

Artikelen – Articles

De toekomstige verticale groepsvrijstelling wordt voorbereid: geen aardverschuiving op komst, maar toch ...

Frank Wijckmans & Lise Ryckaert
Advocaten, contrast

1. Op 31 mei 2022 vervalt Europese Verordening 330/2010¹, in de praktijk gekend als de Verticale Groepsvrijstellingsverordening of vaker nog als de ‘VBER’ (met een knipoog naar de Engelse benaming). Verordening 330/2010, en de bijbehorende Verticale Richtsnoeren², zijn in de praktijk hét instrument bij uitstek dat wordt geraadpleegd door ondernemingen en hun raadgevers wanneer zij zekerheid wensen over de toelaatbaarheid van een verticale overeenkomst onder het Europese en Belgische mededingingsrecht. Het begrip ‘verticale overeenkomsten’ omvat een brede waaier aan overeenkomsten die gemeen hebben dat ze worden gesloten door partijen die zich op onderscheiden trappen van de economische ladder bevinden.³ Het gaat essentieel om leveringsovereenkomsten en distributieovereenkomsten voor zowel producten als diensten.

2. Verordening 330/2010 trad in werking op 1 juni 2010 en bestendigde, voortbouwend op Verordening 2790/1999⁴, een vernieuwd mededingingsrechtelijk regime voor bepaalde categorieën van verticale overeenkomsten.⁵ Het heeft er alle schijn van dat de herzieningsprocedure die momenteel loopt belangrijke wijzigingen met zich zal meebrengen en op sommige punten de spelregels voor verticale relaties toch wel door elkaar zal schudden. Het wordt geen aardverschuiving, maar ondernemingen zullen niettemin moeten nagaan of ze hun

distributieovereenkomsten hier en daar moeten bijsturen. In bepaalde gevallen kan het zelfs nodig zijn de gekozen distributieformule opnieuw onder de loep te nemen.

3. Na een consultatieperiode van ongeveer drie jaar publiceerde de Europese Commissie op 9 juli 2021 ontwerpen van een nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening⁶ (hierna ‘Ontwerp GVO’) en Verticale Richtsnoeren⁷ (hierna ‘Ontwerp van Verticale Richtsnoeren’). Deze ontwerpen spelen volgens de Europese Commissie in op de economische ontwikkelingen. De toename van online verkopen is een onmiskenbare trend. Leveranciers verkopen steeds meer rechtstreeks aan eindklanten, vaak via eigen webshops. Ook het toenemende belang van online marktplaatsen (zoals Amazon) heeft de redactie van de ontwerpen beïnvloed.

4. Naast het feit dat sommige artikelen van Verordening 330/2010 en de Verticale Richtsnoeren niet geheel zijn aangepast aan het gewijzigde economische landschap, bleek uit de evaluatie⁸ eveneens dat sommige artikelen niet voldoende duidelijk zijn. Duidelijkheid en rechtszekerheid zijn uitermate belangrijk omdat de meeste Belgische (en bij uitbreiding de in Europa actief zijnde) ondernemingen op deze rechtsinstrumenten vertrouwen wanneer zij verticale overeenkomsten op-

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

² Mededeling Commissie – Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb.C.* 9 mei 2010, afl. 130, 1.

³ Art. 1(1)(a) Verordening 330/2010.

⁴ Verordening (EG) nr. 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, *Pb.L.* 29 december 1999, afl. 336, 21.

⁵ Voor een ‘road map’ bij de toepassing van Verordening 330/2010, raadpleeg www.distributionlawcenter.com.

⁶ Ontwerpbekendmaking Commissie – Goedkeuring van de inhoud van een ontwerp voor een verordening van de Commissie 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, C(2021) 5026, 9 juli 2021, te raadplegen op www.distributionlawcenter.com.

⁷ Ontwerpbekendmaking Commissie – Goedkeuring van de inhoud van een ontwerp voor een mededeling van de Commissie Richtsnoeren inzake verticale overeenkomsten, 9 juli 2021 te raadplegen op www.distributionlawcenter.com.

⁸ Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, te raadplegen op www.distributionlawcenter.com.



stellen. De groepsvrijstelling wordt immers als een ‘veilige haven’ (*safe harbour*) beschouwd.

5. Deze bijdrage bespreekt de belangrijkste wijzigingen en accentverschuivingen in de Ontwerp GVO en het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren. Daarbij wordt de structuur van Verordening 330/2010 en de ontwerpen gevolgd. In **deel I** wordt kort het concept ‘vrijstellingen’ onder het mededingingsrecht toegelicht omdat dit het referentiekader vormt voor de verdere bespreking van de ontwerpen. In **deel II** komen de distributiefomules aan bod, met een bijzondere klemtoon op agentuur. Wat betreft het toepassingsgebied worden in **deel III** duale distributie en de marktaandeellimiet besproken. Vervolgens gaat **deel IV** in op de voorgestelde wijzigingen aan de harde kernbeperkingen van artikel 4 van Verordening 330/2010. Ook in artikel 5, dat handelt over de uitgesloten beperkingen, stellen we een (weliswaar lichte) koerswijziging vast. Deze wordt nader belicht in **deel V**. Tot slot focust **deel VI** op de procedure voor de intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling. We sluiten af met een korte conclusie.

6. Gezien de uitvoerige reacties op de ontwerpen mag redelijkerwijze worden verwacht dat het DG Concurrentie van de Europese Commissie de teksten verder zal bijsturen. Wat hierna volgt, moet dan ook steeds worden samengelezen met de thans gekende ontwerpen.

I. Vrijstellingen in het mededingingsrecht: over veilige havens en een veeleer risicovolle zelfbeoordeling

7. Artikel 101, lid 1 VwEU verbiedt ondernemingen overeenkomsten te sluiten die de mededinging merkbaar beperken. Eenzelfde verbod is opgenomen in artikel IV.1, § 1 WER. Wil een onderneming toch zulke beperkingen in haar overeenkomst opnemen, dan moet zij nagaan of zij kan genieten van een vrijstelling. Op grond van artikel 101, lid 3 VwEU kan een onderneming genieten van een groepsvrijstelling of een individuele vrijstelling. Deze vrijstellingen zijn uitermate belangrijk in de praktijk, aangezien niet-toegelaten overeenkomsten overeenkomstig artikel 101, lid 2 VwEU van rechtswege nietig zijn. Clausules met niet-toegelaten beperkingen kunnen bijgevolg niet worden afgedwongen. Verder riskeren de ondernemingen hierbij een financiële sanctie als de beperkingen het voorwerp uitmaken van een onderzoek door een mededingingsautoriteit.

8. Er zijn een aantal methodes om dergelijke risico's te voorkomen of in te perken. In eerste instantie, en alvorens er wordt gekeken of de overeenkomst van een vrijstelling kan genieten, moet worden nagegaan of een contractueel gestipuleerde beperking van de mededinging wel degelijk onder het

basisverbod valt. Er is immers een reeks ontsnappingsroutes. Hierbij kan worden gedacht aan de *de minimis*-argumentatie voor gevolgbepalingen⁹, de leer van de nevenrestricties, overheidswang en de theorie van de objectieve rechtvaardiging.¹⁰ Niet alles wat *prima facie* mededingingsbeperkend lijkt, valt immers onder het verbod. Het is maar als deze uitwegen niet beschikbaar zijn dat moet worden gekeken of de overeenkomst in aanmerking komt voor een vrijstelling.

9. Een eerste methode om na te gaan of de overeenkomst voor een vrijstelling in aanmerking komt, is het voeren van een eigen of zelfbeoordeling (een *self assessment*). Hierbij gaat de onderneming zelf na of de overeenkomst voldoet aan de (algemeen geformuleerde) vrijstellingsvoorwaarden.¹¹ Het gaat om de vier cumulatieve voorwaarden die vervat zijn in artikel 101, lid 3 VwEU en artikel IV.1, § 3 WER. Kort samengevat: (i) de overeenkomst moet tot aantoonbare efficiënties leiden, (ii) die de consument ten goede komen, (iii) waarbij de mededingingsbeperkingen niet verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiënties te realiseren en (iv) de mededinging niet in belangrijke mate wordt uitgeschakeld.

10. Een ernstige zelfbeoordeling vraagt in de praktijk veel tijd en middelen van ondernemingen, en biedt bovendien weinig garanties. Er is immers geen enkele manier waarop kan worden getoetst of de analyse correct is verricht. Dat zal maar blijken als er een conflict opduikt en een rechtbank of een mededingingsautoriteit zich over de overeenkomst buigt. Dit vormt derhalve geen aantrekkelijke en zelfs een vrij risicovolle werkwijze. Immers, op dat moment zal het te laat zijn om nog bij te sturen en problemen van afdwingbaarheid op te vangen of sancties te vermijden. We stellen in de praktijk dan ook vast dat marktspelers slechts uitzonderlijk een volwaardige individuele, inhoudelijke toetsing doorvoeren.

11. Een tweede en minder risicovolle methode is dat een onderneming een beroep doet op een groepsvrijstelling van de Europese Commissie, indien en voor zover die voorhanden is. Zulke groepsvrijstellingen zijn immers maar beschikbaar voor beperkte categorieën van overeenkomsten. Concreet is dit het geval voor verticale overeenkomsten, overeenkomsten van technologieoverdracht¹², onderzoeks- en ontwikkelings-

⁹ Mededeling Commissie 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-minimisededeling), *Pb.C.* 30 augustus 2014, afl. 291, 1.

¹⁰ F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHEVER, *Distributieovereenkomsten*, Brussel, Larcier, 2018, nr. 3.146 – 3.154.

¹¹ Algemene richtsnoeren voor de zelfbeoordeling kunnen worden gevonden in de Mededeling Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, *Pb.C.* 27 april 2004, afl. 101, 97.

¹² Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *Pb.L.* 28 maart 2014, afl. 93, 17.



overeenkomsten¹³ en specialisatieovereenkomsten.¹⁴ Europese groepsvrijstellingen bieden een veilige haven voor ondernemingen doordat zij het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU buiten toepassing verklaren als de overeenkomst aan specifieke voorwaarden voldoet. Eens is vastgesteld dat een overeenkomst voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van een groepsvrijstellingsverordening, en deze overeenkomst verder geen (uitdrukkelijk) verboden clausules bevat, mag een onderneming ervan uitgaan dat de overeenkomst (en de daarin opgenomen clausules) aan het verbod van artikel 101, lid 1 VwEU en artikel IV.1 WER ontsnapt. Er zijn geen verdere complexe juridische of economische analyses vereist. Eens deze 'tick the box'-oefening is afgewerkt en de overeenkomst zich in de veilige haven bevindt, kan de onderneming ervan uitgaan dat wat op papier staat rechtsgeldig en afdwingbaar is.

