ook verkoopsactiviteiten uit te oefenen een beperking van de mededinging is die ‘in de regel’ geen individuele vrijstelling zal kunnen bekomen onder Artikel 101, §3 VWEU. Deze link was evenwel niet aan de orde in het geannoteerde arrest.

41. Hoewel Verordening 1400/2002 van toepassing was ten tijde van de beëindiging van de overeenkomst erkend hersteller, is de vraag hoe, indien de partijen zich hadden beroepen op een individuele vrijstelling op grond van Artikel 101, §3 VWEU, de voorwaarden van dit artikel zouden zijn ingevuld.

42. Het zou eigenaardig zijn dat het onderzoek van een individuele vrijstelling op grond van Artikel 101, §3 VWEU anno 2013 niet de huidige tijdsgeest, zoals die blijkt uit de evaluatiedocumenten en de instrumenten die daaruit zijn voortgevloeid, met name de Verordeningen 330/2010 en 461/2010 alsook de Verticale Richtsnoeren en de Aanvullende Richtsnoeren, in aanmerking zou hebben genomen. Het in acht nemen van het huidige kader zou impliceren dat de koppeling verkoop / dienst na verkoop inderdaad niet langer in de blackbox zou gesitueerd moeten worden.

²³ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 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.* [2010] L 102/1.

²⁴ F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Distributieovereenkomsten in het mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2012, randnr. 1002.

²⁵ Aanvullende Richtsnoeren betreffende verticale beperkingen in overeenkomsten voor de verkoop en herstelling van motorvoertuigen en voor de distributie van reserveonderdelen voor motorvoertuigen, *Pb.* [2010] C 138/16.

D. Interactie met het Belgisch burgerlijk recht

43. Zoals hierboven reeds werd vermeld, lijkt het Hof (voornamelijk) op basis van het gemeen burgerlijk recht tot het besluit te komen dat de beëindiging van de overeenkomst voor erkend hersteller door Beherman (leverancier) niet rechtmatig was. Hieronder wordt kort ingegaan, binnen het kader van de feiten van het geannoteerde arrest, op de verhouding tussen het mededingingsrecht en het Belgisch burgerlijk recht.

1° Contractsvrijheid en Uitvoering te goeder trouw (Artikel 1134 BW)

44. Het beginsel van de contractsvrijheid, verankerd in Artikel 1134 BW, vormt een van de fundamenteën van het Belgische contractenrecht. Concreet houdt de contractsvrijheid in dat een partij in principe mag contracteren met wie zij wil, wanneer zij wil, en over wat of hoe zij wil. Eenieder is derhalve vrij al dan niet te contracteren, vrij zijn contractuele wederpartij te kiezen, etc. De contractsvrijheid is uiteraard niet onbegrensd. Zo beperken enkele klassieke concepten van het verbintenissenrecht, waaronder bepalingen van openbare orde en dwingend recht, evenals bijvoorbeeld de precontractuele aansprakelijkheid, de vrijheid om te contracteren. Ook het mededingingsrecht, dat van openbare orde is, vormt een van deze grenzen aan de contractsvrijheid. Partijen kunnen door middel van overeenkomsten de vrije mededinging niet geheel uitschakelen, maar enkel, binnen de toegelaten beperkingen van het mededingingsrecht, moduleren.

45. Om elk misverstand te vermijden, dient evenwel meteen te worden aangestipt dat uit het mededingingsrecht geen contracteerplicht voortvloeit (behoudens mogelijkerwijze in geval van een dominante positie). Zo heeft het Hof van Justitie meermaals uitdrukkelijk geoordeeld dat de niet-ervulling van een voorwaarde die noodzakelijk is om van een (groeps) vrijstelling te genieten, een leverancier niet kan dwingen om een distributeur die zich bij een distributiestelsel wil aansluiten, op te nemen.²⁶ Zoals hierboven reeds werd uitgelegd, zal in een dergelijk geval moeten worden nagegaan of de overeenkomst voldoet aan de 4 cumulatieve voorwaarden van Artikel 101, §3 VWEU voor een individuele vrijstelling.

