

Een kompas voor de nieuwe verticale groepsvrijstelling

III

F. Wijckmans*

Met Verordening (EU) 2022/720 heeft de Europese Commissie het mededingingsrechtelijk landschap voor verticale overeenkomsten tot 2034 vastgelegd. Deze bijdrage biedt een praktijkgericht kompas.

I. Inleiding

Groepsvrijstellingen in het mededingingsrecht zijn bijzonder nuttige instrumenten. Als aan de voorwaarden is voldaan, genieten overeenkomsten automatisch van een vrijstelling bij toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU. Als dat niet zo is en de overeenkomst bevat mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU, zijn de partijen veroordeeld tot een individuele zelfbeoordeling bij toepassing van lid 3. Het woord ‘veroordeeld’ is niet noodzakelijk overdreven. Het verschil tussen beide regimes (groepsvrijstelling versus zelfbeoordeling) is immers markant. Een groepsvrijstelling is gebaseerd op een *tick-the-box*-benadering en biedt rechtszekerheid, terwijl er voor een zelfbeoordeling weinig harde houvast is en de partijen pas rechtszekerheid hebben als hun zelfbeoordeling is getest door de rechter in een geschil of door de mededingingsautoriteit naar aanleiding van een onderzoek. Ondernemingen zijn er dan ook bij gebaat om hun overeenkomsten binnen de veilige zone (*safe harbor*) van een groepsvrijstelling te brengen.

Vermoedelijk de kampioen van de groepsvrijstellingen is deze die geldt voor verticale overeenkomsten.¹ De redenen hiervoor liggen behoorlijk voor de hand. Het toepassingsgebied is ruim en het aantal overeenkomsten dat in de praktijk binnen het toepassingsgebied valt is hoger dan het geval is voor enige andere groepsvrijstelling.² Het is tevens de groepsvrijstelling waarvan door alle types van ondernemingen (groot, klein) en in alle sectoren gebruik wordt gemaakt.

De meest recente groepsvrijstelling die geldt voor verticale overeenkomsten is Verordening (EU) 2022/720.³ Ze werd van kracht op 1 juni 2022 en verstrijkt op 31 mei 2034.⁴ Deze recente groepsvrijstelling ligt in de lijn van haar voorgangers, Verordening (EG) 2790/1999⁵ en Verordening (EU) 330/2010.⁶ Samen met Verordening (EU) 2022/720 heeft de Europese Commissie zogeheten Verticale Richtsnoeren uitgevaardigd.⁷ Deze Verticale Richtsnoeren bouwen verder op de eerdere richtsnoeren die samen met de eerdere verordeningen werden gepubliceerd. Zij bieden enerzijds toelichting bij de bepalingen van de groepsvrijstelling en anderzijds (eerder algemene) aanknopingspunten voor een zelfbeoordeling.

Het doel van deze bijdrage is de praktijkjurist een kompas te bieden om doorheen de meest recente groepsvrijstelling te navigeren. Daarnaast wordt nagegaan of deze groepsvrijstelling een verbetering vormt in vergelijking met het voorheen geldende regime van Verordening (EU) 330/2010. Verdere details⁸ en een kritische analyse⁹ van het nieuwe regime kunnen elders gevonden worden.

* Frank Wijckmans is partner bij Faros te Brussel, professor aan de Brussels School of Competition en assessor bij de Belgische Mededingingsautoriteit.

- Op dit vlak geldt er een lange traditie van groepsvrijstellingen die teruggaat tot 1967. Hierbij kan verwezen worden naar Verordening 67/67/EEG, Verordening (EEG) 1983/83, Verordening (EEG) 1984/83, Verordening (EG) 2790/1999 en Verordening (EU) 330/2010. Daarnaast is er met Verordening (EEG) 4087/88 een tijd een specifieke groepsvrijstelling geweest voor franchiseovereenkomsten. De sector van de distributie van motorvoertuigen heeft traditioneel een eigen groepsvrijstellingsregime gehad.
- Momenteel zijn er specifieke groepsvrijstellingen voor technologieoverdracht (Verordening (EU) 316/2014), onderzoek en ontwikkeling (Verordening (EU) 2023/1066), productiespecialisatie (Verordening (EU) 2023/1067) en verticale overeenkomsten in de autosector (Verordening (EU) 461/2010 verlengd door Verordening (EU) 2023/822).
- Verordening (EU) 2022/720 van de Commissie van 10 mei 2022 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 (*PbEU* 2022, L 134/4-13 (hierna: Verordening (EU) 2022/720).
- Artikel 11 Verordening (EU) 2022/720.
- Verordening (EG) 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (*PbEG* 1999, L 336/21-25).
- Verordening (EU) 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 (*PbEU* 2010, L 102/1-7).
- Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2022/C 248/01) (*PbEU* 2022, C 248/1-85; hierna: Verticale Richtsnoeren).
- F. Wijckmans & F. Tuytschaever, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press (te verschijnen in eerste kwartaal van 2025).
- L. Peeperkorn & F. Wijckmans, ‘The New EU Competition Rules for Supply and Distribution Agreements: No Revolution, but an Evolution of the Effects-Based Approach’, *European Competition Law Review* (44) 2023, afl. 4, p. 127.

2. Algemeen toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720

Artikel 2 lid 1 is de centrale bepaling van de groepsvrijstelling:

‘Overeenkomstig artikel 101, lid 3, van het Verdrag en onverminderd de bepalingen van deze verordening, wordt artikel 101, lid 1, van het Verdrag buiten toepassing verklaard voor verticale overeenkomsten. Die vrijstelling is van toepassing voor zover dergelijke overeenkomsten verticale beperkingen bevatten.’

Deze bepaling stelt dat verticale overeenkomsten van de groepsvrijstelling genieten tenzij Verordening (EU) 2022/720 (uitdrukkelijk) het tegendeel stelt. Alles is dus gedekt, tenzij anders expliciet wordt gesteld. Dat tegendeel kan blijken uit (i) een aantal beperkingen van het toepassingsgebied (artikel 2), (ii) de marktaandeel-limieten (artikel 3 en 8), (iii) de hardcorebeperkingen, ook wel de ‘zwarte lijst’ geheten (artikel 4) en (iv) de uitgesloten beperkingen (artikel 5). Deze worden hierna systematisch overlopen.

Het kernbegrip van artikel 2 lid 1 is ‘verticale overeenkomsten’. Het zijn de overeenkomsten die als ‘verticale overeenkomsten’ kunnen gekwalificeerd worden die voor de groepsvrijstelling in aanmerking komen. Dit begrip wordt in artikel 1 lid 1 onder a) als volgt gedefinieerd:

‘een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer ondernemingen, 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 werkzaam zijn, en die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen’.

De volgende aandachtspunten kunnen uit deze definitie afgeleid worden:

- De groepsvrijstelling geldt zowel voor overeenkomsten als onderling afgestemde feitelijke gedragingen.¹⁰
- Een verticale overeenkomst moet aangegaan zijn door minstens twee van elkaar onafhankelijke ondernemingen.¹¹ Dit betekent dat intra-groeps-overeenkomsten buiten de toepassingsfeer vallen.

Dit is logisch. De toepassing van artikel 101 VWEU vereist immers de betrokkenheid van minstens twee afzonderlijke ondernemingen. Gezien intra-groepsvereenkomsten buiten artikel 101 VWEU vallen, is de groepsvrijstelling voor hen irrelevant.¹²

- De groepsvrijstelling is niet beperkt tot overeenkomsten tussen twee ondernemingen, maar geldt ook voor meerpartijenovereenkomsten. Dit kan nuttig zijn, bijvoorbeeld als een producent (die tevens merkhouder is) partij wil zijn bij een distributieovereenkomst gesloten door zijn onafhankelijke invoerder met een distributeur om op deze wijze rechtstreekse contractuele rechten te hebben tegenover de distributeur als deze het merk oneigenlijk gebruikt.
- Een overeenkomst is verticaal als de partijen zich op een ander niveau van de productie- of distributieketen bevinden voor doeleinden van de betrokken overeenkomst.¹³ Als partijen elkaar als producenten ontmoeten (en zich dus op hetzelfde niveau bevinden) voor andere producten dan deze waarover de overeenkomst handelt, gaat het nog steeds om een verticale overeenkomst.
- Verticale overeenkomsten omvatten niet alleen distributieovereenkomsten, maar tevens leveringsovereenkomsten die uitsluitend betrekking hebben op aankoop en verkoop, en dus niet handelen over de doorverkoop of distributie. Een mooi voorbeeld is een overeenkomst waarbij een producent van onderdelen deze verkoopt aan een machinebouwer die de onderdelen incorporeert in zijn eindproduct. Deze overeenkomst slaat uitsluitend op de levering van de onderdelen (en dus de koop/verkoop ervan) en beoogt niet de doorverkoop of distributie door de koper. Ook dit type van leveringsovereenkomst kan genieten van de groepsvrijstelling.
- Verticale overeenkomsten kunnen betrekking hebben op goederen, diensten of beide. Een voorbeeld van dit laatste is waar een distributeur niet enkel wordt aangesteld om producten te verkopen, maar ook voor het verrichten van onderhouds- en herstellingswerkzaamheden.

Artikel 2 lid 1 is toepasselijk als een verticale overeenkomst verticale beperkingen bevat. Verticale beperkingen zijn beperkingen die opgenomen zijn in een verticale overeenkomst en die een mededin-

¹⁰ Een onderling afgestemde feitelijke gedraging (‘concerted practice’) wordt gedefinieerd door het Hof van Justitie als een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking (HvJ EG 16 december 1975, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, punt 26 (*Suiker Unie e.a./Commissie*)).

¹¹ Het ondernemingsbegrip is specifiek voor het mededingingsrecht. Het Hof van Justitie definieerde het begrip ‘onderneming’ als ‘elke entiteit bestaande uit personele, materiële en immateriële elementen die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd’ (HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Höfner en Elsnér/Macrotron*)).

¹² Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, 17 juli 2023, C/2023/4752 final, punt 11; HvJ EG 24 oktober 1996, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405 (*Viho/Commissie*). Om dezelfde reden valt unilateraal gedrag eveneens buiten artikel 101 VWEU en dus ook buiten de groepsvrijstelling (Verticale Richtsnoeren, punten 52-55).

¹³ Verticale Richtsnoeren, punten 56-58.

gingsbeperking in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU zijn.¹⁴ Deze ruime omschrijving maakt het duidelijk dat zowel mededingingsbeperkingen naar strekking, ook wel doelbeperkingen (in het Engels: 'by object'), als mededingingsbeperkingen naar gevolgen (in het Engels: 'by effect') van de vrijstelling kunnen genieten. Om die reden is het belangrijk (en hierop kom ik nog terug) dat een goed onderscheid wordt gemaakt tussen zogeheten hardcorebeperkingen¹⁵ en doelbeperkingen. Een doelbeperking kan immers van de groepsvrijstelling genieten zolang zij niet tevens een hardcorebeperking of een uitgesloten beperking is.