12. Het belang van de groepsvrijstellingen is niet beperkt tot het Europese mededingingsrecht. De Belgische wetgever heeft immers dankbaar gebruikgemaakt van het gerealiseerde Europese werk om dit te laten doorwerken op Belgisch niveau. Zo bepaalt artikel IV.3 WER dat een overeenkomst die niet voldoende effect heeft op de handel tussen de Lidstaten en dus uitsluitend onder het Belgische mededingingsrecht valt, van een 'Belgische' vrijstelling geniet als ze aan de voorwaarden van een Europese groepsvrijstelling voldoet. Met andere woorden, voor zulke overeenkomsten volstaat het om de tick the box-oefening van een Europese groepsvrijstelling te doorstaan om van een automatische vrijstelling op basis van artikel IV.1, § 3 WER te genieten. Dit is belangrijk omdat de Belgische regelgever tot nu toe nog geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om eigen Belgische groepsvrijstellingen uit te vaardigen en dit dus de enige mogelijkheid vormt om op een vlotte manier van een automatische vrijstelling te kunnen genieten.

II. Distributiefomules

A. Ruim toepassingsgebied, maar merkwaardige driedeling

13. Een belangrijke vaststelling voor de praktijk is dat de ontwerpen het ruime toepassingsgebied van Verordening 330/2010 behouden. Alle distributiefomules komen in principe in aanmerking. Hier kan worden verwezen naar selectieve distributie, exclusieve distributie, niet-exclusieve distributie, franchising en agentuur. Waar in een ver verleden

¹³ Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *Pb.L.* 18 december 2010, afl. 335, 36.

¹⁴ Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, *Pb.L.* 18 december 2010, afl. 335, 43.

bepaalde formules (en met name vooral selectieve distributie) niet van een groepsvrijstelling konden genieten, geldt dit al enige tijd niet meer. Dit blijft behouden.

14. Een merkwaardige vaststelling is dat de ontwerpen een driedeling naar voren schuiven. Ze onderscheiden selectieve distributie, exclusieve distributie en zogeheten 'vrije distributie'. Dit onderscheid wordt met name gebruikt bij de opbouw van het artikel waarin de harde kernbeperkingen zijn opgenomen. Dit is echter volstrekt overbodig. De harde kernbeperkingen die kunnen worden opgelegd aan een exclusieve distributeur en een vrije distributeur zijn immers volstrekt dezelfde en hangen essentieel af van de situatie in het doelterritorium of de klantendoelgroep (*i.e.* het territorium of de klanten waarop de beperkingen betrekking hebben).¹⁵

15. We hebben dit met het DG Concurrentie kunnen bespreken en hopen dat de nieuwe teksten op dit punt zullen worden vereenvoudigd. Het (enige) relevante basisonderscheid is dat tussen selectieve en niet-selectieve distributie. Van selectieve distributie is er sprake wanneer aan de voorwaarden van de definitie in Verordening 330/2010 (zie art. 1(1)(e)) is voldaan. Deze definitie blijft onveranderd en luidt als volgt: "een distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt, de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, slechts aan distributeurs te verkopen die op grond van vastgestelde criteria zijn geselecteerd, en waarbij deze distributeurs zich ertoe verbinden, deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs te verkopen binnen het grondgebied waarop de leverancier heeft besloten dat systeem toe te passen". De definitie van niet-selectieve distributie is eenvoudig: het gaat om iedere distributiefomule die niet aan alle voorwaarden voor selectieve distributie voldoet.

B. Agentuur onder vuur

16. Op het vlak van de distributiefomules ligt het zwaartepunt van het debat echter elders, en met name bij agentuur. In het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren zijn de paragrafen die betrekking hebben op agentuurovereenkomsten gevoelig uitgebreid. De aangepaste paragrafen verraden een duidelijke scepsis ten aanzien van agentuur die buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1 VwEU valt. Dit geldt in het bijzonder voor situaties waarin de agent een duale rol vervult (als agent en als onafhankelijke distributeur). De vrees is dat de aan de agent opgelegde beperkingen (bv. op het vlak van de verkoopprijzen) zullen doorwerken in de situatie waarin hij fungeert als onafhankelijke distributeur.

¹⁵ Bv. opdat een leverancier distributeur A zou mogen verbieden de contractproducten actief in Frankrijk te verkopen, moet de leverancier het doelterritorium Frankrijk voor zichzelf hebben voorbehouden of exclusief hebben toegewezen aan distributeur B (zie de zogenaamde 'exclusiviteitsvoorwaarde' in randnr. 55). Het is met andere woorden niet van belang of distributeur A al dan niet als de exclusieve distributeur voor een ander territorium (bv. België) is aangesteld.



1. De plaats van de agent in het mededingingsrecht

17. De rol van de agent kan worden opgesplitst in die als aanbieder van agentuurdiensten en die als tussenpersoon voor de principaal. In die eerste rol stelt de agent zijn agentuurdiensten ter beschikking op de markt en tracht hij door principalen te worden aangesteld. De agent handelt hierbij als een onderneming die losstaat van de principaal. Op de afspraken die in dit specifieke kader worden gemaakt (bv. het engagement van de agent om slechts voor één principaal te werken), zijn de Europese mededingingsregels en tevens de groepsvrijstelling ten volle van toepassing.

18. In zijn tweede rol tracht de agent transacties namens de principaal te sluiten of te onderhandelen. Of de mededingingsregels eveneens van toepassing zijn op afspraken die tussen de principaal en de agent worden gemaakt met betrekking tot deze transacties, hangt af van de vraag of de agent in dit kader al dan niet als een onafhankelijke onderneming moet worden beschouwd. Er zijn immers twee van elkaar onafhankelijke ondernemingen nodig voor de toepasselijkheid van artikel 101 VwEU en artikel IV.1 WER.

19. Het Hof van Justitie¹⁶ heeft verduidelijkt dat er geen sprake is van een afzonderlijke onafhankelijke onderneming indien de agent geen of slechts beperkte risico's draagt met betrekking tot de transacties die hij namens de principaal sluit of onderhandelt. In dat geval wordt de agent beschouwd als een 'eigenlijke' agent die de markt als een verlengstuk van de principaal betreedt en hierbij geen onafhankelijke onderneming is. Echter, indien de agent toch kosten en/of risico's van betekenis op zich neemt, wordt hij vanuit mededingingsrechtelijk perspectief gelijkgeschakeld met een onafhankelijke distributeur. In dat geval zullen artikel 101 VwEU en artikel IV.1 WER wel van toepassing zijn.

20. De kwalificatie als (eigenlijke) agent (en bijgevolg de niet-toepasselijkheid van art. 101 VwEU en art. IV.1 WER) heeft aanzienlijke juridische en praktische gevolgen. De principaal mag de prijs bepalen waaraan de (eigenlijke) agent transacties moet sluiten of onderhandelen. De principaal loopt daarbij geen risico te worden beboet voor verticale prijsbinding. De principaal mag eveneens bepalen waar en met welke klanten de (eigenlijke) agent transacties mag sluiten of onderhandelen zonder dat deze instructies als verboden gebieds- of klantenbeperkingen worden gekwalificeerd. Wat anders op de zwarte lijst staat, wordt dus plots wel mogelijk. De principaal kan met andere woorden via een (eigenlijke) agent volledige controle houden over de verkoop van zijn producten, wat deze distributievorm aantrekkelijk maakt voor de

praktijk. Dit verklaart het succes van (eigenlijke) agentuur bijvoorbeeld bij de lancering van nieuwe producten of innovaties.

21. De Verticale Richtsnoeren (zie para. 14-16) verwijzen naar drie soorten financiële of commerciële risico's die in dit kader van belang zijn. Een eerste soort betreft de contractspecifieke risico's die rechtstreeks verband houden met de overeenkomsten die de agent sluit of onderhandelt namens de principaal. Praktische voorbeelden hiervan zijn het financieren van voorraad, transportkosten, de aansprakelijkheid ten aanzien van derde partijen voor schade veroorzaakt door de verkochte producten en de aansprakelijkheid voor de niet-nakoming van de overeenkomst door klanten. Ten tweede zijn er de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die specifiek vereist zijn voor het type activiteit waarvoor de agent is aangesteld en die meestal verzonken zijn. Verzonken betekent dat de investeringen niet kunnen worden gebruikt voor andere activiteiten (of met een aanzienlijk verlies) indien de agent zijn activiteiten voor de principaal zou stopzetten. Praktische voorbeelden hiervan zijn investeringen in verkoopbevordering of investeringen die specifiek verbonden zijn aan de transacties, zoals materiaal, terreinen en training van personeel. Ten slotte bestaat de derde soort uit risico's die zijn verbonden aan andere activiteiten op dezelfde productmarkt waarvan de principaal eist dat ze door de agent op eigen risico worden ondernomen. Dit vormt in zekere zin een restcategorie.

2. Kwalificatie als eigenlijke agent bemoeilijkt

22. In het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren hanteert de Europese Commissie nog steeds het risicocriterium als test (zie para. 28). Zij voegt daar echter meteen aan toe dat, aangezien agentuurovereenkomsten een uitzondering vormen op de toepassing van artikel 101, lid 1 VwEU, de voorwaarden om een overeenkomst als (eigenlijke) agentuurovereenkomst te kwalificeren eng moeten worden uitgelegd. Het is niet duidelijk waarom deze verwijzing naar een enge uitlegging wordt toegevoegd aan de bestaande teksten. De huidige test is reeds strikt geformuleerd: de (eigenlijke) agent mag "geen of slechts *minieme risico's*" dragen. Deze toevoeging verraadt dat het DG Concurrentie (eigenlijke) agentuur niet bijzonder genegen is.

23. Ook de drie soorten commerciële en financiële risico's zijn behouden in de voorstellen, maar de Europese Commissie voegt een nieuwe test toe. Het belang van dergelijke door de agent gedragen risico's moet worden beoordeeld aan de hand van de inkomsten die de agent ontvangt uit het verstrekken van de agentuurdiensten (zoals de commissie die de principaal aan de agent betaalt) en niet aan de hand van de inkomsten (omzet) uit de verkoop van de goederen of diensten die onder de agentuurovereenkomst vallen (zie para. 30 Ontwerp van Verticale Richtsnoeren). Dit is opnieuw een strenge invulling van de test. Het is immers perfect denkbaar

¹⁶ Zie Ger.EU 15 september 2005, nr. T325/01, ECLI:EU:T:2005:322, *Daimler Chrysler/Commissie*; HvJ 14 december 2006, nr. C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*; HvJ 11 september 2008, nr. C279/06, ECLI:EU:C:2008:485, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*.



dat de commissies slechts een fractie van de inkomsten van de agent vertegenwoordigen als hij ook andere activiteiten uitoefent. Daarnaast zullen de commissies fluctueren met de verkopen en dus geen stabiel gegeven zijn. De voorgestelde toevoeging is dan ook om meerdere redenen problematisch en kan bezwaarlijk als een verbetering van de teksten worden beschouwd. Een beoordeling geval-per-geval waarbij met alle omstandigheden wordt rekening gehouden (zoals o.a. het relatieve belang van de agentuur in de totaliteit van de activiteiten) is vermoedelijk wenselijker om realistisch te beoordelen in welke mate de gedragen kosten en risico's meer dan gering zijn.

24. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren geeft indicaties van de wijze waarop de principaal ervoor kan zorgen dat de risico's en kosten van de agent worden opgevangen of tot een minimum worden herleid (zie para. 33). Deze indicaties zijn zeker nuttig, maar zij verraden opnieuw een wens dat de test streng wordt toegepast.

25. Een nuttige verduidelijking treffen we aan in paragraaf 31(a) van het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren. Het betreft de eigendom van de goederen die het voorwerp uitmaken van de agentuurovereenkomst. Volgens de Verticale Richtsnoeren (zie para. 16) kan een overeenkomst over het algemeen slechts als een (eigenlijke) agentuurovereenkomst worden beschouwd als de eigendom op geen enkel moment overgaat naar de agent. De praktijk toont echter aan dat om fiscale, boekhoudkundige of zelfs reputationele redenen een tijdelijke overdracht van de eigendom aan de agent wenselijk kan zijn, zonder dat hiermee het risicoprofiel in gedrang wordt gebracht. De toevoeging in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren dat een overeenkomst nog steeds als een (eigenlijke) agentuurovereenkomst gekwalificeerd kan worden, zelfs indien de agent tijdelijk, voor een zeer korte periode, de eigendom van de contractgoederen verkrijgt, is bijgevolg een welkome aanvulling.

3. Hybride scenario's zo goed als onwerkbaar

26. De Europese Commissie aanvaardt (zie para. 34 Ontwerp van Verticale Richtsnoeren) dat de onafhankelijke distributeur van goederen of diensten van een leverancier ook als agent voor andere goederen en diensten van diezelfde leverancier mag worden aangesteld. Opdat de agentuurovereenkomst buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1 VwEU zou vallen, moet de overeenkomst niet alleen de risicoprofieltest doorstaan, bovendien is vereist dat de agent "werkelijk vrij is om de agentuurovereenkomst aan te gaan". Ter illustratie verwijst de Europese Commissie naar de situatie waarbij de principaal agentuur opdringt door te dreigen de voorwaarden van de distributieverhouding te beëindigen of te verslechteren.

27. Hoewel de Europese Commissie deze hybride relatie aanvaardt, zijn er volgens haar mededingingsrechtelijke risi-

co's aan verbonden. In de eerste plaats bestaat het risico dat de commerciële voorwaarden die in het kader van de activiteiten als agent worden opgelegd, de beslissingsvrijheid bij de verkoop van de producten als onafhankelijke distributeur zullen beperken. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 35) verwijst uitdrukkelijk naar het risico dat een distributeur die ook als agent voor dezelfde leverancier/principaal producten verkoopt, minder geneigd zal zijn de prijzen van de producten die hij als onafhankelijke distributeur verkoopt onafhankelijk te bepalen. Het prijsstellingsbeleid van de principaal/leverancier voor de producten die in het kader van de agentuurovereenkomst worden verkocht, zouden hierop een invloed hebben.

28. Bovendien zou in dit scenario moeilijk een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen de kosten die verband houden met de functie als agent, waaronder marktspecifieke investeringen, en de kosten die alleen verband houden met de functie als onafhankelijke distributeur. Zoals hierboven uiteengezet, is een agentuurovereenkomst niet onderworpen aan de mededingingsregels op voorwaarde dat de agent geen of slechts minieme commerciële of financiële risico's draagt. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 37) stipuleert dat de principaal, om te bepalen welke investeringen relevant zijn voor het type activiteit waarvoor de agent is aangesteld en welke marktspecifieke investeringen bijgevolg moeten worden vergoed, moet uitgaan van de hypothetische situatie van een agent die nog niet actief is op de relevante markt. Deze methode heeft tot gevolg dat de principaal niet uitsluitend marktspecifieke investeringen moet dekken die met de agentuur gepaard gaan, maar ook investeringen en kosten die gepaard gaan met de activiteiten van de distributeur/agent op de productmarkt als zodanig.

29. Stel, een stofzuigerfabrikant wil een gloednieuw draadloos model op de markt brengen. Dit wil hij doen via agentuur, terwijl hij zijn andere traditionele modellen via onafhankelijke distributie blijft verdelen. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren bepaalt dat de principaal alle marktspecifieke investeringen door de agent/distributeur die noodzakelijk zijn om op de relevante productmarkt actief te zijn, zou moeten vergoeden. Aangezien het nieuwe draadloze model en de traditionele modellen tot dezelfde markt worden gerekend, gaat het niet enkel om de investeringen, kosten en risico's die specifiek gepaard gaan met het nieuwe model, maar deze die slaan op alle (en dus ook de traditionele) modellen. Het meer abstract geformuleerde voorbeeld dat is opgenomen in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 38) laat op dit vlak weinig aan de verbeelding over.

30. Het is niet duidelijk waarom deze extreme positie wordt ingenomen, die maakt dat bij het veeleer beperkte gebruik van eigenlijke agentuur (bv. om een nieuw model of product te lanceren, naast het reeds bestaande gamma) de situatie zonder meer onwerkbaar wordt. De prijs die de principaal dient te betalen (in termen van dekking van investeringen en kosten)



is immers niet redelijk en buitensporig. Een ‘*counterfactual*’-analyse zou beter gepast zijn om het risiconiveau van de agentuur te bepalen en sluit overigens naadloos aan bij de door het Hof van Justitie geformuleerde test. Concreet komt deze test neer op: denk de agentuur weg en bepaal op basis daarvan de kosten die eveneens zouden wegvallen. Alleen voor deze investeringen en kosten zou de agent geen of slechts een minimaal risico mogen dragen. In het bovenvermelde voorbeeld zouden dan enkel de marktspecifieke investeringen en kosten wegvallen die gepaard gaan met het lanceren en verkopen van het nieuwe draadloze stofzuigermodel. De investeringen en kosten die dienen om de traditionele modellen te verkopen (zoals de opleiding van het personeel, de uitrusting van de toonzaal, algemene merkcreclame die moet worden gevoerd enz.), hoeven bij de introductie van de agentuur niet door de principaal te worden gedragen.

31. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren gaat dus uit van een omgekeerde benadering, waarvoor geen grondslag terug te vinden is in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Voetnoot 27 van het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren verwijst naar het *Daimler*-arrest¹⁷ om aan te tonen dat de risico’s beschreven in de paragrafen 27 tot 31 van het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren vooral van belang zijn wanneer de agent voor dezelfde principaal en op dezelfde productmarkt andere activiteiten ontplooit als onafhankelijke distributeur. Volgens de Europese Commissie is de kans dat deze risico’s zich voordoen immers kleiner indien de activiteiten die de agent als onafhankelijke distributeur ontplooit, betrekking hebben op een andere productmarkt. Echter, de redenering die het Gerecht in het betrokken *Daimler*-arrest uiteenzet, had betrekking op de vraag of de Duitse agenten van Mercedes-Benz voor de toepassing van artikel 101, lid 1 VwEU kunnen worden gekwalificeerd als een (eigenlijke) agent.¹⁸ De Europese Commissie baseerde zich op de activiteiten van de agenten in gedifferentieerde markten (en het financiële risico dat ze op elk van die markten droegen) om hun positie als (eigenlijke) agent in vraag te stellen. Het Gerecht bevestigde echter dat het feit dat de Duitse agenten verplicht waren op andere markten activiteiten te verrichten die enig financieel risico voor hen inhielden, de kwalificatie op de betrokken markt (waar zij als een onderdeel van Mercedes-Benz werden beschouwd en dus niet als een aparte onderneming) niet kon wijzigen.¹⁹ Tegen die achtergrond biedt dit *Daimler*-arrest geen steun voor de formulering van de voorgestelde ruimere *counterfactual*-test. De uitspraak wijst vermoedelijk veeleer in de andere richting, en met name de ‘beperkte’ *counterfactual*.

32. Een mooi bewijs dat de ruimere *counterfactual* bijkomend reflectiewerk vereist, komt goed tot uiting wanneer in het voorbeeld van de draadloze stofzuiger niet de eigen distributeurs van de producent als agent worden aangesteld, maar

die van zijn concurrenten. In die hypothese hoeft de principaal immers alleen maar de investeringen en kosten voor de draadloze stofzuigers op zich te nemen, maar (logischerwijze) geen enkele investering of kost voor de verdeling als distributeur van de stofzuigers van de concurrerende producenten. We hebben dit voorbeeld met het DG Concurrentie kunnen bespreken en zijn benieuwd of het voldoende overtuigend is om op de stappen terug te keren en een beperkte *counterfactual* te introduceren.

33. Het belang van deze discussie is niet theoretisch. (Eigenlijke) agentuur is immers vooral nuttig en van belang in het kader van de prijszetting voor de producten. Hier bevinde we ons tussen twee extremen. Als er sprake is van (eigenlijke) agentuur voor het betrokken product (de draadloze stofzuiger in ons voorbeeld), mag de principaal de wederverkoop prijs voorschrijven en moet de agent zich hieraan houden. Als dat niet zo is (bv. omwille van de toepassing van de *counterfactual* in het hybride scenario waar de agent voor andere producten optreedt als distributeur), dan hebben we te maken met verboden verticale prijsbinding, die weinig kans heeft op een individuele vrijstelling en in toenemende mate wordt gesanctioneerd door de mededingingsautoriteiten. Uitklaring van dit thema is dan ook geen overbodige luxe, maar wel een absolute *must* om te vermijden dat de spelregels hybride scenario’s gewoonweg onmogelijk maken.