46. De contractsvrijheid mag dan wel begrensd worden door het mededingingsrecht; deze begrenzing is onderworpen aan een relatief complexe analyse. De Belgische Raad voor de Mededinging (de voorganger van de Belgische Mededingingsautoriteit) heeft zo uitdrukkelijk aanvaard in het kader van een systeem van kwalitatieve selectiviteit dat een kandidaat-distributeur die voldeed aan de objectieve erkenningscriteria, (tijdelijk) kon worden geweigerd door de leverancier, aangezien was gebleken dat de kandidaat-distributeur op het ogenblik van zijn aanvraag tot toetreding reeds de betrokken producten verkocht, zonder

²⁶ HvJ 14 juni 2012, Landrover, C-158/11, n.n.g.

dat hij deel uitmaakte van het erkende netwerk.²⁷ De Raad voor de Mededinging was van oordeel dat ‘het bestaan van een selectief distributiesysteem aan de producent niet het recht ontnemt zich te beroepen op de motieven [...] uit het gemeen recht om een weigering tot het opnemen in het net van selectieve distributeurs te motiveren’. Een dergelijke weigering, zo oordeelde de Raad, kan niet beschouwd worden ‘als een weigering waardoor inbreuk wordt gepleegd op één van de voorschriften van de WBEM’²⁸ op voorwaarde dat deze weigering ‘geen definitief karakter vertoont doch gehanteerd wordt als tijdelijke sanctie die het mogelijk moet maken het vertrouwen te herstellen in toekomstig correcte naleving van de systeemvoorschriften door de kandidaat’. Ook de toenmalige Belgische Raad voor de Mededinging was derhalve van oordeel dat, zelfs binnen een systeem van kwalitatieve selectiviteit, een leverancier kan weigeren om te contracteren. Daarnaast belet het mededingingsrecht evenmin dat een leverancier een bestaande overeenkomst beëindigt in geval van contractbreuk, zware tekortkoming dan wel een vertrouwensbreuk die te wijten is aan zijn distributeur, zelfs wanneer hij een systeem van kwalitatieve selectiviteit hanteert. Ook in Frankrijk werd dit recent nog bevestigd door het Hof van Cassatie.²⁹

47. Kortom, uit Artikel 101 VWEU vloeit geen contracteerplicht voort. Evenmin verhindert Artikel 101 VWEU dat een partij een bestaande overeenkomst beëindigt op basis van Artikel 1184 B.W. Dit laatste wordt in het geannoteerde arrest ook bevestigd door het Hof. *In casu* is het Hof echter van mening dat Beherman (leverancier) er niet in slaagt aan te tonen dat Bourgoo (hersteller) ook effectief haar contractuele verplichtingen onder de overeenkomst voor erkend hersteller heeft geschonden.

48. Derhalve stelt zich de vraag wat de gevolgen zijn indien een partij zich ten onrechte op Artikel 1134 respectievelijk 1184 BW beroept om – binnen het kader van een systeem van kwalitatieve selectiviteit – niet te contracteren dan wel een bestaande overeenkomst te beëindigen. Hieronder wordt eerst ingegaan op de onrechtmatige beëindiging en vervolgens op de contractsweigering.

2° Onrechtmatige beëindiging

49. In het geannoteerde arrest is het Hof van oordeel dat de overeenkomst voor erkend hersteller werd beëindigd terwijl er geen sprake was van een ernstige contractsbreuk die een onmiddellijke beëindiging rechtvaardigde. Derhalve werd de overeenkomst voor erkend hersteller niet rechtmatig beëindigd. *In casu* wenst het Hof zich echter (nog) niet uit te

spreken omtrent de gevolgen van dergelijke onrechtmatige beëindiging aangezien Beherman (leverancier) hierover nog niet had geconcludeerd.

50. Er kan geen twijfel bestaan dat de opzegging van een overeenkomst van onbepaalde duur³⁰ definitief en onherroepelijk is van zodra de tegenpartij hiervan kennis heeft genomen (of redelijkerwijze kennis had kunnen nemen) en derhalve niet meer kan worden ingetrokken, noch gewijzigd worden.³¹ Het feit dat een opzegging op foutieve wijze is gegeven, doet hieraan geen afbreuk.³² De opzeggende partij kan hierop dus niet meer terugkomen. De eis tot uitvoering *in natura*, die in het geannoteerde arrest wordt gevorderd door Bourgoo (hersteller), zou in de hypothese van een opzegging dan ook niet meer worden toegekend.³³ De enige remedie waarop de onrechtmatig beëindigde partij (*in casu* Bourgoo) zich derhalve nog zou kunnen beroepen is de schadeloosstelling. Dit wordt in het bijzonder bij wet uitdrukkelijk voorzien in geval van eenzijdige opzegging van een alleenverkoopconcessie van onbepaalde duur (buiten zware fout).³⁴

51. Ook al hanteren het Hof en de partijen in het besproken arrest consistent de term ‘opzegging’, toch wijzen de feiten erop dat *in casu* sprake was van een (onrechtmatige) ontbinding. Beherman (leverancier) lijkt immers eerder toepassing te maken van een uitdrukkelijk ontbindend beding of minstens van de buitengerechtelijke ontbinding die onder bepaalde voorwaarden aanvaard is in de rechtspraak en de rechtsleer. De opzegging dient te worden onderscheiden van dergelijke ontbinding. Waar de ontbinding van een overeenkomst een sanctie uitmaakt voor een contractuele wanprestatie van een van de partijen (foutmotief), is de

²⁷ RvM 26 juni 1995, 95 – PRA – 1, BS 26 juli 1995, 20259.