Verder maakt de verwijzing naar verticale beperkingen duidelijk dat de groepsvrijstelling niet geldt (en tevens niet noodzakelijk is) als de verticale overeenkomst kan genieten van de de-minimisededeling van de Commissie.¹⁶ Met deze mededeling plaatst de Commissie, minstens voor doeleinden van haar handhavingsbeleid, overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU als ze geen mededingingsbeperkingen naar strekking bevatten en voldoen aan volgende marktaandeellimieten:¹⁷

- voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten: geen van de partijen heeft een marktaandeel van meer dan 15% op een markt waarop de betrokken overeenkomst van invloed is;
- voor overeenkomsten tussen concurrenten: de partijen bij de overeenkomst hebben gezamenlijk geen marktaandeel dat hoger is dan 10% op een markt waarop de overeenkomst van invloed is.

3. Beperkingen aan het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720

Artikel 2 lid 2 tot en met 7 van Verordening (EU) 2022/720 bevat een aantal beperkingen van het ruime toepassingsgebied dat is geformuleerd in artikel 2 lid 1. Kort samengevat gelden beperkingen in de volgende situaties:

- verticale overeenkomsten gesloten in het kader van een aankoopgroepering van detailhandelaren;¹⁸
- verticale overeenkomsten met bepalingen inzake het gebruik van intellectuele eigendomsrechten;¹⁹
- verticale overeenkomsten aangegaan door concurrenten;²⁰
- informatie-uitwisseling in het geval van duale distributie;²¹
- overeenkomsten voor het leveren van onlinetussenhandelsdiensten (hierna: OTHD);²²
- toepasselijkheid van andere groepsvrijstellingen.²³

Voor een aantal van deze beperkingen van het toepassingsgebied zijn de spelregels onveranderd in vergelijking met de vorige groepsvrijstelling, Verordening (EU) 330/2010. Dit geldt met name voor de eerste (aankoopgroeperingen), tweede (intellectuele eigendomsrechten) en laatste situatie (andere groepsvrijstellingen). Het kan voor deze gevallen dan ook volstaan om kort de kernpunten te herhalen, zonder een diepgaande analyse door te voeren:

- Aan- of verkoopovereenkomsten aangegaan door een vereniging van detailhandelaren met een individueel lid of een individuele leverancier vallen binnen het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 als alle leden detailhandelaren zijn en geen enkel lid (met inbegrip van de met hem verbonden ondernemingen) een omzet behaalt die € 50 miljoen overschrijdt.²⁴
- Het feit dat een verticale overeenkomst bepalingen in verband met intellectuele eigendomsrechten bevat, vormt geen probleem voor de toepassing van de groepsvrijstelling als aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan: (i) de rechten worden verleend door de leverancier aan de afnemer (en niet omgekeerd), (ii) deze bepalingen vormen niet het hoofdonderwerp van de overeenkomst, (iii) de bepalingen zijn direct gerelateerd aan het gebruik, de koop of de wederverkoop van de betrokken goederen en diensten door de afnemer of zijn klanten en (iv) de bepalingen houden geen beperking van de mededinging in die niet wordt vrijgesteld door de groepsvrijstelling.²⁵

¹⁴ Artikel 1 lid 1 onder b) Verordening (EU) 2022/720.

¹⁵ Opgelijst in artikel 4 Verordening (EU) 2022/720.

¹⁶ Mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de concurrentie niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimisededeling) (2014/C 291/01) (*PbEU* 2014, C 291/1-4). Technisch gesproken is dit uiteraard niet geheel juist. Het is niet omdat een overeenkomst voldoet aan de (marktaandeel)voorwaarden van de de-minimisededeling dat zij per definitie niet onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU kan vallen. Een individuele beoordeling van de zaak kan tot de omgekeerde conclusie leiden. De praktijk leert echter (en de rechtszekerheid is hierbij zeker gebaat) dat de de-minimisededeling als een relevante maatstaf mag gebruikt worden om overeenkomsten buiten voormeld verbod te plaatsen.

¹⁷ Deze marktaandeellimieten worden verlaagd naar 5% als er cumulatieve effecten zijn ingevolge het bestaan van parallelle netwerken van gelijkaardige overeenkomsten.

¹⁸ Artikel 2 lid 2 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 69-71.

¹⁹ Artikel 2 lid 3 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 71-87.

²⁰ Artikel 2 lid 4 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 88-103.

²¹ Artikel 2 lid 5 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 96-101.

²² Artikel 2 lid 6 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 104-109.

²³ Artikel 2 lid 7 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 110-114.

²⁴ Voor de wijze van berekening van de omzetlimiet die wordt vermeld in artikel 2 lid 2, zie artikel 9 Verordening (EU) 2022/720.

²⁵ Verticale Richtsnoeren, punten 71-87.

- Verordening (EU) 2022/720 geldt als een residuaire groepsvrijstelling. Dit betekent dat, als een overeenkomst valt binnen het toepassingsgebied van een andere groepsvrijstelling,²⁶ deze laatste toepasselijk is en meteen de toepassing van Verordening (EU) 2022/720 uitschakelt.

3.1. *Overeenkomsten tussen concurrenten en de uitzondering voor duale distributie*

Voor verticale overeenkomsten tussen concurrenten geldt als regel dat zij niet kunnen genieten van de groepsvrijstelling. Dit vloeit voort uit het basisprincipe dat vervat is in artikel 2 lid 4 Verordening (EU) 2022/720.²⁷ Deze overeenkomsten worden eerder gezien als commercialisatieovereenkomsten tussen concurrenten die het voorwerp uitmaken van een specifiek hoofdstuk (i.e. hoofdstuk 5) van de Horizontale Richtsnoeren. Op dit algemeen principe geldt er evenwel een uitzondering voor zogeheten duale distributie. Deze uitzondering geldt als het gaat om niet-wederkerige verticale overeenkomsten waarbij de leverancier stroomopwaarts actief is als producent, invoerder en/of groothandelaar en de koper stroomafwaarts als concurrent ontmoet. Dat laatste kan dan zijn in de hoedanigheid van invoerder, groothandelaar of detailhandelaar. Het is echter belangrijk dat zij elkaar niet als concurrenten ontmoeten stroomopwaarts op de markt waar de koper de goederen in kwestie aankoopt. Heel praktisch: de leverancier is bijvoorbeeld actief als groothandelaar, maar doet ook zelf aan detailhandel, terwijl de koper met wie hij een verticale overeenkomst sluit enkel actief is als detailhandelaar.

De nieuwigheid in vergelijking met het vroegere regime is dat de uitzondering gebaseerd op duale distributie nu niet enkel openstaat voor producenten, maar ook voor invoerders en groothandelaars. Dit is een belangrijke verbetering en nuttige uitbreiding van het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720. Onder het vorige regime gold de groepsvrijstelling niet voor invoerders (die niet produceerden) die ook zelf actief waren op detailhandelsniveau en daarnaast distributieovereenkomsten afsloten met lokale detailhandelaren. De ratio voor deze beperking van de uitzondering tot producenten was niet erg helder. Mijn praktijk leert overigens dat invoerders zich in de regel niet bewust waren van het feit dat zij niet van de groepsvrijstelling konden genieten als ze ook zelf stroomafwaarts actief waren.

Deze aanpassing aan artikel 2 lid 4 biedt dan ook meer rechtszekerheid voor een heel aantal spelers in de distributieketen. Dit geldt des te meer nu de praktijk aantoonde dat er zich steeds meer situaties van duale distributie voordoen. Dit is onder andere het gevolg van het toenemend gebruik van verkopen via het internet. Het volstaat immers dat een producent of groothandelaar een eigen webshop heeft waarop eindgebruikers online bestellingen kunnen plaatsen om te maken dat er sprake kan zijn van duale distributie. Het feit dat de producent of groothandelaar geen fysieke winkel (offline) heeft, is zonder belang. Er is dus sprake van duale distributie zodra er enige vorm van stroomafwaartse concurrentie (online of offline) is.

De voormelde (aangepaste) spelregels gelden voor goederen. Er is eveneens een uitzondering voor duale distributie inzake diensten. Deze is echter beperkter (omdat de partijen elkaar hiervoor enkel maar als concurrenten mogen ontmoeten op het detailhandelsniveau). Deze uitzondering is echter niet gewijzigd in vergelijking met het eerdere regime.

3.2. *Informatie-uitwisseling bij duale distributie*

In het verlengde van de problematiek van duale distributie bevat de groepsvrijstelling nu ook een specifieke regeling inzake de uitwisseling van informatie tussen partijen.²⁸ Als er geen sprake is van duale distributie (en de relatie bijgevolg zuiver verticaal is) geldt de algemene vrijstelling die vervat is in artikel 2 lid 1 met betrekking tot de uitwisseling van informatie tussen partijen.²⁹ Informatie-uitwisseling in het kader van duale distributie geniet maar van de groepsvrijstelling als aan volgende twee cumulatieve voorwaarden is voldaan die vermeld worden in artikel 2 lid 5 Verordening (EU) 2022/720: (i) de informatie is rechtstreeks gerelateerd aan de uitvoering van de verticale overeenkomst en (ii) de uitwisseling is nodig om de productie of distributie van de goederen of diensten te verbeteren.³⁰

Het is bijzonder behulpzaam dat de Commissie deze test concreet toepast in de Verticale Richtsnoeren. Hoewel ze nog steeds een slag om de arm houdt geeft de Commissie een witte of vermoedelijk veeleer lichtgrijze lijst ('afhankelijk van de specifieke omstandigheden') en een zwarte of eerder donkergrijze lijst ('over het algemeen wellicht niet voldoen'). De eerste is opgenomen in punt 99 van de Verticale Richtsnoeren en de tweede in punt 100.

²⁶ Het volstaat dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied valt en dus niet dat zij aan alle voorwaarden (zoals het vermijden van de zwarte lijst) van de andere groepsvrijstelling voldoet. Verordening (EU) 2022/720 vormt dan ook geen reddingsboei of terugvalpositie als de overeenkomst niet aan alle voorwaarden van de andere groepsvrijstelling voldoet. Zie ook Verticale Richtsnoeren, punten 110-114.

²⁷ Verticale Richtsnoeren, punt 89.

²⁸ Artikel 2 lid 5 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 96-10.

²⁹ Hierbij ga ik ervan uit dat deze informatie-uitwisseling betrekking heeft op de verticale samenwerking en geen instrument is om horizontale collusie te bewerkstelligen. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn als de distributeur als doorgeefluik fungeert voor informatie afkomstig van twee of meer producenten van wie hij de producten verdeelt.

³⁰ Deze tweede voorwaarde is wat merkwaardig. Zij hoort uiteraard thuis in het kader van een zelfbeoordeling op basis van artikel 101 lid 3 VWEU waar haar eerder algemene formulering (en de ermee gepaard gaande ruimte voor interpretatie) normaal is. Echter, bij de beoordeling van de toepasselijkheid van een groepsvrijstelling zijn zulke algemene criteria in de regel te vermijden zodat, dankzij de formalistische (*tick-the-box*-)benadering, partijen snel rechtszekerheid kunnen genieten.