III. Toepassingsgebied

A. *Duale distributie en de vrees voor informatie-uitwisseling*

34. Een verticale overeenkomst is “*een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer ondernemingen partij zijn die, 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*” (zie art. 1(a) Verordening 330/2010). Deze definitie is behouden in de Ontwerp GVO (zie art. 1(a)). Overeenkomsten tussen concurrenten komen in principe niet in aanmerking voor de verticale groeps-vrijstelling, ook al bevinden de partijen zich in het kader van die overeenkomst op onderscheiden trappen van de economische ladder (verhouding leverancier-afnemer). Deze overeenkomsten moeten in beginsel worden beoordeeld volgens de mededingingsregels voor horizontale overeenkomsten. Echter, artikel 2(4) van Verordening 330/2010 (en para. 28 van de Verticale Richtsnoeren) bevat een uitzondering op deze regel voor sommige vormen van duale distributie. Naast de agentuur, is het die duale distributie die erg op de voorgrond staat in het debat met betrekking tot de toekomstige verticale spelregels.

¹⁷ Ger.EU 15 september 2005, nr. T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, *Daimler Chrysler/Commissie*.

¹⁸ *Idem*, para. 89-90.

¹⁹ *Idem*, para. 113.



1. Verticale overeenkomsten tussen concurrenten

35. Duale distributie houdt in dat een leverancier van goederen of diensten ook actief is op de stroomafwaartse ('downstream') markt, en bijgevolg concurreert met zijn onafhankelijke afnemer. Het klassieke voorbeeld is dat waarbij een producent ook eigen winkels heeft die concurreren met de onafhankelijke retailkanalen die door de producent worden bevoorrad. Het moet worden benadrukt dat onder het huidige regime niet alle vormen van duale distributie in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling. Verordening 330/2010 bepaalt dat de vrijstelling van toepassing is in twee scenario's. In de eerste plaats wanneer de leverancier een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur is, en niet op productieniveau concurreert (zie art. 2(4)(a)). Daarnaast wanneer de leverancier op verschillende handelsniveaus zijn diensten aanbiedt, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waar hij de diensten koopt (zie art. 2(4)(b)).

36. Volgens de Europese Commissie was ten tijde van de goedkeuring van Verordening 330/2010 het aantal duale distributierelaties verwaarloosbaar. Bovendien zou er destijds amper sprake zijn geweest van horizontale bezorgdheden. Zij meent nu dat de toename van online verkopen ertoe heeft geleid dat de negatieve mededingingsrechtelijke gevolgen die gepaard kunnen gaan met duale distributie niet langer kunnen worden genegeerd. Vandaar dat de mate waarin en de voorwaarden waaronder duale distributie in de toekomst van een automatische vrijstelling zal kunnen genieten, het voorwerp uitmaakt van een grondig debat.

37. Wij zijn niet overtuigd dat de ingeroepen verantwoording voor het huidige debat geheel juist is. Stellen dat duale distributie in 2010 eerder occasioneel plaatsvond en dan vooral de vorm aannam van een sporadische 'flag ship store' (de voorbeeldwinkel) en louter een middel was om een tikkeltje voeling te houden met de consumenten, lijkt overdreven. Het is onmiskenbaar juist dat de online verkopen zijn toegenomen en dat ook de producenten en leveranciers van die mogelijkheid meer en meer dankbaar gebruikmaken. Echter, de suggestie dat duale distributie zich in die mate heeft ontwikkeld dat de feitelijke assumpties van 2010 niet langer gelden, strookt in onze ervaring niet met de realiteit.

2. Introductie van een specifieke marktaandeellimiet

38. Onder het huidige regime is duale distributie niet onderworpen aan een specifieke marktaandeellimiet. Opdat een niet-wederkerige verticale relatie tussen concurrerende ondernemingen (zoals omschreven in art. 2(4) Verordening 330/2010) in aanmerking komt voor de groepsvrijstelling, moet zij, net zoals andere verticale overeenkomsten, voldoen aan de 30%-marktaandeellimiet vervat in artikel 3. Blijft zij onder die limiet (en zijn de andere toepassingsvoorwaarden

vervuld), dan geniet de gehele overeenkomst van een vrijstelling.

39. De Ontwerp GVO gooit hier het roer drastisch om. De artikelen 2(4)(a) en 2(4)(b) introduceren een specifieke marktaandeellimiet: opdat een niet-wederkerige verticale overeenkomst tussen concurrerende ondernemingen zonder meer van de vrijstelling zou kunnen genieten, mag het geaggregeerde marktaandeel op de betrokken markten op detailhandelsniveau niet meer dan 10% bedragen. Deze 10% staat in de ontwerpen nog tussen vierkante haakjes, wat lijkt aan te geven dat over het precieze cijfer ook intern bij het DG Concurrentie het debat nog niet is afgerond. Indien deze marktaandeellimiet wordt overschreden (maar aan de 30%-marktaandeellimiet van art. 3 is voldaan), kan de overeenkomst nog steeds van een vrijstelling genieten, maar zal elke informatie-uitwisseling tussen de partijen aan de regels voor horizontale overeenkomsten moeten worden getoetst.

40. De keuze van de Europese Commissie om deze nieuwe marktaandeeldrempel te introduceren is om meerdere redenen verrassend. De 10%-marktaandeeldrempel verwijst naar de limiet die is opgenomen in de *De Minimis*-Mededeling²⁰ van de Europese Commissie. De *De Minimis*-Mededeling bepaalt echter onder welke marktaandeellimiet gevolgbepalingen in een overeenkomst worden geacht de mededinging niet merkbaar te beperken in de zin van artikel 101, lid 1 VwEU.²¹ In de context van een groepsvrijstelling (waar wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het verbod van art. 101, lid 1 VwEU geldt) zou men verwachten dat de Europese Commissie zich veeleer zou richten naar de marktaandeellimieten die in de Horizontale Richtsnoeren²² worden aangetroffen. De Horizontale Richtsnoeren bepalen voor commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten dat bij een gezamenlijk marktaandeel van de partijen van ten hoogste 15% het waarschijnlijk is dat de betrokken overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VwEU voldoet.²³ Dit is een zogeheten *safe harbour*. Het is dan ook veeleer merkwaardig dat niet deze limiet in de ontwerpen is opgenomen.

41. Ook het marktniveau waarop de 10%-marktaandeellimiet moeten worden berekend, namelijk het detailhandelsniveau, is een nogal verrassende keuze. Een leverancier die wil nagaan of zijn duale distributiesysteem in aanmerking komt voor een groepsvrijstelling, zal toegang moeten hebben tot

²⁰ Mededeling Commissie 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 Minimis*-Mededeling), *Pb.C.* 30 augustus 2014, afl. 291, 1.

²¹ Art. II (8)(a) *De Minimis*-Mededeling.

²² Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Horizontale Richtsnoeren), *Pb.C.* 14 januari 2011, afl. 11, 1.

²³ Para. 240-241 Horizontale Richtsnoeren.



actuele en voldoende gedetailleerde informatie over het marktaandeel van zijn onafhankelijke afnemers op het detailhandelsniveau. Dit is opvallend gezien de ratio achter de voorgestelde wijziging. Mededingingsbeperkende informatie-uitwisselingen tussen concurrerende leveranciers en afnemers is immers de vrees van de Europese Commissie die aan de ontwerpen ten grondslag ligt. Echter, die informatie-uitwisseling zal nu precies nodig zijn om de marktaandeellimiet te kunnen toetsen.

42. Bovendien zal het in de praktijk vaak moeilijk blijken de relevante markt op het detailhandelsniveau te bepalen. Vooral de geografische component van die afbakening is meermaals een punt van onzekerheid. Ter illustratie kan worden verwezen naar de 80%-voetafdrukregel (*'catchment areas'*) die bij concentraties wordt toegepast om de geografische markt te bepalen. Deze berekeningsmethode vergt een aanzienlijk onderzoek naar gegevens. Ook het concept van 'lokale markten' zal vereisen dat partijen de oefening tientallen keren herhalen om het volledige gebied van een Lidstaat te dekken.

43. De historie van de 30%-marktaandeellimiet indachtig, is het dan ook verrassend dat geopteerd is voor een gecumuleerd marktaandeel op het niveau van de detailhandel. Het zijn precies voormelde overwegingen die hebben gemaakt dat de Europese Commissie in 1999 is afgestapt van het detailhandelsniveau en voortaan werkt met het aandeel van de koper op de aankoopmarkt om de 30%-limiet toe te passen. Dezelfde argumenten van rechtszekerheid en *'compliance cost'* gelden nog steeds en, als er al met een marktaandeel wordt gewerkt in het kader van de duale distributie, is er veel te zeggen voor eenzelfde marktbenadering als bij de 30%-limiet.

44. Artikel 2(5) van de Ontwerp GVO bepaalt dat bij het overschrijden van de 10%-marktaandeeldrempel de informatie-uitwisseling tussen de partijen aan *"de regels voor horizontale overeenkomsten moet worden getoetst"*. De Horizontale Richtsnoeren zijn echter geenszins geschikt om informatie-uitwisselingen in een specifieke situatie zoals duale distributie te beoordelen. Wil de Europese Commissie ook op dit punt rechtsonzekerheid voorkomen, dan zal zij ondernemingen bijkomende begeleiding moeten aanreiken. Het liefst doet zij dit in de nieuwe Verticale Richtsnoeren, in de eerste plaats omdat het herzieningsproces van de Horizontale Richtsnoeren pas in het vierde kwartaal van 2022 wordt afgerond, en de nieuwe Horizontale Richtsnoeren bijgevolg niet beschikbaar zullen zijn tegen de tijd dat de nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening op 1 juni 2022 in werking treedt. Bovendien gaat het nog steeds om informatie-uitwisseling in een verticale relatie. In een duale distributierelatie is het van belang de verticale en horizontale informatiestromen strikt van elkaar gescheiden te houden en ze niet met elkaar te verwarren.

45. Het is de vraag of in geval van een strikte scheiding van de informatiestromen een bijkomende marktaandeeldrempel nodig is om eventuele horizontale bezorgdheden te ondervan-

gen. Duidelijke regels over de informatie die in dit scenario tussen leverancier en afnemer mag worden uitgewisseld, zouden reeds een grote verbetering zijn zonder dat heel wat Europese ondernemingen in woelig water terechtkomen. Indien deze marktaandeeldrempel toch wordt aangehouden, zullen immers veel leveranciers en afnemers in een duale distributierelatie zich de vraag moeten stellen of de informatie die zij in de context van hun verticale commerciële verhouding uitwisselen, nog wel is toegelaten. Daar komt bij dat het op basis van de ontwerpen niet duidelijk is welke juridische gevolgen zijn verbonden aan de vaststelling dat een bepaalde informatie-uitwisseling niet verenigbaar is met de regels voor horizontale overeenkomsten. Zoals hierboven werd vermeld, bepaalt artikel 2(5) van de Ontwerp GVO dat in dat geval slechts de informatie-uitwisseling het voordeel van de groepsvrijstelling verliest. Dit betekent dat de betrokken ondernemingen zullen moeten nagaan of de informatie-uitwisseling alsnog voor een individuele vrijstelling in aanmerking komt. Met andere woorden, de betrokken partijen zullen met één been binnen en met het andere been buiten de *safe harbour* staan. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 90) gaat evenwel een stap verder en bepaalt dat de toepassing van de groepsvrijstelling op de verticale overeenkomst in zijn geheel afhankelijk is van de vraag of de regels met betrekking tot informatie-uitwisseling zijn nageleefd. Indien de Europese Commissie deze laatste optie in aanmerking neemt, zal zij die regels met absolute precisie moeten uitschrijven, want in dat geval zal artikel 2(5) fungeren als een bijkomende hardkernbeperking. Ook de tekst van de nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening zal dan duidelijker moeten worden geformuleerd om dit juridische gevolg behoorlijk te verankeren. Een en ander illustreert dat er nog behoorlijk wat reflectie- en redactiewerk aan de orde is.