²⁸ Op 6 september 2013 werd de WBEM vervangen door Boek IV W.E.R.

²⁹ Cass. Fr. 28 september 2010, <http://legifrance.gouv.fr/af-fichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022881453>.

³⁰ Het geannoteerde arrest betreft een overeenkomst van onbepaalde duur. Wat betreft overeenkomsten van bepaalde duur, geldt het definitief en onherroepelijk karakter van de opzegging slechts indien de opzegging regelmatig en rechtmatig is gebeurd. Zie bijvoorbeeld Cass. 7 juni 2012, *Pas.* 2012, afl. 6-7-8, 1317.

³¹ Cass. 3 december 2007, *R.W.* 2010-11, afl. 34, 1431, noot VAN OEVELEN, A.

³² Cass. 24 april 1998, *R.W.* 1999-00, 569.

³³ Cass. 9 maart 1973, *Pas.* 1973, 640; Cass. 3 december 2007, *JLMB* 2008, 1173; S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 488; P. NAEYAERT, *Distributeurs en handelstussenpersonen – Met focus op beëindiging*, Brugge, die Keure, 2012, p. 304 e.v.

³⁴ Titel 3 van Boek X van het Wetboek van Economisch Recht, ingevoegd bij Wet van 2 april 2014 houdende invoeging van boek X ‘Handelsagentuurovereenkomsten, commerciële samenwerkingsovereenkomsten en verkoopconcessies’ in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek X in boek I van het Wetboek economisch recht, BS 28 april 2014, 35053, in werking getreden op 31 mei 2014; zoals bevestigd in Cass. 24 april 1998, *R.W.* 1999-00, 569. Titel 3 herneemt de Wet van 27 juli 1961 betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, BS 5 oktober 1961, 7518 (‘Alleenverkoopwet’).

opzegging een loutere mogelijkheid voor (één van) de partijen om vroegtijdig een einde aan een overeenkomst te maken (geen foutmotief).³⁵ De analyse van randnummer 50 kan niet zonder meer worden doorgetrokken naar gevallen van ontbinding van een overeenkomst van onbepaalde duur. De rechtsleer is het er over eens dat een ontbindingsbeslissing (op basis van een uitdrukkelijk ontbindend beding of in geval van een eenzijdige ontbinding) evenzeer definitief en onherroepelijk is wanneer aan alle toepassingsvoorwaarden voor dergelijke ontbinding is voldaan.³⁶ De vraag stelt zich echter welk gevolg de ontbindingsbeslissing kan ressorteren indien de toepassingsvoorwaarden niet zijn voldaan (zoals in het geannoteerde arrest). Bepaalde auteurs zijn van oordeel dat in dergelijk geval de ontbindingsbeslissing geen uitwerking kan hebben zodat de overeenkomst nooit werd ontbonden. Anderzijds zou men kunnen stellen dat de overeenkomst in dergelijk geval foutief werd opgezegd, aangezien er inderdaad geen sprake meer is van een beëindiging op basis van een foutmotief. Derhalve zou die beëindiging kunnen gekwalificeerd worden als een (foutieve) opzegging. Zoals hierboven reeds vermeld, en bovendien naar analogie met een onterechte beëindiging op basis van grove tekortkoming van een verkoopconcessie van onbepaalde duur (Artikel X.36 W.E.R., voorheen Artikel 2 Alleenverkoopwet), is de overeenkomst dan wel degelijk (definitief en onherroepelijk) beëindigd zodat enkel het herstel van de bewezen schade mogelijk is. De rechtspraak omtrent deze kwestie is erg schaars en biedt helaas geen definitief uitsluitsel wat betreft deze vraag.

52. Samengevat, het is twijfelachtig of naar Belgisch verbintenissenrecht de beëindigde distributeur de uitvoering *in natura* zal kunnen vorderen indien een leverancier onrechtmatig een overeenkomst van onbepaalde duur beëindigt. Een dergelijke eenzijdige beëindiging is immers (minstens in geval van opzegging) definitief en onherroepelijk. De vraag blijft open of het anders is in geval van foutieve ontbinding. Het mededingingsrecht lijkt hieraan in individuele gevallen niet meteen een bijkomende sanctie of remedie te koppelen.