De lichtgrijze lijst biedt behoorlijk wat ruimte.³¹ Hij bevestigt dat de mededeling van aanbevolen prijzen of opgelegde maximumprijzen in principe geen probleem vormt. Voor duale distributie was dit toch wel een punt van onzekerheid dat nu is uitgeklaard. Ook bepaalde informatie over de activiteiten voor concurrerende merken of andere performantie-gerelateerde informatie staat op de lichtgrijze lijst. Punt 99 is dan ook een zeer welgekomen verduidelijking.

De donkergrijze lijst van punt 100 is aanzienlijk korter. Hij vermeldt, weinig verrassend, de mededeling van toekomstige prijszetting. Verder vereist hij een specifieke verantwoording alvorens individuele klanteninformatie kan worden gedeeld. Tot slot vermeldt hij ook de uitwisseling van informatie over de *private label* (eigen merken) *business* van de distributeur met een leverancier van concurrerende merkproducten (tenzij de leverancier uiteraard die eigen merken voor de distributeur produceert).

3.3. *Hybride situaties in het kader van onlinetussenhandelsdiensten (OTHD)*

Een specifieke nieuwigheid (die aansluit bij de verhoogde aandacht voor het online gebeuren in het kader van de groepsvrijstelling) is de uitsluiting van welbepaalde hybride situaties waarin ook OTHD zijn betrokken.³² OTHD kunnen kortweg omschreven worden als platformdiensten die de mogelijkheid bieden om een directe verkooptransactie te initiëren (en dus bijvoorbeeld niet doorverwijzen naar een andere site om de aankoop te verrichten).³³ Concreet kan een verticale overeenkomst voor het leveren van OTHD niet genieten van de groepsvrijstelling (en vereist ze dus een zelfbeoordeling) als de leverancier van de OTHD als een concurrerende verkoper optreedt voor de goederen of diensten waarvoor hij ook OTHD aanbiedt. Dit zal zich met name voordoen als een producent van goederen (bijvoorbeeld huishoudtoestellen) gebruik maakt van de platformdiensten van een bepaalde onderneming (bijvoorbeeld Amazon of Bol.com) en de leverancier van die platformdiensten ook aanstelt als een distributeur van de goederen in kwestie.

Het is belangrijk aan te stippen dat de uitsluiting ruimer is dan dit voorbeeld. Ook situaties waarin de OTHD worden geleverd aan een bepaalde marktdeelnemer en de distributierol wordt vervuld door de leverancier van de OTHD voor een concurrent van die marktdeelnemer, zorgen ervoor dat de overeenkomst voor de levering van OTHD buiten de werkingssfeer van de groepsvrijstelling valt.³⁴ Het kan echter niet genoeg beklemtoond worden dat de uitsluiting zich beperkt tot die overeenkomst (i.e. voor de levering van OTHD) en de distributieover-

eenkomst die de leverancier van OTHD sluit voor de verdeling van goederen of diensten nog steeds van de groepsvrijstelling kan genieten.

4. Marktaandeellimieten

Een tweede reeks van beperkingen van het toepassingsgebied zijn de marktaandeellimieten die vermeld worden in artikel 3 Verordening (EU) 2022/720. Deze limieten gelden, zoals voorheen, zowel voor de leverancier als de koper en blijven vastgelegd op 30%.

Het is nuttig aan te stippen dat deze marktaandelen worden gemeten op de relevante markt waarop de leverancier verkoopt en de overeenstemmende aankoopmarkt waarop de koper de betrokken producten of diensten aankoopt. Met andere woorden, voor de koper wordt niet gekeken naar de markt waarop hij op zijn beurt verkoopt (stroomafwaarts). Dit is niet nieuw, maar maakt dat de marktaandeelberekening voor doeleinden van de de-minimisededeling nog steeds anders blijft (want daarvoor wordt wel gekeken naar de stroomafwaartse markt waarop de koper actief is) dan voor de groepsvrijstelling.

De keuze voor de aankoopmarkt en niet de verkoopmarkt waarop de koper actief is, is een goede zaak en verhoogt de rechtszekerheid. Zo zal het voor een leverancier mogelijk behoorlijk moeilijk zijn om in te schatten wat het marktaandeel van zijn distributeur op diens verkoopmarkt (stroomafwaarts dus) is omdat die verkoopmarkt geografisch mogelijk enger kan zijn dan de eigen verkoopmarkt van de leverancier en de aankoopmarkt van de distributeur. Reeds in het verleden heeft de Commissie deze complexiteit vermeden door, voor wat de distributeur betreft, te werken met zijn aankoopmarkt. Er mag immers aangenomen worden dat deze aankoopmarkt zowel productgewijs als geografisch zal overeenstemmen met de verkoopmarkt van de leverancier.

De volgende praktische richtlijnen voor de marktaandeelberekening blijven gelden, maar kunnen nuttig nog even onder de aandacht gebracht worden:

- Voor het marktaandeel van de leverancier wordt uiteraard niet enkel gekeken naar de verkopen aan de koper die partij is bij de concrete verticale overeenkomst die wordt onderzocht, maar naar alle verkopen van de leverancier op de relevante markt (zoals ook de verkopen aan de andere distributeurs met wie de leverancier een verticale distributieovereenkomst heeft gesloten). Stel dat het gaat om een distributieovereenkomst van *Adidas*, dan wordt voor leverancier *Adidas* gekeken naar alle verkopen

³¹ In dat opzicht is voetnoot 68 in de Verticale Richtsnoeren tekenend. Hierin wordt bevestigd dat, tenzij in de oplijsting van punt 99 anders wordt gesteld, de betrokken informatie van de leverancier of de koper afkomstig mag zijn, er geen limiet geldt op de frequentie van de uitwisseling en de informatie betrekking mag hebben op gedrag uit het verleden, het heden of de toekomst.

³² Artikel 2 lid 6 Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 104-109.

³³ Art 1 lid 1 onder e) Verordening (EU) 2022/720.

³⁴ Verticale Richtsnoeren, punt 104.

aan alle distributiekkanalen en niet enkel naar de sportketen waarmee de distributieovereenkomst wordt gesloten.

- Voor het marktaandeel van de koper wordt gekeken naar alle aankopen op de relevante markt en dus niet enkel de aankopen bij de leverancier, maar ook van concurrerende leveranciers die actief zijn op de relevante markt in kwestie. Als we het voorbeeld van *Adidas* hernemen, dan zal voor de sportketen (distributeur) in kwestie niet enkel gekeken worden naar zijn aankopen van *Adidas*-producten, maar ook van concurrerende merken zoals *Nike*, *Puma* et cetera.
- Het marktaandeel wordt berekend op basis van de cijfers van het voorgaande kalenderjaar.³⁵ Hierbij verdienen omzetcijfers de voorkeur, maar als deze niet beschikbaar zijn kan gekeken worden naar volumecijfers.³⁶

Een nieuwigheid is dat de regeling bij het overschrijden van de marktaandeellimiet wordt vereenvoudigd. Als een verticale overeenkomst initieel de limiet van 30% niet overschrijdt, maar dat in een volgend jaar wel doet, dan blijft de groepsvrijstelling nog twee jaar gelden volgend op het jaar waarin de overschrijding plaatsvond.³⁷ Stel dat het initiële marktaandeel 20% was (2024),³⁸ en in het volgende jaar (2025) stijgt naar 40%, dan loopt het voordeel van de groepsvrijstelling in ieder geval door in 2026 en 2027. Het vroegere regime was op dit punt behoorlijk wat complexer zodat deze vereenvoudiging een goede zaak is.

Dit is niet de plaats om tal van scenario's uit te diepen. Het kan volstaan aan te stippen dat deze overgangsregeling in samenhang met het referentiejaar vermeld in artikel 8 onder b) maakt dat het bij schommelende marktaandelen perfect denkbaar is dat een verticale overeenkomst het voordeel van de groepsvrijstelling verliest in een jaar waarin de marktaandelen ruim beneden de 30% blijven. Dit is het gevolg van het feit dat voor een gegeven jaar het vorige kalenderjaar als referentiepunt wordt genomen om na te gaan of de marktaandeellimiet al dan niet is overschreden. De zelfbeoordeling voor dat jaar zal uiteraard behoorlijk eenvoudig zijn, maar ze zal nodig zijn omdat de groepsvrijstelling door het samenspel van de berekeningsregels dan niet geldt. Er blijft een specifieke regel gelden voor meerpartijenovereenkomsten.³⁹ Voor zulke overeenkomsten wordt geëist dat alle partijen de marktaandeellimiet niet overschrijden⁴⁰ wil de groepsvrijstelling op de overeenkomst toepasselijk zijn. Dit formalisme is te betreuren.

De oplossing is dan immers om de meerpartijenovereenkomst te vervangen door twee of meer bilaterale overeenkomsten. De toepassing van de groepsvrijstelling wordt dan 'gered' voor alle overeenkomsten waarvan de partijen de limiet niet overschrijden, want de strenge regel voor meerpartijenovereenkomsten geldt dan niet.

5. Hardcorebeperkingen (de 'zwarte lijst')

De hardcorebeperkingen vormen in zekere zin het kloppende hart van de groepsvrijstelling omdat ze zeer ingrijpend de inhoud van verticale overeenkomsten beïnvloeden en daarom in de praktijk bijzondere aandacht krijgen. Ze worden limitatief opgesomd in de zwarte lijst van artikel 4 Verordening (EU) 2022/720. Alvorens nader in te gaan op de individuele beperkingen die op de lijst voorkomen, sta ik even stil bij het concept zelf.

5.1. Wat zijn hardcorebeperkingen?

Als een verticale overeenkomst een hardcorebeperking bevat, verliest zij zonder meer het voordeel van de groepsvrijstelling. Ook al zijn alle andere bepalingen van de overeenkomst perfect in overeenstemming met de groepsvrijstelling, dan nog kan de rechtsgeldigheid ervan niet worden bewezen door een beroep te doen op de groepsvrijstelling. Zoals gezegd, één foutje (i.e. het opnemen van een bepaling die op de zwarte lijst staat) en het voordeel van de groepsvrijstelling gaat integraal verloren voor de overeenkomst in kwestie.

De Verticale Richtsnoeren gaan nog een stap verder en koppelen aan een hardcorebeperking een dubbel vermoeden, namelijk dat de verticale overeenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU en ze niet in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling op basis van artikel 101 lid 3 VWEU.⁴¹ Het gaat slechts om vermoedens, maar ze bemoeilijken wel de bewijsvoering in het kader van een zelfbeoordeling. Na *Super Bock*⁴² is er meer dan gerede twijfel of deze vermoedens nog wel overeind blijven. De Verticale Richtsnoeren lijken, zeker na *Super Bock*, de juridische draagwijdte van de hardcorebeperkingen niet geheel juist in te schatten. Bij de bespreking van de tweede vraag hierna ga ik kort in op de stelling die door het Hof in *Super Bock* naar voren wordt geschoven.

Een eerste vraag is of een beperking enkel een hardcorebeperking kan zijn als zij effectief gevat wordt door het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU. Dit was lange tijd niet

³⁵ Artikel 8 onder b) Verordening (EU) 2022/720.

³⁶ Artikel 8 onder a) Verordening (EU) 2022/720.