3. Wijziging van de actoren die van de uitzondering kunnen genieten

46. Onder het huidige regime komen importeurs en groothandelaren die geen producent zijn niet in aanmerking voor een groepsvrijstelling op grond van artikel 2(4) als zij distributieovereenkomsten sluiten met detailhandelaren en zelf ook actief zijn op detailhandelsniveau. Vooral de kleinere marktspelers ondervinden hiervan de nadelen. Verticale integratie is immers gemakkelijker realiseerbaar voor marktspelers met meer financiële middelen. Kleinere producenten zullen daarentegen veeleer geneigd zijn een beroep te doen op onafhankelijke importeurs en groothandelaren om zo hun financieel risico te spreiden. Dit leidt in de praktijk tot een ongelijke behandeling van gelijkaardige verticale overeenkomsten. De groepsvrijstelling zal binnen eenzelfde distributienetwerk op sommige verticale overeenkomsten wél en op andere niet van toepassing zijn, zelfs indien deze overeenkomsten dezelfde contractuele voorwaarden bevatten.

47. Stel, een Finse autoproducent wil zijn modellen verdelen in Nederland en Spanje. In Spanje heeft de producent een



dochteronderneming (importeur A) die de auto's zal importeren. In Nederland daarentegen zal de producent een beroep doen op een onafhankelijke importeur (importeur B). Importeurs A en B hebben elk een selectief distributienetwerk opgezet. Indien zowel importeur A als importeur B ook actief zijn op het detailhandelniveau (bv. omdat zij rechtstreeks aan grotere eindklanten verkopen of enkele eigen 'dealerships' hebben), zal alleen het selectieve distributienetwerk van importeur A (omdat deze samen met de producent een economische eenheid uitmaakt) voor de groepsvrijstelling in aanmerking komen. Dezelfde distributieovereenkomsten van importeur B vallen daarentegen buiten het toepassingsgebied. Indien importeur B zich zou onthouden van rechtstreekse verkopen (waardoor paradoxaal genoeg het aanbod en de mededinging worden ingeperkt), zouden zijn selectieve distributieovereenkomsten dan weer wel in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling.

48. De Europese Commissie lijkt aan deze lacune in de regelgeving tegemoet te willen komen door het toepassingsgebied van de uitzondering in artikel 2(4)(a) van de Ontwerp GVO uit te breiden. Dit artikel bepaalt nu dat "*de leverancier een producent, groothandelaar, of importeur en een distributeur van goederen is*". Echter, doordat de afnemer geen concurrerende onderneming op het productie-, groothandels- of importniveau mag zijn, mogen de partijen slechts op het detailhandelniveau concurreren. Dit heeft tot gevolg dat een producent die ook een geïntegreerde importeur/groothandelaar is, en die bijvoorbeeld in een ander land een onafhankelijke importeur/groothandelaar aanstelt, voor die aanstelling geen vrijstelling kan genieten. De distributieovereenkomsten tussen de onafhankelijke importeur/groothandelaar en de onafhankelijke dealers waarmee de groothandelaar rechtstreeks concurreert, zouden dan weer wel zijn gedekt. Met andere woorden, de Europese Commissie is ingegaan op de vraag om het toepassingsgebied van de uitzondering uit te breiden naar importeurs en groothandelaren (voor hun stroomafwaartse overeenkomsten), maar heeft daarbij geen sluitende oplossing aangereikt. Nog steeds kunnen niet alle verticale overeenkomsten binnen eenzelfde distributienetwerk van de juridische zekerheid van de groepsvrijstelling genieten.

B. Marktaandeellimiet: vereenvoudigde regeling bij overschrijding

49. Zoals hierboven reeds besproken, mag het marktaandeel van de ondernemingen die partij zijn bij een verticale overeenkomst een bepaalde limiet niet overschrijden om binnen het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling te vallen. Artikel 3 van Verordening 330/2010 bepaalt dat de vrijstelling slechts van toepassing is op voorwaarde dat het marktaandeel van de leverancier niet meer bedraagt dan 30% van de relevante markt waarop hij de contractgoederen of -diensten verkoopt, en het marktaandeel van de afnemer niet meer bedraagt dan 30% van de relevante markt waarop hij de contractgoederen of -diensten koopt. Deze dubbele markt-aandeellimiet is behouden in de Ontwerp GVO.

50. De Europese Commissie heeft wel het regime in geval van een tijdelijke overschrijding van de marktaandeellimiet vereenvoudigd. Voortaan blijft de vrijstelling gedurende een beperkte tijd van toepassing ongeacht de mate waarin de limiet wordt overschreden. Artikel 7 van de Ontwerp GVO bepaalt dat "*de in artikel 2 bepaalde vrijstelling van toepassing [blijft] gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren volgende op het jaar waarin de marktaandeeldrempel van 30% voor het eerst is overschreden*". Deze vereenvoudiging is een welkome aanpassing van de regelgeving en vervangt een complexe regeling waarvan de praktische toepassing geen sinecure was.

IV. Hardekernbeperkingen

51. Zelfs wanneer het eerste deel van de *tick the box*-oefening succesvol is voltooid (*i.e.* als de overeenkomst voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van de groepsvrijstelling), dan nog kan een onderneming niet op haar lauweren rusten. De oefening is immers nog niet volledig afgerond. Er moet vervolgens nog worden nagaan of er in de overeenkomst harde kernbeperkingen zijn opgenomen. Deze zijn opgesomd in artikel 4 van Verordening 330/2010 en zijn beter bekend als de beperkingen van de "zwarte lijst". Onder het huidige regime hebben deze beperkingen hoofdzakelijk betrekking op verticale prijsbinding en territoriale en klantenbeperkingen. Het is uitermate belangrijk dat een onderneming zich ervan vergewist dat haar verticale overeenkomst geen harde kernbeperking bevat. Zij verliest in dat geval de bescherming van de groepsvrijstelling in haar geheel, met andere woorden voor alle beperkingen die in de overeenkomst zijn opgenomen. Dit sluit niet uit dat zij alsnog een beroep zou kunnen doen op een individuele vrijstelling, maar voor harde kernbeperkingen geldt een weerlegbaar vermoeden²⁴ dat deze niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VwEU voldoen. Kortom, harde kernbeperkingen worden in de praktijk gewoonweg best vermeden.

A. Verbod op verticale prijsbinding: duidelijk een verankerd regime

52. Artikel 4(a) van Verordening 330/2010 is ongewijzigd. Dit betekent dat de basisregels over verticale prijsbinding behouden blijven. Kort samengevat, overeenkomsten die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederkoop prijs of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen, staan op de zwarte lijst. Ook een prijsvork waarbinnen de afnemer de wederkoop prijs moet bepalen, is niet in overeenstemming met artikel 4. Dit zijn stuk voor stuk harde kernbeperkingen.

53. De Verticale Richtsnoeren (zie para. 48) stipuleren: "*De doeltreffendheid van directe of indirecte maatregelen om prijsbinding te bewerkstelligen, kan worden verhoogd door deze te*

²⁴ Para. 47 Verticale Richtsnoeren. Dit principe is gehandhaafd in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren, zie para. 164(b).



combineren met maatregelen die erop gericht zijn distributeurs die beneden de prijs verkopen, op het spoor te komen, zoals de invoering van een prijscontrolesysteem.” Gezien de toename van online verkopen en het feit dat software veelvuldig wordt gebruikt voor prijscontrole, zag de Europese Commissie zich waarschijnlijk genoodzaakt om in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 176) een bijkomende paragraaf specifiek over prijscontrole op te nemen. Hierin wordt bevestigd dat prijscontrole op zich geen vorm van verticale prijsbinding is. De diverse en toegenomen controlemogelijkheden vergroten weliswaar de prijs transparantie op de markt, waardoor de leveranciers de wederverkooptarieven van hun producten kunnen opvolgen en kunnen ingrijpen, maar het louter opvolgen van wederverkooptarieven leidt niet tot een inbreuk op artikel 4.

54. Een andere toevoeging betreft de paragraaf over ‘uitvoeringsovereenkomsten’ (zie para. 178 Ontwerp van Verticale Richtsnoeren), *i.e.* een verticale overeenkomst die een voorafgaande overeenkomst tussen diezelfde leverancier en de afnemer uitvoert. De Europese Commissie bevestigt dat de vaststelling van een wederverkooptarief tussen een leverancier en een afnemer in een uitvoeringsovereenkomst geen verticale prijsbinding is, op voorwaarde dat de eindklant afstand heeft gedaan van zijn recht om een onderneming te kiezen die de overeenkomst moet uitvoeren. Er is immers in dat geval niet langer sprake van prijsconcurrentie ten aanzien van die eindgebruiker. Heeft de eindgebruiker echter geen afstand gedaan van dit recht, dan gelden de basisregels weer ten volle en kan een vaste wederverkooptarief niet worden opgelegd. Dit is op zich niet dramatisch omdat het commerciële objectief bij raamovereenkomsten die met klanten worden gesloten ook perfect kan worden behaald door te werken met maximumtarieven. De maximumtarief reflecteert in dat geval de prijsbelofte die door de leverancier werd gedaan aan de klant in de raamovereenkomst. Het feit dat de distributeur onder de maximumtarief gaat, stelt in die omstandigheden uiteraard geen enkel probleem voor de klant (wel integendeel).