53. Het is echter niet onlogisch te denken dat de beëindigde distributeur, die voldoet aan alle kwalitatieve vereisten, zich opnieuw kandidaat stelt als distributeur. Ook *in casu*, heeft Bourgoo (hersteller) zich meteen opnieuw kandidaat gesteld om erkend te worden in het netwerk van Beherman (leverancier). Dit punt wordt echter niet ter discussie gesteld in het besproken arrest. Desondanks lijkt het ons interessant om kort stil te staan bij de (mededingingsrechtelijke) gevolgen van een dergelijke hypothese.

³⁵ Zie J. SCHRAEYEN (ed.), *Algemene Voorwaarden*, Brussel, Larquier, 2012, p. 195 e.v.

³⁶ S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 498-499 en 632-633.

3° *Onrechtmatige contractsweigerings*

54. Op het eerste zicht lijkt de weigering van een leverancier om een (kandidaat-) distributeur toe te laten tot zijn netwerk, een eenzijdige rechtshandeling waarop Artikel 101 VWEU niet van toepassing is. Inderdaad, Artikel 101 VWEU is enkel van toepassing op ‘overeenkomsten’, d.i. het bestaan van wilsovereenstemming tussen ten minste twee partijen. Hoewel het begrip ‘overeenkomst’ een ruime invulling krijgt, vallen eenzijdige gedragingen niet onder deze noemer.³⁷ Artikel 101 VWEU lijkt derhalve eenvoudigweg niet van toepassing op een onrechtmatige contractsweigerings.

55. De Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie hebben hier echter anders over geoordeeld. In de zaak *AEG-Telefunken*³⁸ heeft het Europese Hof geoordeeld dat de beslissing waarbij een toelating wordt geweigerd wel degelijk binnen de toepassings sfeer van Artikel 101 VWEU kan vallen wanneer een dergelijke beslissing het bewijs vormt van een ongeoorloofde toepassing van het systeem van kwalitatieve selectiviteit. In deze zaak gebruikte (of liever misbruikte) AEG-Telefunken haar systeem van kwalitatieve selectiviteit om (kandidaat-)distributeurs te weigeren of te beëindigen die het prijsbeleid van AEG-Telefunken weigerden na te leven. Het Europese Hof voegt daar evenwel aan toe dat dergelijke weigerings slecht het bewijs leveren van een onrechtmatige toepassing van het selectieve stelsel ‘*wanneer het gezien hun aantal kan worden uitgesloten, dat het gaat om sporadische, niet tot een stelselmatige gedraging terug te brengen gevallen*’.

56. Op basis van het voorgaande zal het dan ook niet evident zijn voor een individuele speler om een contractsweigerings te laten vernietigen op basis van het mededingingsrecht en alsnog toegang te verwerven tot het selectieve netwerk van een leverancier. Het zal inderdaad niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat aan de test die werd toegepast door het Europese Hof van Justitie in de zaak *AEG-Telefunken* is voldaan aan de hand van één individueel geval. Opdat een individuele speler kans op slagen kan hebben, zal hij immers moeten kunnen aantonen dat hij geen geïsoleerd geval is. Dit hoeft niet helemaal te verbazen aangezien de finaliteit van het mededingingsrecht bestaat in het beschermen van de concurrentie en niet in het beschermen van individuele marktspelers.

57. Tot slot stippen we graag nog kort aan dat – zelfs wanneer er geen sprake is van een onrechtmatige toepassing van het systeem van selectieve distributie zoals in de zaak *AEG-Telefunken* – de leverancier steeds het risico loopt dat zijn systeem van kwalitatieve selectiviteit wordt gekwalificeerd als een systeem van kwantitatieve selectiviteit wanneer hij

³⁷ F. WUICKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Distributieovereenkomsten in het mededingingsrecht*, Brussel, Larquier, 2012, p. 36-37 en p. 53 e.v.

³⁸ HvJ 25 oktober 1983, *AEG Telefunken*, 107/82, *Jurispr.* 107/82.

zich ten onrechte beroept op Artikel 1134 BW om (kandidaat-)distributeurs toegang tot zijn netwerk te ontzeggen. Dit heeft echter niet automatisch een inbreuk op het mededingingsrecht tot gevolg, maar zal een analyse vereisen onder Artikel 101, §1 en §3 VWEU (zie hierboven). Anders gesteld, niets belet een leverancier om zijn selectieve systeem te kwalificeren als een systeem van kwantitatieve selectiviteit wanneer hij (kandidaat-)distributeurs toegang tot zijn netwerk wenst te ontzeggen.