³⁷ Artikel 8 onder d) Verordening (EU) 2022/720.

³⁸ Als gevolg van artikel 8 onder b) Verordening (EU) 2022/720 is dit het kalenderjaar voorafgaand aan de inwerkingtreding van de verticale overeenkomst.

³⁹ Artikel 3 lid 2 Verordening (EU) 2022/720.

⁴⁰ Hierbij zal de partij die in het 'midden' te situeren is zowel als aankoper en als verkoper de marktaandeellimiet moeten respecteren.

⁴¹ Verticale Richtsnoeren, punt 180.

⁴² HvJ EU 29 juni 2023, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529 (*Super Bock*).

duidelijk. De Verticale Richtsnoeren⁴³ geven hierover nu uitsluitend en bevestigen dat dat niet het geval is. De kwalificatie van een beperking als een hardcorebeperking is dan ook een louter formalistisch gebeuren dat ontkoppeld is van de vraag of de beperking al dan niet valt onder het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU. Neem het gekende voorbeeld⁴⁴ van een contractueel verbod om bepaalde gevaarlijke producten te verkopen aan minderjarigen. Dit is een zuivere klantenbeperking. Zulke klantenbeperkingen staan op de zwarte lijst. Het gaat dus om een hardcorebeperking, hoe redelijk de bepaling ook oogt. Vanuit het perspectief van artikel 101 lid 1 VWEU zal de leer van de objectieve rechtvaardiging deze situatie in de regel redden. De leer van de objectieve rechtvaardiging biedt echter geen bescherming tegen de kwalificatie als een hardcorebeperking.

Een tweede vraag is de verhouding tussen hardcorebeperkingen en doelbeperkingen. Na *Expedia*⁴⁵ heeft DG Mededinging beide zo goed als gelijkgeschakeld in een Staff Working Document.⁴⁶ *Super Bock* doorbreekt dit. Het feit dat een beperking een hardcorebeperking is, kan een element zijn in de beoordeling van de juridische context, maar is ook niet meer dan dat. Deze zienswijze is overigens geheel logisch. De kwalificatie van een beperking als een doelbeperking vereist een individuele analyse op basis van de test die recent nog in de rechtspraak is bevestigd (en zelfs iets verder werd ontwikkeld).⁴⁷ De kwalificatie van een beperking als een hardcorebeperking vereist nu net geen individuele analyse. Het gaat om een beperking waarvoor de Commissie de groepsvrijstelling (met haar ruime toepassingsgebied, gaande van spelers met haast geen marktaandeel tot deze met een marktaandeel van 30% of soms meer) niet wil laten spelen. Vandaar een formalistische benadering en geen ruimte voor een individuele analyse.

5.2. Welke beperkingen zijn hardcorebeperkingen?

Er kan zeker een lijn gevonden worden in de beperkingen die op de zwarte lijst staan. Het gaat, op een enkele uitzondering na, om beperkingen die worden opgelegd aan de koper en niet aan de leverancier. Daarnaast moet het gaan om beperkingen aangaande:

- de prijs waartegen de koper mag doorverkopen;
- de territoria waar hij mag doorverkopen ('waar'-restricties); en/of
- de klanten aan wie hij mag doorverkopen ('aan wie'-restricties).

Beperkingen over de wijze waarop de verkopen moeten verricht worden ('hoe'-restricties) staan niet op de zwarte lijst.

Verder is het van belang dat hardcorebeperkingen zowel rechtstreeks als onrechtstreeks kunnen opgelegd worden. Het schoolvoorbeeld van een rechtstreekse oplegging is de opname van een contractueel verbod in de verticale overeenkomst. Voorbeelden van een onrechtstreekse oplegging kunnen sancties of ontradende maatregelen zijn (zoals het verlies van een bonus of een dreigement met opzegging) of beloningen (bijkomende bonus of bevoorrechte leveringen bij naleving van het verbod).⁴⁸

Het geografisch toepassingsgebied van de hardcorebeperkingen is beperkt tot de Europese Unie.⁴⁹ Dit betekent dat exportverboden naar derde landen of het verbod om welbepaalde klanten te beleveren in derde landen de toepassing van de groepsvrijstelling niet in het gedrang brengen. Dit sluit de toepassing van het mededingingsverbod dat vervat is in de wetgeving van die derde landen niet uit. Dit laatste heeft ertoe geleid dat praktijken die van de (Europese) groepsvrijstelling kunnen genieten (omwille van haar geografisch toepassingsgebied) toch aanleiding kunnen geven tot sanctionering in het derde land in kwestie. Dit laatste is overigens logisch omdat de gevolgen van de praktijken vooral in het derde land zullen worden gevoeld.

5.3. Structuur van artikel 4 Verordening (EU) 2022/720

De Commissie heeft grondig de borstel gehaald door artikel 4. Ze behoudt de bepalingen inzake verticale prijsbinding en de verkoop van componenten als reserveonderdelen, maar maakt dan een onderverdeling op basis van het type van verticale overeenkomst dat moet onderzocht worden. Hierbij onderscheidt ze exclusieve distributie, selectieve distributie en vrije distributie. Verder voegt zij een bijzondere (en geheel nieuwe) bepaling toe inzake online verkopen en online publiciteit. Deze nieuwe structuur is potentieel misleidend. Immers, voor het merendeel van de gevallen die een uitzondering vormen op de beperkingen die op de zwarte lijst staan is het niet de aard van de verticale overeenkomst waarin de beperking is opgenomen die doorslaggevend is, maar het distributiesysteem (exclusief, selectief of vrij) dat geldt in het territorium of voor de klantengroep waarop de opgelegde beperking betrekking heeft. Concreet, of een verbod op actieve verkoop vanuit Nederland naar België onder een uitzondering van de zwarte lijst valt, is het hiervoor zonder belang

⁴³ Verticale Richtsnoeren, punt 180.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*).

⁴⁶ SWD(2014) 198 final (niet langer aanwezig op de website van DG Comp).

⁴⁷ Voor een goede samenvatting, zie Horizontale Richtsnoeren, punten 22-29. Voor de recente rechtspraak, zie HvJ EU 21 december 2023, C-124/21 P, ECLI:EU:C:2023:1012 (*International Skating Union/Commissie*); HvJ EU 29 juni 2023, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529 (*Super Bock*) en HvJ EU 21 december 2023, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (*European Superleague Company*).

⁴⁸ Verticale Richtsnoeren, punt 204.

⁴⁹ Verticale Richtsnoeren, punt 178.

of de Nederlandse distributeur deel uitmaakt van een exclusief, selectief of vrij distributiesysteem in zijn land. Doorslaggevend zal zijn of de Belgische distributeur (die beschermd wordt tegen actieve verkopen vanuit Nederland) al dan niet een exclusieve distributeur is. Het is de kwalificatie van de *target* (gebied of klantengroep) van de beperking die bepalend is en niet het distributiesysteem waartoe de partij behoort aan wie de beperking wordt opgelegd. Dit verklaart meteen waarom de uitzonderingen inzake territoriale of klantenbeperkingen die gelden voor exclusieve distributeurs (artikel 4 onder b)) haast een letterlijke kopie zijn van deze die gelden voor vrije distributeurs (artikel 4 onder d)).

In het licht van het voormelde zal hierna geen bespreking per distributiesysteem volgen, maar zoom ik meteen in op de concrete verticale beperkingen die relevant zijn vanuit het perspectief van de zwarte lijst (artikel 4 Verordening (EU) 2022/720). De ervaring leert dat de praktijkjurist gebaat is met deze aanpak.

5.4. Verticale prijsbinding

Een absolute klassieker is verticale prijsbinding. Verticale prijsbinding is een hardcorebeperking ongeacht het gekozen distributiesysteem.⁵⁰ Er is sprake van verticale prijsbinding als de koper een vaste of minimumwederkoop prijs wordt opgelegd. Het staat de leverancier wel vrij (en het is dus geen hardcorebeperking) om de koper een maximumprijs op te leggen of een wederverkoop prijs aan te bevelen.

De Verticale Richtsnoeren bevatten een aantal toelichtingen bij dit thema die van praktisch belang kunnen zijn:

- Zogeheten MAP's (*minimum advertised pricing*) worden gezien als een indirecte vorm van verticale prijsbinding.⁵¹ Bij een MAP mag de koper in zijn publiciteit geen lagere prijzen vermelden dan deze die worden voorgeschreven door de leverancier, maar blijft de koper vrij om in het kader van concrete transacties lagere prijzen toe te passen. Deze laatste vrijheid is dus niet voldoende om aan de hardcorebeperking te ontsnappen.
- Het monitoren van de wederverkoop prijzen door de leverancier wordt niet als verticale prijsbinding gezien.⁵² De leverancier heeft er immers een legitiem belang bij om het door zijn kopers gehanteerde prijsniveau te kennen, bijvoorbeeld om relevante prijsaanbevelingen te kunnen doen. Het wordt maar anders als het monitoren onderdeel wordt van een politiek van de leverancier om de kopers tot het naleven van vaste of minimumprijzen aan te zetten.

- Tenzij het om eigenlijke agenten gaat,⁵³ moet een agent vrij zijn om zijn commissie te delen met zijn klant.⁵⁴ Een verbod om dit te doen wordt als verticale prijsbinding beschouwd.
- Er geldt een wat bijzondere uitzondering voor zogeheten uitvoeringsovereenkomsten (in het Engels: *fulfilment contracts*).⁵⁵ Een uitvoeringsovereenkomst veronderstelt dat de leverancier met de klant bindende afspraken heeft gemaakt over het voorwerp van de transactie, de precieze prijs en de partij die de transactie concreet zal uitvoeren. De Verticale Richtsnoeren stellen dat er in die omstandigheden geen ruimte meer is voor intra-brandconcurrentie en het om die reden geen verboden verticale prijsbinding is als de leverancier oplegt aan de uitvoerder tegen welke precieze prijs hij moet verkopen aan de klant. Deze uitzondering beantwoordt aan een duidelijke vraag vanuit de ondernemingswereld, maar laat zich moeilijk verzoenen met artikel 4 onder a) Verordening (EU) 2022/720, zeker nu de Europese Commissie een zeer formalistische benadering van de zwarte lijst voorstaat.
- Er is tot slot sprake van verticale prijsbinding als een leverancier van OTHD aan zijn klanten oplegt tegen welke vaste of minimumprijs zij hun producten of diensten moeten aanbieden op het platform van de leverancier.⁵⁶

5.5. Territoriale en klantenbeperkingen opgelegd aan de leverancier

Gezien (op een enkele uitzondering na) de hardcorebeperkingen uitsluitend betrekking hebben op beperkingen die worden opgelegd aan de kopers, vormt het geen probleem als de partijen contractuele afspraken maken waardoor de leverancier beperkt wordt in de territoria waar, of de klanten aan wie hij mag verkopen. Met andere woorden, het staat de partijen vrij om de mate waarin de leverancier zijn kopers concurrentie mag aandoen contractueel te regelen. Dit geldt ongeacht de gekozen distributief formule. Als een verticale overeenkomst van de groepsvrijstelling geniet, zijn zulke beperkingen die worden opgelegd aan de leverancier op basis van artikel 2 lid 1 Verordening (EU) 2022/720 automatisch vrijgesteld en is geen verdere toetsing op basis van artikel 101 VWEU vereist.