B. Verbod op actieve verkopen: meer mogelijkheden, maar nog steeds zeer complex en onzeker

55. Het is een leverancier (in principe) niet toegelaten zijn onafhankelijke afnemer te verbieden of te beperken actief in bepaalde gebieden of aan bepaalde klantengroepen te verkopen (zie art. 4(b) Verordening 330/2010). Dit principe blijft gehandhaafd onder het nieuwe regime. Een uitzondering hierop is mogelijk in het kader van exclusieve distributie. Een leverancier mag de actieve verkoop door een onafhankelijke afnemer in een gebied of aan een klantengroep beperken indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- het gebied of de klantenkring is door de leverancier voorbehouden voor zichzelf of toegewezen aan een andere afnemer (de zogenaamde ‘exclusiviteitsvoorwaarde’);
- de actieve verkoopbeperking is opgelegd aan alle andere afnemers van de leverancier of de groep waartoe de leve-

rancier behoort (de zogenaamde ‘voorwaarde van de parallelle oplegging’); en

- de actieve verkoopbeperking belemmert niet de verkoop door de klanten van de afnemer (het zogenaamde ‘doorrolverbod’).

56. De voorbije tien jaar hebben Europese distributeurs maar weinig rechtsgeldig gebruikgemaakt van deze uitzondering. Het bleek in de praktijk vaak te moeilijk om de voorwaarden (correct) te implementeren. Denk bijvoorbeeld aan een leverancier met een reeds uitgerold distributienetwerk in de Europese Unie. Wanneer deze leverancier de overstap van niet-exclusieve distributie naar exclusieve distributie (inclusief actieve verkoopbeperkingen) zou willen maken, zou hij zijn bestaande distributieovereenkomsten moeten wijzigen, aangezien de voorwaarde van de parallelle oplegging vereist dat de actieve verkoopbeperking aan alle afnemers binnen het distributiesysteem is opgelegd. Bovendien is de prijs die de leverancier betaalt in geval van een fout tegen de voorwaarden hoog. Gebieds- en klantenbeperkingen zijn hardekernbeperkingen, dus een inbreuk hierop zou de aanspraak op de groepsvrijstelling integraal doen vervallen.

57. De Europese Commissie²⁵ heeft deze uitzondering aantrekkelijker willen maken door voortaan gedeelde exclusiviteit toe te laten en het doorrolverbod op te heffen of minstens te beperken. Echter, een aantal inconsistenties in de ontwerpen kunnen het nut van deze verbeteringen ondermijnen.

1. Eerste voorwaarde: gedeelde exclusiviteit

58. Verordening 330/2010 (zie art. 4(b) i) laat geen situatie van gedeelde exclusiviteit toe. De exclusiviteitsvoorwaarde houdt immers in dat het gebied of de klantengroep werd “*gereserveerd voor de leverancier of door de leverancier aan een andere afnemer [werd] toegewezen*”. Vooral dit laatste (namelijk dat het om één enkele exclusieve afnemer dient te gaan) heeft in het verleden geleid tot het artificieel opdelen van territoria of praktische problemen in gebieden waar een beperkt aantal distributeurs actief was die hun gebied onderling niet wilden opsplitsen.

59. De Europese Commissie heeft hieraan tegemoet willen komen door het ‘exclusief distributiestelsel’ in artikel 1(g) van de Ontwerp GVO te definiëren als: “*een distributiestelsel waarin de leverancier aan zichzelf of aan één afnemer of aan een beperkt aantal afnemers exclusief een grondgebied of klantenkring toewijst*”. Dit beperkt aantal afnemers moet worden bepaald in verhouding tot het toegewezen grondgebied of de toegewezen klantengroep opdat een bepaald volume aan activiteiten veiliggesteld zou worden waarmee hun investeringsinspanningen worden beschermd. Met deze proportionali-

²⁵ Het DG Concurrentie heeft ons verzocht om met betrekking tot dit thema een expertenrapport op te stellen. Dit rapport is gepubliceerd op zijn website (https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-06/kd0821131enn_VBER_active_sales.pdf).



teitstest wil de Europese Commissie voorkomen dat leveranciers gebieden ter grootte van een Lidstaat aan enkele exclusieve distributeurs zouden toewijzen en op deze manier de interne markt zouden verdelen (zie para. 102 Ontwerp van Verticale Richtsnoeren).

60. Echter, doordat de ontwerpen geen verdere toelichting bij de proportionaliteitstest verschaffen, gaat rechtszekerheid verloren. Nergens blijkt overigens dat de enige hypothese die wordt geïllustreerd met de test deze is waar de gebieden een integrale Lidstaat dekken. Op basis van artikel 1(g) van de Ontwerp GVO en paragraaf 102 van het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren kan de proportionaliteitstest moeilijk anders worden gelezen dan als een extra voorwaarde die aan artikel 4(b) wordt toegevoegd. Paragraaf 107 van het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren verwijst daarom enigszins verrassend naar de mogelijkheid tot de intrekking van de vrijstelling als aan die extra voorwaarde niet is voldaan. Om elk misverstand te vermijden: een intrekking van een groepsvrijstelling als “sanctie” voor een harde kernbeperking is technisch niet mogelijk. Wanneer een onderneming een inbreuk pleegt op het verbod op harde kernbeperkingen, verliest zij haar aanspraak op de groepsvrijstelling automatisch en is er geen intrekking nodig of mogelijk. De in paragraaf 107 vermelde stelling kan dan ook niet juist zijn. Gezien dit ingrijpende juridische gevolg is het dan ook uitermate belangrijk dat harde kernbeperkingen en mogelijke uitzonderingen daarop met precisie worden geformuleerd zodat er zo weinig mogelijk ruimte overblijft voor interpretatie en er zo veel mogelijk rechtszekerheid bestaat over de toepassing ervan. De toch wel erg vage proportionaliteitstest beantwoordt hier niet aan.

2. Tweede voorwaarde: parallelle oplegging

61. De tweede voorwaarde is (in tegenstelling tot de eerste en de derde voorwaarde) niet expliciet opgenomen in Verordening 330/2010. Deze voorwaarde is terug te vinden in paragraaf 51 van de Verticale Richtsnoeren: “[...] en de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkopen in zijn gebied of aan zijn klantenkring door alle andere afnemers (eigen onderlijning) van de leverancier in de Unie, ongeacht de verkopen van de leverancier”. Ook de Ontwerp GVO bevat geen expliciete verwijzing naar de tweede voorwaarde. Meer nog, de definitie van ‘exclusief distributiestelsel’ in artikel 1(1) (g) zou kunnen doen vermoeden dat de tweede voorwaarde is afgeschaft: “en hij andere afnemers (eigen onderlijning) beperkt om actief te verkopen naar het exclusieve grondgebied of aan de exclusieve klantenkring”. “Andere afnemers” dekt niet noodzakelijk alle afnemers van de leverancier binnen de integrale Europese Unie.

62. De formulering opgenomen in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren creëert onzekerheid. Om te beginnen stelt zij alvast niet uitdrukkelijk of de voorwaarde al dan niet wordt gehandhaafd. Paragraaf 103 verwijst naar “door andere afnemers van de leverancier”, wat doet vermoeden dat de

tweede voorwaarde niet langer van kracht is. Paragraaf 205 verwijst echter naar “door de andere afnemers van de leverancier in de Unie, met inbegrip van afnemers aan wie de leverancier exclusief andere grondgebieden of klantenkringen heeft toegewezen”, wat dan weer het tegendeel doet vermoeden. Deze bewoordingen sluiten immers meer aan bij de bestaande formulering op dit punt. Met andere woorden, op basis van de ontwerpen valt niet met zekerheid te zeggen of de voorwaarde van de parallelle oplegging onder het toekomstige regime al dan niet nog van kracht is. Aangezien we ons in een “zwarte lijst”-omgeving van de groepsvrijstelling bevinden, is het wederom sterk aangewezen dat de Europese Commissie duidelijkheid schept. Liefst doet zij dit expliciet in de Verordening zelf zodat er geen twijfel kan bestaan over het lot van die tweede voorwaarde.

3. Derde voorwaarde: doorrolverbod

63. Een reden waarom een exclusief distributiesysteem met actieve verkoopbeperkingen in het verleden niet steeds de voorkeur genoot bij leveranciers, had veelal te maken met het feit dat zij de actieve verkoopbeperkingen slechts konden opleggen ten aanzien van hun rechtstreekse afnemers. Zij konden deze afnemers niet verplichten op hun beurt dergelijke clausules ook in de overeenkomsten met hun professionele klanten op te nemen. De derde voorwaarde om actieve verkoopbeperkingen te kunnen opleggen hield immers een doorrolverbod in. Dit verbod had tot gevolg dat een exclusieve distributeur niet kon worden beschermd tegen de actieve verkopen door de professionele klanten van de andere distributeurs op zijn handelsniveau. Zo is het in de praktijk een koud kunstje om een verbod op actieve verkopen te omzeilen. Het volstaat de producten eerst te verkopen aan een wederverkoper (bv. een ‘trader’), die dan op zijn beurt actief verkoopt in het andere territorium of aan de exclusieve klantenkring van een andere distributeur.

64. De mogelijkheid voor leveranciers om voortaan hun distributeurs te verplichten de actieve verkoopbeperking ook in de overeenkomsten met hun klanten op te nemen, betekent een ingrijpende koerswijziging van de Europese Commissie. Gedurende meer dan twintig jaar gold het omgekeerde regime. In dat opzicht is het wenselijk dat de Europese Commissie voldoende toelichting geeft en daarbij zeer concreet uitlegt wat de doorrolmogelijkheid precies inhoudt en hoever die kan gaan. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren raakt dit onderwerp slechts zeer kort aan in paragraaf 206 en voetnoot 94. De practicus loopt het risico om over deze ingrijpende verandering heen te kijken, of er alleszins de gevolgen niet van te kunnen inschatten.

65. Zelfs als de wijziging al wordt opgemerkt, blijven er vragen: paragraaf 206 van het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren bepaalt: “Om de investeringsstimulansen voor exclusief aangestelde distributeurs te beschermen, kan de leverancier eisen dat die andere distributeurs en hun klanten die een dis-



tributieovereenkomst hebben gesloten met de leverancier of met een partij aan wie de leverancier distributierechten heeft verleend (eigen onderlijning), beperkingen opgelegd krijgen met betrekking tot de actieve verkoop in het exclusief toegewezen grondgebied of aan de exclusief toegewezen klantenkring (d.w.z. de beperkingen op de actieve verkoop worden overgedragen aan de klanten van de afnemer)." Deze formulering is ook (weliswaar cryptischer) terug te vinden in de artikelen 4(b)(i), 4(c)(i), eerste gedachtestreepje en 4(d)(i) van de Ontwerp GVO. Zoals geformuleerd in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren, lijkt het dat het doorrolverbod slechts voor één bijkomend niveau in de distributieketen is opgeheven, maar dat er geen verplichting mag worden opgelegd om het ook verder door te schuiven.