Deze mogelijkheid dekt een brede waaier van praktijken. Het kan gaan om een absoluut verbod om in concurrentie te treden met de kopers. Het staat de partijen ook vrij om te bepalen dat de leverancier aan welbepaalde klanten mag verkopen (bijvoorbeeld bepaalde grote

⁵⁰ Artikel 4 onder a) Verordening (EU) 2022/720.

⁵¹ Verticale Richtsnoeren, punt 189.

⁵² Verticale Richtsnoeren, punt 191.

⁵³ Een eigenlijke agentuurovereenkomst is een overeenkomst waarbij de agent geen of een *de minimis* commercieel/financieel risico draagt met betrekking tot de contracten die hij sluit voor rekening van de principaal (Verticale Richtsnoeren, punt 30).

⁵⁴ Verticale Richtsnoeren, punt 192.

⁵⁵ Verticale Richtsnoeren, punt 193.

⁵⁶ Verticale Richtsnoeren, punt 194.

accounts), maar aan geen enkele andere klant. Een variatie op dit thema is de verplichting voor de leverancier om verzoeken die hij krijgt van klanten door te sluisen naar de dichtstbijzijnde distributeur. Of anders nog, de leverancier mag accepteren om de dichtstbijzijnde distributeur een vergoeding te betalen telkens hij zelf met een klant uit de buurt contracteert.

De enige uitzondering waar een beperking opgelegd aan de leverancier een hardcorebeperking vormt, is vermeld in artikel 4 onder f) Verordening (EU) 2022/720. Het gaat in dit geval om een leverancier van componenten die door de koper verwerkt worden in zijn eindproduct. In dat scenario mogen de partijen niet afspreken dat de leverancier beperkt wordt in zijn mogelijkheden om deze componenten als reserveonderdelen te verkopen aan eindgebruikers, herstellende, groothandelaars of andere dienstverleners, tenzij het gaat om ondernemingen die door de koper zijn belast met herstelwerk of onderhoud aan zijn producten. Concreet: stel dat een leverancier componenten maakt voor wasmachines en deze levert aan een producent van wasmachines die deze verwerkt in het kader van zijn productieproces; in dat geval mag de koper de leverancier beletten om die onderdelen te leveren aan de ondernemingen die door de koper zijn aangesteld om zijn dienst na verkoop te verzorgen. Echter, onafhankelijke hersteldiensten of groothandelaars die zulke onafhankelijke spelers bedienen moeten wel kunnen belevend worden met deze onderdelen.

5.6. Territoriale en klantenbeperkingen opgelegd aan distributeurs⁵⁷

De regels die toepasselijk zijn op distributeurs hebben net het omgekeerde uitgangspunt. Ongeacht het distributiesysteem mag aan distributeurs geen territoriale of klantenbeperking opgelegd worden, tenzij hiervoor een uitdrukkelijke uitzondering is voorzien in de zwarte lijst. Hierna overloop ik deze uitzonderingen op systematische wijze. Behoudens deze uitzonderingen biedt de zwarte lijst dus geen ruimte voor territoriale of klantenbeperkingen die gelden voor distributeurs.

5.6.1. Eerste uitzondering: actieve verkoopbeperkingen

De eerste uitzondering die in de zwarte lijst wordt opgesomd⁵⁸ is meteen een van de meest complexe regelingen van de gehele groepsvrijstelling. Het gaat om het verbod op actieve verkopen in bepaalde territoria of aan bepaalde klantengroepen (of een combinatie van beide). Actieve verkopen⁵⁹ zijn te onderscheiden van passieve verkopen.⁶⁰ Zeer kort samengevat is een actieve verkoop een gericht initiatief tot verkoop uitgaande van de distributeur, terwijl een passieve verkoop een reactie is van een distributeur op een eigen (en dus niet door de distributeur via een gerichte actie geprovoceerde) aankoopactie van een individuele klant.

Een verbod op actieve verkoop in een bepaald territorium of aan een bepaalde klantengroep kan opgelegd worden in elk type van distributieovereenkomst.⁶¹ Om van de uitzondering van de zwarte lijst te kunnen genieten, moet echter aan een dubbele voorwaarde voldaan zijn:

- De actieve verkoopbeperking moet betrekking hebben op een territorium dat, of een klantengroep die (of een combinatie van beide: een klantengroep gevestigd in een bepaald gebied) hetzij gereserveerd is door de leverancier voor zichzelf, of exclusief is toebedeeld aan een maximum van vijf distributeurs. En:
- De leverancier moet de actieve verkoopbeperking die geldt tot bescherming van exclusieve distributeurs opleggen aan al zijn distributeurs in de Europese Unie (d.i. de voorwaarde van de parallelle oplegging).

De belangrijkste nieuwigheid in vergelijking met het vroegere regime is de uitbreiding van de mogelijkheid om actieve verkoopbeperkingen op te leggen naar territoria of klantengroepen die niet exclusief aan één distributeur zijn toebedeeld, maar ook het voorwerp uitmaken van een gedeelde (tot een maximum van vijf) exclusiviteit. Hoewel de Verticale Richtsnoeren (punt 121) zachtjes pogen het omgekeerde te stellen, kleef er aan het cijfer vijf geen magie. Er werd eerst een test voorgesteld die voor meer interpretatie vatbaar was,⁶²

⁵⁷ Voor een algemene situering van de vraagstukken die in dit kader door de Europese Commissie zijn bekeken bij de opmaak van Verordening (EU) 2022/720, zie European Commission: Directorate-General for Competition, F. Wijckmans & S. Jaques, *Expert report on the review of the Vertical Block Exemption Regulation – Active sales restrictions in different distribution models and combinations of distribution models – Final report*, European Commission, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/732078>.

⁵⁸ Artikel 4 onder b) sub i) Verordening (EU) 2022/720.

⁵⁹ Artikel 1 lid 1 onder l) Verordening (EU) 2022/720 definieert actieve verkoop als 'het actief benaderen van klanten door middel van bezoeken, brieven, e-mails, oproepen of andere vormen van directe communicatie of door middel van gerichte reclame en promotie, offline of online, bijvoorbeeld door middel van gedrukte of digitale media, met inbegrip van onlinemedi, prijsvergelijkingsdiensten of advertenties op zoekmachines waarmee klanten in bepaalde grondgebieden of klantengroepen worden benaderd, het exploiteren van een website met een topleveldomein dat overeenkomt met bepaalde gebieden, of het op een website aanbieden van talen die in bepaalde gebieden gebruikelijk zijn, wanneer deze talen verschillen van de talen die gebruikelijk zijn in het gebied waar de afnemer gevestigd is'.

⁶⁰ Artikel 1 lid 1 onder m) Verordening (EU) 2022/720 definieert passieve verkoop als 'verkoop naar aanleiding van spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van levering van goederen of diensten aan de klant, zonder dat de verkoop is geïnitieerd door de specifieke klant, de groep klanten of het grondgebied actief te benaderen, en met inbegrip van verkoop die voortvloeit uit inschrijvingen bij overheidsopdrachten of reacties op particuliere aanbestedingen'.

⁶¹ Artikel 4 onder b) sub i) Verordening (EU) 2022/720; artikel 4 onder c) sub i) sub 1) Verordening (EU) 2022/720; artikel 4 onder d) sub i) Verordening (EU) 2022/720.

⁶² Deze test is wel behouden in het verticale regime van het Verenigd Koninkrijk. Dit maakt dat het in het kader van het Engels groeps-vrijstellingsregime aanzienlijk moeilijker (want minder voorspelbaar) is om gebruik te maken van gedeelde exclusiviteit.

maar deze werd in het belang van de rechtszekerheid vervangen door een cijfer en hierbij is het cijfer vijf uit de bus gekomen.

Bij de toepassing van het (door de zwarte lijst toegelaten) verbod op actieve verkoop zijn de volgende richtlijnen nuttig:

- Het staat de partijen absoluut vrij om de omvang van het gereserveerde of exclusieve territorium te bepalen. Het kan gaan om een land of zelfs meerdere landen, of een enkele straat of wijk.⁶³
- Het begrip ‘klantengroep’ is wat misleidend, want ook een enkele klant kan gereserveerd worden of exclusief toebedeeld worden.⁶⁴
- Hoewel de Verticale Richtsnoeren op dit punt niet erg duidelijk zijn, moet de voorwaarde van de parallelle oplegging niet worden nageleefd als het actief verkoopverbod betrekking heeft op een territorium of klantengroep gereserveerd door de leverancier voor zichzelf.⁶⁵
- Het vormt geen probleem als de voorwaarde van de parallelle oplegging tijdelijk niet vervuld is, bijvoorbeeld omdat er nog onderhandelingen lopende zijn met een nieuwe distributeur.⁶⁶
- De leverancier mag van zijn distributeurs eisen dat zij het aan hen opgelegde actief verkoopverbod ook opleggen aan hun directe klanten.⁶⁷ De leverancier mag echter niet eisen dat dit verbod ook wordt opgelegd verderop in de ketting van de kopers (bijvoorbeeld de verdere klanten van de directe klanten van de distributeur).⁶⁸ Het doorrollen van het actief verkoopverbod moet beperkt blijven tot één bijkomend niveau.
- Om ieder misverstand op dit punt uit de wereld te helpen, is het nuttig expliciet aan te stippen dat een actief verkoopverbod ook kan opgelegd worden aan selectieve distributeurs. Zolang dit verbod niet gericht is op een selectief, maar wel op een exclusief of gereserveerd territorium, vormt dit geen probleem.⁶⁹

Volledigheidshalve kan beklemtoond worden dat beperkingen op het vlak van de passieve verkopen in bepaalde territoria en/of aan bepaalde klantengroepen niet van deze uitzondering genieten en dus in principe op de zwarte lijst staan. Het onderscheid tussen actieve en passieve verkopen is dus cruciaal in het kader van deze eerste uitzondering.

5.6.2. Tweede uitzondering: absoluut verbod op verkopen aan niet tot een selectief netwerk toegelaten wederverkopers

Een belangrijke nieuwigheid in Verordening (EU) 2022/720 (en een uitzondering op het verbod in de zwarte lijst op klantenbeperkingen) is de mogelijkheid om een selectief distributiesysteem te beschermen tegen verkopen aan niet-erkende wederverkopers die in het gebied gevestigd zijn waar dat selectief systeem wordt toegepast. Het gaat dan om een contractueel verbod om te verkopen aan wederverkopers die niet tot het selectieve distributiesysteem zijn toegelaten.

Deze mogelijkheid kan ingelast worden in om het even welk type van distributiecontract.⁷⁰ Ook hier is dus niet de aard van het distributiecontract waarin dit verbod wordt ingelast van belang, maar wel de target die beschermd wordt. Vereist is dat het verbod slaat op (i) niet-erkende wederverkopers die (ii) gevestigd zijn in een gebied waarin een selectief distributiesysteem wordt toegepast.

Dit verbod is een evidentie in situaties waarin de leverancier werkt met een homogeen distributieconcept dat gebaseerd is op selectieve distributie. Het is immers een essentiële voorwaarde van selectieve distributie dat de leverancier aan zijn geselecteerde distributeurs oplegt dat zij enkel maar mogen doorverkopen aan eindklanten en andere geselecteerde distributeurs en dus niet aan niet-geselecteerde (ook wel niet-erkende geheten) wederverkopers.⁷¹

Een belangrijke nieuwigheid in Verordening (EU) 2022/720 is dat, anders dan voorheen, dit verbod ook mag opgelegd worden aan exclusieve of vrije distributeurs. Dit is met name van belang als de leverancier ervoor opteert om met een hybride distributiebeleid te werken, waarbij hij in bepaalde gebieden selectiviteit hanteert en in andere een exclusief of vrij distributiesysteem heeft opgezet. De uitbreiding van dit verbod tot alle types van contracten maakt dat een selectieve distributeur niet te vrezen heeft dat een exclusieve of vrije distributeur uit een ander gebied niet-erkende wederverkopers in het selectieve gebied bevoorraadt. Dit is een aanzienlijke verbetering in vergelijking met het vroegere regime.

Een belangrijke aanvulling op deze regeling is dat de leverancier mag eisen dat het verbod op verkopen aan niet-erkende wederverkopers zonder beperking stroomafwaarts wordt opgelegd.⁷² Anders dan bij het actieve verkoopverbod (waar enkel mag geëist worden dat de distributeur het verbod oplegt aan zijn directe klanten),

63 Verticale Richtsnoeren, punt 123.

64 Verticale Richtsnoeren, punt 123.

65 Verticale Richtsnoeren, punten 122, 124 en 219.

66 Verticale Richtsnoeren, punt 122.

67 Verticale Richtsnoeren, punt 220.

68 Verticale Richtsnoeren, punt 220.

69 Artikel 4 onder c) sub i) sub 1) Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punt 229.

70 Artikel 4 onder b) sub ii), 4 onder c) sub i) sub 2) en 4 onder d) sub ii) Verordening (EU) 2022/720.

71 Artikel 1 lid 1 onder g) Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punt 143.

72 Verticale Richtsnoeren, punt 223.

mag de leverancier eisen dat dit verbod wordt opgelegd doorheen de gehele ketting van afnemers (dus niet enkel de directe, maar ook de indirecte klanten).

5.6.3. Derde uitzondering: locatieclausules

Een belangrijke uitzondering op het algemene verbod op territoriale beperkingen in artikel 4 Verordening (EU) 2022/720 is de mogelijkheid tot het opleggen van een locatieclausule. Zo'n clausule houdt in dat de distributeur enkel mag verkopen vanuit de fysieke locatie waarvoor de leverancier zijn akkoord heeft gegeven. De leverancier mag eisen dat de distributeur deze locatie maar wijzigt of een nieuwe (bijkomende) locatie opent als hij daartoe de toestemming van de leverancier heeft gekregen. De op dit vlak geldende regeling is overgenomen van het vroegere regime en kan toegepast worden in om het even welk type van distributiesysteem.⁷³

5.6.4. Vierde uitzondering: klantenbeperkingen opgelegd aan groothandelaars

Ook deze uitzondering is overgenomen (en dus behouden) uit het vorige regime en geldt voor alle types van distributiecontracten.⁷⁴ Ze houdt in dat een leverancier aan zijn groothandelaars een verbod (geheel of deels) kan opleggen op het sluiten van transacties met eindgebruikers. Concreet betekent dit dat de leverancier zijn groothandelaars kan dwingen om niet actief te worden (of slechts ten dele) op het detailhandelsniveau.

5.6.5. Vijfde uitzondering: verbod op het doorverkopen van componenten aan concurrerende producenten

Eveneens een reeds gekende uitzondering is het verbod op de verkoop van componenten (die aan de distributeur werden geleverd voor incorporatie in een eindproduct) aan klanten die deze componenten gebruiken voor de productie van gelijkaardige producten als deze van de leverancier. Dit verbod kan opgelegd worden in elk type van distributiecontract.⁷⁵ In mijn praktijk heb ik nooit of nagenoeg nooit met deze uitzondering te maken gekregen, maar ze werd dus behouden vanuit het vroegere regime.

5.7. *Beperkingen van de bevoorradingsbronnen voor de contractgoederen*

Een hardcorebeperking waarvoor de overeenkomst waarin ze is opgenomen wel van doorslaggevend belang is, betreft het limiteren van de bevoorradingsbronnen

voor de contractgoederen. Artikel 4 onder c) sub ii) Verordening (EU) 2022/720 bepaalt immers dat de leden van een selectief distributienetwerk niet mogen beperkt worden in hun vrijheid om aan elkaar te leveren. Concreet betekent dit dat:

- aan exclusieve of vrije distributeurs mag opgelegd worden dat zij zich enkel mogen bevoorraden bij de leverancier (exclusieve afnameplicht) of ondernemingen die door de leverancier zijn aangeduid om de distributeurs te bevoorraden. Zo'n beperking is geen 'waar'- of 'aan wie'-beperking zodat ze niet gevat wordt door de inleidende zin van artikel 4 onder b) (voor exclusieve distributeurs) of artikel 4 onder d) (voor vrije distributeurs);
- de specifieke hardcorebeperking in artikel 4 onder c) sub ii) die handelt over kruiselingse leveringen binnen het selectieve netwerk noodzakelijkerwijze impliceert dat een selectieve distributeur niet mag belet worden om zich bij andere selectieve distributeurs te bevoorraden. De vrijheid om binnen het netwerk door te leveren (wat de zwarte lijst vereist) kan immers maar werken als de selectieve distributeurs vrij worden gelaten om zich bij de andere selectieve distributeurs te bevoorraden. Dit maakt dat binnen het kader van een selectief netwerk een exclusieve afnameplicht voor de contractgoederen niet verenigbaar is met Verordening (EU) 2022/720.

5.8. *Beperkingen met betrekking tot online activiteiten*

Met artikel 4 onder e) bevat Verordening (EU) 2022/720 een geheel nieuwe bepaling met betrekking tot online activiteiten. Het is redelijk te veronderstellen dat deze bepaling kadert binnen het algemene uitgangspunt van de zwarte lijst, namelijk dat 'waar'- en 'aan wie'-beperkingen worden gevisieerd. Het belemmeren van het effectief gebruik van het internet wordt hierbij gezien als een vorm van gebieds- en/of klantenbeperking. De kruisverwijzing in de inleidende zin van artikel 4 onder e) naar punten b), c) en d) bevestigt dit. De hardcorebeperking maakt een basisonderscheid tussen verkopen via het internet en publiciteit via het internet.⁷⁶ De scheidingslijn tussen beide wordt gevormd door de vraag of de aangeboden dienst via het internet het mogelijk maakt om meteen een aankooptransactie/verkooptransactie te realiseren. Als dat het geval is hebben we te maken met een platformdienst die verkopen via het internet mogelijk maakt. Als dat niet zo is (bijvoorbeeld omdat doorverwezen wordt naar een

73 Artikel 4 onder b) sub iii), 4 onder c) sub i sub 3) en 4 onder d) sub iii) Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 224, 231 en 242.

74 Artikel 4 onder b) sub iv), 4 onder c) sub i) sub 4) en 4 onder d) sub iv) Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 225, 232 en 243.

75 Artikel 4 onder b) sub v), 4 onder c) sub i) sub 5) en 4 onder d) sub v) Verordening (EU) 2022/720; Verticale Richtsnoeren, punten 226, 233 en 244.

76 Verticale Richtsnoeren, punt 203.

ander platform om de eigenlijke transactie te realiseren), dan gaat het om publiciteit via het internet.

Wat de verkopen via het internet (klassieke platform-diensten) betreft, incorporeert de groepsvrijstelling de rechtspraak van het Hof te Luxemburg die als volgt kan samengevat worden:

- Het is een hardcorebeperking als de distributeur belet wordt om te verkopen via zijn eigen webshop.⁷⁷
- Het is geen hardcorebeperking als het de distributeur verboden wordt om via het platform van een derde (bijvoorbeeld Amazon, Bol.com) de contractgoederen te koop aan te bieden.⁷⁸

Twee opvallende wijzigingen in de Verticale Richtsnoeren zijn de verwijdering van de equivalentievoorwaarde en het verbod op duale prijszetting. De equivalentievoorwaarde hield in dat de vereisten die werden gesteld aan online verkopen equivalent moesten zijn met deze die golden voor offline verkopen. De praktische invulling hiervan leidde tot zeer veel onzekerheden. Met de eliminatie van het verbod op duale prijszetting wordt het mogelijk om een distributeur een andere aankoop prijs te laten betalen afhankelijk van de bestemming van de aankoop (online of offline verkoop). De enige caveat hierbij is dat het verschil in de prijszetting niet van die aard mag zijn dat de online verkopen hierdoor onmogelijk worden gemaakt.⁷⁹

Wat publiciteit via het internet betreft (bijvoorbeeld via zoekmachines of prijsvergelijkingsdiensten) is de hardcorebeperking anders geformuleerd. Er is geen sprake van een hardcorebeperking zolang de leverancier aan zijn distributeurs toelaat om minstens één realistische mogelijkheid per publiciteitskanaal te gebruiken. Concreet: in het geval van prijsvergelijkingsdiensten is er geen probleem met de zwarte lijst als de distributeur vrij wordt gelaten om gebruik te maken van één (realistische) prijsvergelijkingsdienst. De onderliggende idee is dat publiciteit via het internet de klant moet toelaten om de weg te vinden naar de webshop van de distributeur. Zolang er per publiciteitskanaal één realistische mogelijkheid wordt toegelaten veronderstelt de groepsvrijstelling dat dit het geval zal zijn.

6. Uitgesloten beperkingen

De uitgesloten beperkingen worden (exhaustief) opgesomd in artikel 5 Verordening (EU) 2022/720. Ze moeten onderscheiden worden van de hardcorebeperkingen omdat zij andere gevolgen met zich brengen.

6.1. Wat zijn uitgesloten beperkingen?

Uitgesloten beperkingen zijn specifieke beperkingen die niet kunnen genieten van het voordeel van de groepsvrijstelling. Belangrijk is evenwel dat het inlassen van een uitgesloten beperking er niet toe leidt dat het voordeel van de groepsvrijstelling verloren gaat voor de integrale verticale overeenkomst waarin ze is opgenomen. De gevolgen blijven beperkt tot de (uitgesloten) beperking in kwestie. Dit brengt met zich dat deze beperking zal moeten onderworpen worden aan een zelfbeoordeling en de rest van de verticale overeenkomst kan blijven genieten van de groepsvrijstelling.