66. Stel, een producent stelt in de Europese Unie verschillende exclusieve importeurs aan, die op hun beurt in hun gebied onafhankelijke groothandelaren aanstellen, die dan weer op hun beurt onafhankelijke detailhandelaren aanstellen. Volgens het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren mag de producent zijn exclusieve importeurs verplichten de actieve verkoopbeperking ook in de overeenkomsten met de groothandelaren op te nemen. Zoals de ontwerptekst is opgesteld is het echter onzeker of het de producent is toegelaten de importeurs te verplichten op hun beurt de groothandelaren de verplichting op te leggen de actieve verkoopbeperking ook in de overeenkomst met hun detailhandelaren op te nemen. De detailhandelaren hebben immers geen overeenkomst gesloten met de producent of een partij aan wie de producent distributierechten heeft verleend (*i.e.* de importeur). Zij hebben slechts een contractuele relatie met de groothandelaar. Een andere lezing zou erin kunnen bestaan dat het toekennen van distributierechten ook indirect kan gebeuren, bijvoorbeeld doordat de producent aan de importeur uitdrukkelijk toestaat om namens hem distributierechten op het lagere niveau te verschaffen (hetgeen zich onder andere vertaalt in het recht om de merken van de producent te gebruiken in het kader van de marketing van de producten). Een uitdrukkelijke bevestiging door de Europese Commissie van het aantal niveaus in de distributieketen waarop een actieve verkoopbeperking mag worden doorgerold, zou om de bovenvermelde redenen welkom zijn. Zoals voor de andere voorwaarden is deze problematiek door meerdere stakeholders en ook in ons expertenrapport uitdrukkelijk onder de aandacht van het DG Concurrentie gebracht, zodat het zeer betreurenswaardig zou zijn dat hier geen klaarheid wordt gecreëerd.

C. Meer consistentie voor hybride distributienetwerken

67. In de praktijk komt het geregeld voor dat bepaalde producenten of leveranciers niet in staat zijn hun selectieve distributienetwerk doorheen de gehele Europese Unie uit te rollen. Hiervoor kunnen er tal van redenen zijn. Zo kunnen de producten van de producent het in bepaalde landen beter doen dan in andere, zodat de omzet die de distributeurs hiermee realiseren al dan niet voldoende is om hen te motiveren

in een selectief distributiesysteem te stappen en aan de daarmee gepaard gaande kwaliteitsvereisten te voldoen. In de landen waar de producent slechts een beperkte aanwezigheid en verkoop heeft, zullen vaak de argumenten ontbreken om de lokale distributeurs hiervoor geïnteresseerd te krijgen. Heel vaak zullen ook historische situaties het uitrollen van een homogeen selectief distributienetwerk bemoeilijken. In bepaalde landen kan de producent reeds werken met een onafhankelijke invoerder die werkelijk het commerciële belang niet inzielt om de overstap naar selectiviteit te maken en liever met een exclusief of zelfs niet-exclusief distributiesysteem wil blijven werken. De contracten met die invoerder zijn reeds lange tijd geleden ondertekend en de producent heeft vaak niet de onderhandelingspositie om hieraan te tornen.

68. De vraag is dan hoe de groepsvrijstelling het samengaan van verschillende distributiesystemen in diverse gebieden behandelt. Die vraag rijst vooral (en eigenlijk uitsluitend) als het netwerk deels selectief en deels niet-selectief is. Het correcte antwoord is dat de huidige regeling hiervoor geen antwoord biedt. De kernproblemen zijn hierbij tweërlei. Het eerste probleem is dat van de voorwaarde van de parallele oplegging met betrekking tot actieve verkoopbeperkingen in de niet-selectieve gebieden. Het tweede probleem zijn de verkopen aan niet tot het selectieve netwerk behorende wederverkopers door distributeurs die zijn gevestigd in de niet-selectieve gebieden. In beide gevallen stoten we immers op de zwarte lijst.

69. Voor het eerste probleem is er in de Verticale Richtsnoeren een wat verdoken verwijzing (zie para. 56) naar het feit dat het geen probleem is wanneer aan selectieve distributeurs een verbod van actieve verkoop wordt opgelegd naar niet-selectieve gebieden die door de leverancier aan zichzelf zijn voorbehouden of die zijn toegekend aan exclusieve distributeurs. In de ontwerpen wordt deze mogelijkheid verankerd in de Ontwerp GVO zelf (zie art. 4(c)(i), eerste gedachtestreepje). Dit is een merkelijke verbetering die de rechtszekerheid dient.

70. Voor het tweede probleem bevat de huidige regeling geen oplossing, zelfs niet in de Verticale Richtsnoeren. Ook hier bieden de ontwerpen een (partieel) antwoord. De Ontwerp GVO bepaalt uitdrukkelijk dat een niet-selectieve distributeur het recht mag worden ontzegd om te verkopen aan niet-selectieve distributeurs die zijn gevestigd in een gebied waar een selectief systeem wordt toegepast (zie art. 4(b)(ii) en 4(d)(ii)). Deze formulering laat de vraag open of de klanten van de niet-selectieve distributeurs (bv. *traders*) kunnen worden verplicht zich aan dezelfde regel te houden. De Ontwerp GVO zegt hier niets over, waar ze het wel uitdrukkelijk heeft over de doorrolmogelijkheid in het geval van beperkingen op de actieve verkoop. Deze lacune wordt ingevuld door een verduidelijking in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 209) dat effectief de doorrolmogelijkheid van de verplichting naar het volgende niveau toelaat. De inconsistentie in de legistische aanpak van de doorrolmogelijkheden (actieve verkoopbeperkingen en respecteren van de selectiviteit) stelt



echter een probleem. Behalve de Europese Commissie is immers geen enkele autoriteit of rechter gebonden door de Verticale Richtsnoeren, maar uiteraard wel door de Verordening.

71. Aangezien het voorgaande vermoedelijk wel erg abstract lijkt, is het goed een concrete situatie te bekijken. Stel, een producent van stofzuigers rolt in de Benelux een selectief distributiesysteem uit en in alle andere landen van de Europese Unie een niet-selectief systeem. In Frankrijk werkt de producent met een exclusieve invoerder die erop staat dat hij bescherming geniet tegen actieve verkopen. Die bescherming ontsnapt maar aan de zwarte lijst als de voorwaarde van de parallelle oplegging wordt gerespecteerd. Om die reden is het niet alleen belangrijk dat de andere distributeurs die zich buiten de Benelux bevinden, maar ook de Benelux-distributeurs een verbod tot actieve verkoop in Frankrijk opgelegd krijgen. Momenteel staat hierover niets in Verordening 330/2010, maar wordt die mogelijkheid bevestigd in de Verticale Richtsnoeren. Het is dit punt dat in de Ontwerp GVO wordt verankerd. Omgekeerd heeft het weinig zin om in de Benelux een selectief distributiesysteem op te zetten als de distributeurs die zich buiten de Benelux bevinden vrij mogen verkopen aan om het even welke wederverkoper in de Benelux. Hierdoor valt het selectieve systeem gewoonweg in duigen. Hierover bepaalt de huidige regeling niets. De ontwerpen verankeren de mogelijkheid om zulke verkopen te verbieden zodat het selectieve distributiesysteem in de Benelux wordt beschermd. Tot op welk niveau die bescherming mag worden opgelegd, blijft echter onduidelijk.

72. Deze twee vormen van ‘reverse protection’ zorgen ervoor dat een keuze die rechtmatig wordt gemaakt onder de groepsvrijstelling (*i.e.* de uitrol van een selectief distributiesysteem op een specifiek grondgebied en een exclusief systeem in een ander gebied), niet wordt ondermijnd doordat deze keuze niet werd geïmplementeerd in de volledige Europese Unie. Vooral minder sterke producenten en invoerders die niet de macht hebben om een uniform distributiesysteem in de hele Europese Unie door te duwen, zullen kunnen genieten van deze aanpassingen.

D. Online verkopen blijven een aandachtspunt

1. Verbod van dubbele prijszetting en equivalentieprincipe (schijnbaar) verlaten

73. De Europese Commissie beschouwt online verkopen als een vorm van passieve verkoop omdat het de distributeur toelaat klanten buiten het eigen gebied of de eigen klantenkring te bereiken. Bijgevolg moet een onafhankelijke distributeur in principe het recht hebben het internet te gebruiken voor de verkoop van zijn producten (zie para. 52). De Europese Commissie geeft in de Verticale Richtsnoeren een aantal voorbeelden van beperkingen die zij in een online context als harde-kernbeperkingen beschouwt. Een van deze beperkingen betreft de ‘dubbele prijszetting’. Dit wil zeggen, het hanteren

van een hogere aankoop prijs voor de producten die een afnemer online verkoopt dan voor producten die dezelfde afnemer offline verkoopt (zie para. 52(d)). Onder het huidige regime moet een leverancier er dus rekening mee houden dat een distributieovereenkomst met een hybride afnemer waarin een hogere groothandelsprijs wordt aangerekend voor online verkopen, in haar geheel van het toepassingsgebied van Verordening 330/2010 wordt uitgesloten.²⁶

74. Tijdens de evaluatie van de huidige regels hebben stakeholders aangegeven dat de houding ten aanzien van dubbele prijszetting niet langer is aangepast aan de huidige marktomstandigheden en dat de mogelijkheid om een vaste vergoeding af te spreken ter ondersteuning van (offline of online) verkopen vaak niet werkbaar is in de praktijk.²⁷

75. De ontwerpen geven aan dat de Europese Commissie bereid is om op dit punt het geweer van schouder te veranderen. In het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 195) bepaalt zij nu dat dubbele prijszetting binnen het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling kan vallen op voorwaarde dat het verschil in prijsniveau tot doel heeft de investeringen die door de distributeur online of offline werden gedaan te stimuleren of te belonen. Indien het verschil in groothandelsprijs daarmee geen verband houdt, maar ertoe strekt het doeltreffende gebruik van het internet te verhinderen, wordt dubbele prijszetting nog steeds als een harde-kernbeperking beschouwd en bestraft. Ter illustratie geeft de Europese Commissie mee dat dit het geval zal zijn wanneer het prijsverschil het doeltreffende gebruik van het internet niet winstgevend of financieel niet houdbaar maakt.