De Verticale Richtsnoeren stellen dat de uitsluiting van de groepsvrijstelling maar beperkt blijft tot de bepaling die vermeld wordt in artikel 5 op voorwaarde dat deze bepaling scheidbaar is van de rest van de overeenkomst.⁸⁰ Hiermee lijken ze aan te geven dat, bij gebrek aan scheidbaarheid, het voordeel van de groepsvrijstelling toch verloren gaat voor de integrale overeenkomst. Dit is een merkwaardige toevoeging. De scheidbaarheid of splitsbaarheid van een bepaling is immers een zaak van het toepasselijke (nationale) verbintenissenrecht. Deze toevoeging in de Verticale Richtsnoeren maakt dan ook dat de gevolgen van een uitgesloten beperking voor de toepasselijkheid van Verordening (EU) 2022/720 op een verticale overeenkomst zouden kunnen verschillen in functie van het toepasselijke recht. Dit is geen goede zaak en komt de efficiëntie van groepsvrijstellingen als instrument om pan-Europese distributienetwerken uit te rollen niet ten goede.

6.2. Welke beperkingen zijn uitgesloten beperkingen?

De uitgesloten beperkingen kunnen ondergebracht worden in twee categorieën: (i) niet-concurrentieverplichtingen en (ii) pariteitsverplichtingen. De eerste categorie bouwt verder op het bestaande regime. De tweede categorie is nieuw en is een uitloper van het intense debat dat heeft plaatsgevonden met betrekking tot de *booking sites* (boekingsites) voor hotelkamers.

6.3. Het begrip 'niet-concurrentieverplichtingen'

Niet-concurrentieverplichtingen nemen een centrale plaats in in de uitgesloten beperkingen. De ruime definitie uit het verleden blijft behouden.⁸¹ Dit maakt dat het niet enkel gaat om een absoluut verbod op het voeren van concurrerende producten of diensten ('single branding'), maar ook om een verplichting om meer dan 80% van de behoeften van de distributeur op de relevante markt aan te kopen bij de leverancier of een door

77 HvJ EU 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre*); Verticale Richtsnoeren, punten 332-342.

78 HvJ EU 6 december 2017, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941 (*Coty Germany*); met betrekking tot prijsvergelijkingsdiensten, zie Verticale Richtsnoeren, punten 343-355.

79 Verticale Richtsnoeren, punt 209.

80 Verticale Richtsnoeren, punt 246.

81 Artikel 1 lid 1 onder f) Verordening (EU) 2022/720.

de leverancier aangeduide onderneming. Wat dit laatste betreft, gaat het dus niet enkel om de contractgoederen maar tevens om alle goederen die als een substituuat van de contractgoederen kunnen worden beschouwd.

6.4. *Eerste uitgesloten beperking: bepaalde niet-concurrentieverplichtingen tijdens de looptijd van de verticale overeenkomst*

Aansluitend bij het eerdere regime is het een uitgesloten beperking als de distributeur is onderworpen aan een niet-concurrentieverplichting die van onbepaalde duur is of waarvan de duurtijd een termijn van vijf jaar overschrijdt.⁸² In het verleden vormde een systeem van automatische hernieuwing na het aflopen van de bepaalde duur van vijf jaar geen oplossing. De Verticale Richtsnoeren brengen hierin verandering.⁸³ Op voorwaarde dat de distributeur met een redelijke opzegtermijn en onder redelijke voorwaarden (dus geen exorbitante kosten of lasten) uit het niet-concurrentieregime kan stappen na afloop van de bepaalde duur (van maximaal vijf jaar), leidt een systeem van automatische of stilzwijgende hernieuwing er niet toe dat het om een uitgesloten beperking gaat. Dit is een belangrijke versoepeling ten aanzien van het vroegere regime. Het is opvallend dat deze versoepeling niet expliciet wordt doorgetrokken naar niet-concurrentieverplichtingen die van onbepaalde duur zijn. Uit contacten met de Europese Commissie leid ik af dat dit mogelijk gebaseerd is op de veronderstelling dat een distributeur niet uit een verplichting die van onbepaalde duur is kan stappen. Voor zover ik vertrouwd ben met de verbintenrechtelijke regimes die doorheen Europa gelden, lijkt mij dit een foutieve veronderstelling. In de regel kan een distributeur zich immers bevrijden van een verbintenis die voor onbepaalde duur is aangegaan door het geven van een redelijke opzegtermijn en, als dat niet zo zou zijn op basis van het gemeene recht, dan staat het de partijen vrij om dit te stipuleren. In die omstandigheden zie ik werkelijk niet in waarom het regime dat geldt voor de stilzwijgende hernieuwing van niet-concurrentieverplichtingen van bepaalde duur niet zou doorgetrokken worden naar verplichtingen die van onbepaalde duur zijn.

6.5. *Tweede uitgesloten beperking: niet-concurrentieverplichtingen na de afloop van de overeenkomst die niet aan stringente voorwaarden voldoen*

Voor niet-concurrentieverplichtingen die gelden na het einde van de verticale overeenkomst blijft het bestaande regime zonder meer behouden.⁸⁴ Dit betekent dat zo'n verplichting maar aan het regime van de uitgesloten

beperkingen ontsnapt als aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- De verplichting moet beperkt worden tot goederen en diensten die concurreren met de contractgoederen of -diensten.
- De verplichting geldt enkel voor de locatie waar de distributeur actief was tijdens de verticale overeenkomst. Dit betekent zeer concreet dat als de distributeur verhuist naar een andere locatie in de buurt, de niet-concurrentieverplichting niet mag gelden.
- De verplichting is onmisbaar om de knowhow te beschermen die de leverancier aan de distributeur heeft overgemaakt.
- De duurtijd van de verplichting wordt beperkt tot één jaar na de beëindiging van de verticale overeenkomst.

Als aan een of meer van deze voorwaarden niet is voldaan, zal de niet-concurrentieverplichting aan een zelfbeoordeling moeten worden onderworpen.

6.6. *Derde uitgesloten beperking: bepaalde niet-concurrentieverplichtingen in het kader van een selectief distributiesysteem*

Het is een uitgesloten beperking als distributeurs die opereren binnen een selectief distributiesysteem een rechtstreeks of onrechtstreeks verbod krijgen opgelegd om de merken van bepaalde concurrerende leveranciers te voeren.⁸⁵ De rationale voor deze uitgesloten beperking is de vrees van de Commissie dat, als er meerdere leveranciers gebruik maken van selectieve distributie en zo'n niet-concurrentieverplichting opleggen, zij op deze wijze bepaalde leveranciers de toegang kunnen ontfangen tot belangrijke verkoopkanalen en zo uitsluiting kunnen bewerkstelligen.⁸⁶

Dit blijft een wat bizarre uitgesloten beperking. Er lijkt immers een horizontale dimensie vereist te zijn om het door de Commissie aangestipte probleem op te roepen. Daarnaast lijkt het niet strijdig met de groepsvrijstelling als een leverancier aan zijn selectieve distributeurs een algeheel verbod op het voeren van concurrerende producten oplegt en hierop *nominatim* bepaalde uitzonderingen toestaat. Hiermee sluit de leverancier immers geen specifieke leveranciers uit, maar laat hij juist specifieke leveranciers toe als uitzondering op de (absoluut geformuleerde) niet-concurrentieverplichting.

⁸² Artikel 5 lid 1 onder a) en 5 lid 2 Verordening (EU) 2022/720.

⁸³ Verticale Richtsnoeren, punt 248.

⁸⁴ Artikel 5 lid 1 onder b) en 5 lid 3 Verordening (EU) 2022/720.

⁸⁵ Artikel 5 lid 1 onder c) Verordening (EU) 2022/720.

⁸⁶ Verticale Richtsnoeren, punt 252.

6.7. Vierde uitgesloten beperking: platform-overschrijdende pariteitsverplichting voor de detailhandel ('across platform retail parity obligations')

De uitgesloten beperking omvat enige directe of indirecte verplichting voor een afnemer van OTHD om geen goederen of diensten aan eindgebruikers aan te bieden of te verkopen via een concurrerend platform tegen betere voorwaarden.⁸⁷ In het jargon wordt hiernaar verwezen als 'wide retail parity' (wijde pariteitsverplichtingen voor de detailhandel). Het is interessant vast te stellen dat in het Verenigd Koninkrijk ervoor werd geopteerd om dit type van beperking toe te voegen aan de zwarte lijst. Dit is dus niet het geval op EU-niveau, waar enkel de kwalificatie als uitgesloten beperking is weerhouden. Het is belangrijk om de precieze contouren van de uitgesloten beperking te identificeren:

- Het gaat enkel om betere voorwaarden gericht tot eindgebruikers op detailhandelsniveau en dus niet om aanbiedingen gericht tot professionele afnemers die geen eindgebruikers zijn.
- De uitgesloten beperking slaat niet enkel op aangeboden prijzen, maar ook op alle andere voorwaarden die op de transactie van toepassing kunnen zijn (zoals bijvoorbeeld de leveringstermijnen of de beschikbaarheid van de producten).
- De uitgesloten beperking slaat enkel op concurrerende platformen, maar niet op het eigen platform van de gebruiker van de OTHD. Bijvoorbeeld: beperkingen die door de leverancier van de OTHD worden opgelegd aan de eigen webshop van een hoteleigenaar die van de OTHD gebruik maakt, zijn geen uitgesloten beperking.
- Meestbegunstigde klant-verplichtingen (in het jargon ook wel 'MFC' genoemd: 'Most Favoured Customer'-bepalingen) slaan op de voorwaarden waartegen een input wordt aangekocht en zijn om die reden geen pariteitsverplichtingen in de zin van de groepsvrijstelling.

7. Bijzondere gevallen: agentuur en franchising

Verordening (EU) 2022/720 vermeldt nagenoeg niets over agentuur en franchising. Beide distributiefomules die in de praktijk van belang zijn, komen wel uitdrukkelijk aan bod in de Verticale Richtsnoeren. Hieruit kunnen de volgende aandachtspunten afgeleid worden.

7.1. Agentuur

Gemakkelijkheidshalve blijven we agentuur opsplitsen in 'eigenlijke' agentuur en 'oneigenlijke' agentuur. Dit onderscheid is van wezenlijk belang. Een 'oneigenlijke' agent wordt voor doeleinden van Verordening (EU) 2022/720 als een distributeur beschouwd. Dit wordt bevestigd door de definitie van 'koper' in artikel 1 lid 1 onder k) Verordening (EU) 2022/720. Dit houdt in dat de spelregels die gelden voor distributeurs (zoals het respecteren van de zwarte lijst en de lijst van de uitgesloten beperkingen) eveneens gelden voor deze agenten als zij en hun leveranciers gebruik willen maken van de groepsvrijstelling.

Anders is het voor 'eigenlijke' agenten. Een 'eigenlijke' agent is een agent die geen of hoogstens *de minimis* financiële of commerciële risico's neemt met betrekking tot de contracten die hij voor zijn principaal onderhandelt of sluit.⁸⁸ Gezien deze risico's (zo goed als) integraal worden gedragen door de principaal, beschouwen de Verticale Richtsnoeren de agent voor doeleinden van die contracten niet als een onafhankelijke economische operator. In dit kader situeert de verticale verhouding tussen de principaal en de agent zich buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU. Als gevolg hiervan hebben deze partijen de groepsvrijstelling niet nodig en vormt het geen probleem dat de principaal beperkingen aan de agent oplegt die zich op de zwarte lijst of de lijst van de uitgesloten beperkingen bevinden.

De Verticale Richtsnoeren bevatten een aantal nieuwigheden die voor de praktijk relevant kunnen zijn:

- Het feit dat een agent kortstondig de eigendom van de betrokken goederen verwerft, brengt de kwalificatie als 'eigenlijke' agent niet noodzakelijk in het gedrang.⁸⁹ Hierbij kan gedacht worden aan de commerciële praktijk van de *flash sales* waarbij de eigendom overgaat op de verkoper net voor die de eigendom overdraagt aan de consument en deze

⁸⁷ Artikel 5 lid 1 onder d) Verordening (EU) 2022/720.

⁸⁸ Aansluitend bij de rechtspraak van het Hof identificeren de Verticale Richtsnoeren drie types van risico's die hierbij relevant zijn (zie Verticale Richtsnoeren, punt 31):

'(a) de contractspecifieke risico's die rechtstreeks verband houden met de contracten waarover de agent onderhandelt en/of die hij sluit namens de principaal, zoals de financiering van het aanhouden van voorraden;

(b) de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die specifiek vereist zijn voor het type activiteit waarvoor de agent door de principaal is aangesteld, d.w.z. die noodzakelijk zijn om de agent in staat te stellen tot het onderhandelen over en/of het sluiten van een specifiek type contract. Bij dergelijke investeringen gaat het gewoonlijk om "verzonken investeringen", d.w.z. dat de investering bij beëindiging van de activiteit op het betrokken gebied niet voor andere activiteiten kan worden gebruikt of slechts met aanzienlijk verlies kan worden verkocht;

(c) risico's die verband houden met andere activiteiten op dezelfde productmarkt, voor zover de principaal als onderdeel van de agentuurverhouding verlangt dat de agent dergelijke activiteiten verricht, maar niet als agent namens de principaal, doch op eigen risico van de agent.'

⁸⁹ Verticale Richtsnoeren, punt 33 onder (a).

eigendom in handen blijft van de leverancier zolang er zich geen concrete koper heeft aangediend.

- De Verticale Richtsnoeren maken het moeilijk om eenzelfde koper als eigenlijke agent en als distributeur in te zetten op een relevante markt.⁹⁰ Om aan de test van geen of *de minimis* risico's te voldoen in zulke hybride scenario's, vereisen de Verticale Richtsnoeren dat de principaal niet enkel de risico's en kosten draagt die zuiver verbonden zijn met de agentuur, maar ook alle kosten die gemeenschappelijk zijn aan het distributeurschap en de agentuur. Eerste ervaringen uit de praktijk lijken aan te geven dat hybride scenario's om die reden problemen vormen voor de financiële haalbaarheid.
- Om ervoor te zorgen dat de agent geen of bijzonder weinig risico's opneemt, laten de Verticale Richtsnoeren zeer veel ruimte aan de partijen om te bepalen hoe de last van de agent wordt doorgeschoven naar de principaal.⁹¹ De principaal kan de precieze kosten terugbetalen, werken met een vast bedrag per maand of een vast percentage op de omzet (dat dan bovenop de commissie komt). Zaak is echter dat het risico van de agent op deze wijze wordt herleid. Dit zal bijvoorbeeld impliceren dat als geopteerd wordt voor een vast percentage en de omzet lager uitvalt dan voorzien, de principaal mogelijk zal moeten bijpassen om te maken dat het risico voldoende wordt gereduceerd.

Naast het onderhandelen en afsluiten van concrete transacties ten behoeve van de principaal is de agent ook actief op een andere markt.⁹² Dit is de markt voor agentuurdiensten. Dit zijn de diensten die aangeboden worden aan principalen om voor hun rekening op te treden. Op die dienstenmarkt opereert de agent wel als een volwaardige operator en is hij een van de (potentiële) principalen te onderscheiden onderneming. In deze verhouding fungeert de agent als de leverancier van de agentuurdiensten en zijn de principalen voor wie hij werkt de afnemers van die diensten. Zelfs als de agent als een 'eigenlijke' agent kan gekwalificeerd worden, geldt op die markt wel artikel 101 VWEU en kan de groepsvrijstelling nuttig zijn. Een sprekend voorbeeld is de verplichting van de agent om exclusief op te treden voor een welbepaalde principaal (exclusieve leveringsplicht) of de verplichting van de principaal

om enkel de diensten van een welbepaalde agent af te nemen (niet-concurrentiebeding).

7.2. Franchising

De Verticale Richtsnoeren bevatten een relatief uitgebreide omschrijving van franchisesystemen en vermelden hierin een aantal specificiteiten.⁹³ Desondanks wordt franchising in het kader van de groepsvrijstelling niet als een op zich staande distributief formule beschouwd. Voor de beoordeling van franchising moet bijgevolg gekeken worden naar de distributief formule (selectief, exclusief, vrij) die het dichtst aanleunt bij de inhoud van de franchiseovereenkomst.⁹⁴ In vele gevallen zal dit selectieve distributie zijn, maar bijvoorbeeld in de detailhandel van dagelijkse consumptiegoederen zal ook vaak met vrije distributie gewerkt worden.

Een bijzonderheid is dat, in het verlengde van de rechtspraak van het Hof van Justitie,⁹⁵ franchising vlotter in aanmerking komt voor de toepassing van de leer van de nevenrestricties.⁹⁶ Voor franchiseovereenkomsten die binnen het toepassingsgebied van Verordening (EU) 2022/720 vallen zal dit vooral van belang zijn voor niet-concurrentiebedingen. Niet-concurrentiebedingen die niet aan de voorwaarden van artikel 5 Verordening (EU) 2022/720 voldoen (bijvoorbeeld omdat zij voor een langere duur dan vijf jaar zijn aangegaan), kunnen dankzij deze leer aan het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU ontsnappen.⁹⁷

8. Conclusie

Het is zonder meer een goede zaak dat de Europese Commissie ervoor geopteerd heeft om met Verordening (EU) 2022/720 verder te werken in de lijn van de vorige groepsvrijstellingen. De ondernemingswereld die vertrouwd is met de concepten en de aanpak van de vroegere groepsvrijstellingen kan dan ook verder bouwen op zijn ervaringen met deze instrumenten. Op een aantal punten is de logica van de gekozen benadering verder doorgetrokken. Dit verhoogt de coherentie van het regime en tevens de rechtszekerheid. Hiermee worden leemtes ingevuld die door de praktijk werden ervaren met het voorheen geldende regime.

⁹⁰ Verticale Richtsnoeren, punten 38-40.

⁹¹ Verticale Richtsnoeren, punt 35.

⁹² Verticale Richtsnoeren, punt 43.

⁹³ Verticale Richtsnoeren (punt 166): 'Franchising (met uitzondering van industriële franchiseovereenkomsten) heeft een aantal specifieke kenmerken, zoals het gebruik van eenzelfde handelsnaam, uniforme bedrijfsconcepten (met inbegrip van licentiëring voor intellectuele-eigendomsrechten) en de betaling van royalty's in ruil voor de toegekende voordelen. In het licht van die specifieke kenmerken kunnen bepalingen die strikt noodzakelijk zijn voor de werking van franchisestelsels worden geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, van het Verdrag te vallen. Die bepalingen kunnen bijvoorbeeld beperkingen inhouden die de franchisenemer verhinderen de door de franchisegever verstrekte knowhow en bijstand zo te gebruiken dat ze de concurrenten van de franchisegever ten goede komen, en concurrentiebedingen met betrekking tot de door de franchisenemer aangekochte goederen of diensten die noodzakelijk zijn om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden. In het laatste geval is de duur van het concurrentiebeding irrelevant, zolang het niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.'

⁹⁴ Verticale Richtsnoeren, punt 167.

⁹⁵ HvJ EG 28 januari 1986, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41 (*Pronuptia*).

⁹⁶ Horizontale Richtsnoeren, punt 34; Verticale Richtsnoeren, punt 168.

⁹⁷ Verticale Richtsnoeren, punten 168-169.

Vermoedelijk de twee meest markante voorbeelden zijn het naast elkaar kunnen bestaan van exclusieve en selectieve distributie binnen diverse territoria van de Europese Unie en de uitbreiding van het regime van duale distributie tot invoerders en groothandelaars en dit niet te beperken tot producenten.

Verkopen en publiciteit via het internet krijgen een volwaardige plaats in Verordening (EU) 2022/720. Voorheen werd dit thema enkel aangesneden in de Verticale Richtsnoeren. Wat verkopen via het internet betreft, gaat het in belangrijke mate om de incorporatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Voor publiciteit via het internet zal de praktijk moeten uitwijzen of de kanaal-per-kanaal-benadering problemen oproept. Met uitzondering van prijsvergelijkingsdiensten en zoekmachines geven de Verticale Richtsnoeren immers niet duidelijk aan wat met een publiciteitskanaal bedoeld wordt.

Met de verwijdering van de equivalentievoorwaarde en het verbod op duale aankooprijpzetting (online/offline) wordt de wat artificiële bescherming van online verkopen uit het nieuwe regime verwijderd. Dit reflecteert de overtuiging van de Europese Commissie dat de producenten en leveranciers de online verkopen als een integraal onderdeel van hun verkoopbeleid zien zodat de vrees dat ze deze verkoopmethode kost wat kost willen bestrijden in de regel niet meer speelt.

Al bij al blijft met name de zwarte lijst een speelterrein voor specialisten. De complexiteit van de formulering

van de uitzonderingen op de zwarte lijst (zelfs met de toelichting van de Verticale Richtsnoeren) mag niet onderschat worden, waarbij een klein foutje (denk maar aan de voorwaarde van de parallelle oplegging) het verschil kan maken tussen het genot van de veilige zone van de groepsvrijstelling of het veroordeeld zijn tot een zelfbeoordeling. In dit kader kan vooral betreurd worden dat de Europese Commissie blijft vasthouden aan de voorwaarde van de parallelle oplegging met betrekking tot beperkingen op het vlak van actieve verkopen. Deze voorwaarde is in de praktijk vaak volstrekt onhaalbaar. Bij de uitgesloten beperkingen vallen twee punten op. Vooreerst is er de toevoeging van een uitsluiting voor platformoverschrijdende pariteitsverplichtingen voor de detailhandel. Het is een goede zaak dat de Europese Commissie met betrekking tot dit thema duidelijk standpunt heeft ingenomen gezien de diversiteit aan opinies van de nationale mededingingsautoriteiten. Het tweede punt is het introduceren van een scheidbaarheidsvoorwaarde om te maken dat een uitgesloten beperking de toepassing van de groepsvrijstelling op de integrale verticale overeenkomst niet uitsluit. Dit punt vormt een wat merkwaardige injectie van nationaal verbintenissenrecht in een rechtsinstrument dat een Europese aanpak voor verticale overeenkomsten beoogt.

De eindbalans lijkt evenwel zonder meer positief. Met Verordening (EU) 2022/720 beschikt de ondernemingswereld over een mooi rechtsinstrument dat het pan-Europees uitrollen van distributienetwerken faciliteert.