76. In het kader van selectieve distributie verbiedt artikel 4(c) van Verordening 330/2010 de beperking van de actieve of passieve verkoop door erkende detailhandelaren aan eindgebruikers. In de Verticale Richtsnoeren licht de Europese Commissie verder toe dat dit ook betrekking heeft op verkopen via het internet, en dat daarom alle verplichtingen die erkende detailhandelaren ervan weerhouden het internet te gebruiken door selectiecriteria voor online verkoop op te leggen die niet equivalent zijn aan de selectiecriteria voor verkoop in een fysieke winkel, als harde-kernbeperkingen moeten worden beschouwd (zie para. 56). Dit equivalentieprincipe betekent echter niet dat de online en offline selectiecriteria identiek moeten zijn, maar dat zij dezelfde doelstellingen en vergelijkbare resultaten moeten hebben. Enig verschil moet gerechtvaardigd zijn door de verschillende aard van de wijze van distributie. Net zoals bij dubbele prijszetting, geldt de equivalentietest slechts in één richting. Het mag de detailhan-

²⁶ De leverancier en de distributeur mogen wel een vaste vergoeding overeenkomen. Een variabele vergoeding waarvan het bedrag stijgt naargelang de gegenereerde offlineomzet komt daarentegen weer neer op dubbele prijszetting.

²⁷ Commission Staff Working Paper – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 173 final, 8 september 2020, 212-215, te raadplegen op <https://www.distributionlawcenter.com>.



delaar niet moeilijker worden gemaakt om online te verkopen.

77. Een vraag die stof heeft doen opwaaien, is of het equivalentieprincipe moet worden behouden. Tijdens de publieke consultatie hebben stakeholders hierover verschillende opinies geuit. Sommigen argumenteerden dat online en offline distributie inherent verschillen en bijgevolg verschillende regels en criteria vereisen. Anderen argumenteerden dat het equivalentieprincipe ten goede komt aan de consument doordat het leidt tot meer concurrentie en dus meer keuze.²⁸ Uit de evaluatiestudie²⁹ blijkt dat consumenten vandaag gemakkelijk en voortdurend van het ene naar het andere verkoopkanaal overstappen en binnen de kanalen telkens ook alle opties verkennen. Deze trend zou ertoe hebben geleid dat producenten vandaag nauwer samenwerken met groothandelaren en detailhandelaren om ervoor te zorgen dat consumenten hun producten binnen een naadloze omnichannelomgeving kunnen kopen, en dat zij bijgevolg niet langer de online spelers willen uitsluiten.

78. De Europese Commissie lijkt het standpunt van de tegenstanders van het equivalentieprincipe genegen te zijn. In het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (para. 221) bevestigt zij uitdrukkelijk dat een leverancier met een selectief distributienetwerk de erkende distributeurs selectiecriteria voor online verkoop kan opleggen die niet identiek zijn aan de criteria die gelden voor de verkoop in fysieke winkels. Een leverancier zou in de toekomst in zijn distributieovereenkomst specifieke kwaliteitsnormen met betrekking tot online verkoop kunnen vaststellen zonder dat hij daarbij het risico loopt dat hij het voordeel van de groepsvrijstelling verliest door een gebrek aan equivalentie met de offline criteria. De voorwaarde blijft echter dat de selectiecriteria niet tot doel mogen hebben de verkoop via het internet te belemmeren. De koerswijziging met betrekking tot dubbele prijszetting en het equivalentieprincipe wordt in het algemeen positief onthaald. Het effectieve gebruik van online verkoop wordt nog steeds gewaarborgd, terwijl ondernemingen in de praktijk meer flexibiliteit krijgen.

79. Tot slot is het nuttig om aan te stippen dat de ontwerpen de *Coty*-rechtspraak van het Hof van Justitie behouden. Dit betekent dat aan distributeurs het recht mag worden ontzegd om de producten of diensten aan te bieden via platformen van derden (type Amazon).

2. Introductie van online tussenhandelsdiensten

80. De Europese Commissie introduceert in artikel 1 van de Ontwerp GVO (weliswaar op een behoorlijk complexe manier) de definitie van 'online tussenhandelsdiensten'. Het betreft "*diensten die ondernemingen de mogelijkheid geven om goederen of diensten aan te bieden aan andere ondernemingen*

²⁸ *Idem*, 202.

²⁹ *Idem*, 203.

of aan eindgebruikers, met het oog op het faciliteren van directe transacties tussen die ondernemingen of tussen ondernemingen en eindgebruikers, ongeacht of en waar die transacties uiteindelijk worden uitgevoerd, en die diensten van de informatiemaatschappij zijn in de zin van artikel 1, lid 1, punt b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad." Ondernemingen die deze diensten aanbieden worden in de zin van de Ontwerp GVO als leverancier aangemerkt, maar duidelijk niet als doorsnee leverancier, want doorheen de ontwerpen besteedt de Europese Commissie bijzondere aandacht aan dit type van ondernemingen.

81. Zo bepaalt artikel 2(7) van de Ontwerp GVO dat de uitzondering voor duale distributie van artikel 2(4) niet van toepassing is indien een aanbieder van online tussenhandelsdiensten die ook goederen of diensten verkoopt in concurrentie met ondernemingen waaraan hij online tussenhandelsdiensten levert, een niet-wederkerige verticale overeenkomst sluit met zo een concurrerende onderneming. Het nieuw toegevoegde artikel 2(7) vernauwt de toegang naar de veilige haven gevoelig. Waarschijnlijk had de Europese Commissie grote spelers als Amazon in gedachten toen zij dit artikel opstelde, maar in de praktijk zal het vooral voor kleine en middelgrote marktspelers verstrekende gevolgen hebben. Online verkopen zijn niet meer weg te denken uit de huidige maatschappij. Bijgevolg bieden leveranciers die een eigen webshop hebben vaak kleinere onafhankelijke afnemers de mogelijkheid om hun producten eveneens op die website te verkopen. Door dit toe te laten, bieden deze leveranciers volgens de definitie van de Ontwerp GVO ook online tussenhandelsdiensten aan, en zullen hun distributieovereenkomsten vanaf midden 2022 niet langer gedekt zijn door de groepsvrijstelling. We menen te hebben begrepen dat dit niet meteen de intentie was bij de redactie van de voorstellen.

82. Ook wat het gebruik van prijspariteitsclausules betreft, wordt de Europese Commissie strenger voor leveranciers van online tussenhandelsdiensten. De weergave hiervan vinden we terug in artikel 5 van de Ontwerp GVO, en wordt hieronder nader toegelicht.

V. Niet-concurrentiebedingen

83. Na de harde kernbeperkingen volgen in artikel 5 van Verordening 330/2010 de uitgesloten beperkingen. Het gaat om diverse types van niet-concurrentiebedingen, *i.e.* clausules in een distributieovereenkomst waarmee de distributeur in mindere of meerdere mate wordt verhinderd producten te vervaardigen of te verkopen die concurreren met de contractproducten. In tegenstelling tot de harde kernbeperkingen van artikel 4, heeft het niet-naleven van artikel 5 niet tot gevolg dat het voordeel van de groepsvrijstelling verloren gaat voor de volledige verticale overeenkomst. Partijen zullen slechts het voordeel van de groepsvrijstelling verliezen voor het niet-concurrentiebeding.



84. De Ontwerp GVO brengt slechts beperkte wijzigingen aan in de behandeling van niet-concurrentiebedingen. De definitie van een niet-concurrentiebeding blijft behouden. Het is nuttig eraan te herinneren dat twee soorten bedingen worden gevat door de definitie van een niet-concurrentiebeding. In de eerste plaats is er het absolute verbod voor een distributeur om concurrerende producten te vervaardigen, aan te kopen, te verkopen of door te verkopen. Daarnaast valt ook het beding dat de distributeur verplicht meer dan 80% van zijn totale aankopen op de relevante markt bij de leverancier of bij een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken onder de definitie. Verordening 330/2010 maakt vervolgens een onderscheid tussen niet-concurrentiebedingen tijdens de duur van de verticale overeenkomst en na afloop van de verticale overeenkomst, en niet-concurrentiebedingen in de context van een selectief distributiesysteem.

85. Met uitzondering van de scenario's waar de contractgoederen of -diensten worden verkocht in ruimten en op terreinen die eigendom zijn van de leverancier of die door de leverancier worden gehuurd van een derde die niet met de distributeur is verbonden, moet volgens Verordening 330/2010 een niet-concurrentiebeding tijdens de looptijd van de verticale overeenkomst beperkt zijn tot een bepaalde duur van vijf jaar. Met andere woorden, de groepsvrijstelling is niet van toepassing indien de niet-concurrentieverplichting: (i) van onbepaalde duur is (zelfs al voorziet de distributieovereenkomst in een mogelijkheid tot beëindiging), (ii) geldt voor een bepaalde duur die langer is dan vijf jaar; of (iii) geldt voor een bepaalde duur van vijf jaar of minder, maar stilzwijgend wordt verlengd tenzij de partijen de distributieovereenkomst of het niet-concurrentiebeding beëindigen. Volgens de Europese Commissie moet een distributeur elke vijf jaar de mogelijkheid krijgen om opnieuw in te stemmen met een niet-concurrentieverplichting, dan wel met een nieuwe (al dan niet bijkomende) leverancier in zee te gaan. De evaluatie van Verordening 330/2010 heeft echter aangetoond dat door de ruime reikwijdte van artikel 5 veel niet-concurrentiebedingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 VwEU worden uitgesloten van de groepsvrijstelling. Bovendien zou deze ruime reikwijdte een overbodige administratieve last en bijkomende transactiekosten voor ondernemingen tot gevolg hebben, aangezien zij verplicht zijn om op regelmatige basis hun overeenkomsten te heronderhandelen terwijl beide zijden bereid zijn de commerciële relatie na vijf jaar voort te zetten.³⁰

86. In de Ontwerp GVO blijft de looptijd van vijf jaar de norm, maar de ontwerpen bevatten een versoepeling met betrekking tot de stilzwijgende verlenging van een niet-concurrentiebeding. Het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren (zie para. 234) bepaalt dat niet-concurrentiebedingen die na een bepaalde duur van vijf jaar stilzwijgend kunnen worden verlengd, onder de groepsvrijstelling vallen mits de distributeur daadwerkelijk opnieuw over de verticale overeenkomst met het niet-concurrentiebeding kan onderhandelen of deze kan

beëindigen met een redelijke opzegtermijn en tegen een redelijke kost. Ter illustratie verwijst de Europese Commissie naar een scenario waar de leverancier een lening heeft verstrekt. De terugbetaling van de lening mag voor de distributeur geen zodanig onredelijke kost met zich meebrengen dat het een betelstel zou vormen om na vijf jaar het niet-concurrentiebeding te beëindigen.

87. Het onderscheid dat de Europese Commissie maakt tussen niet-concurrentiebedingen van onbeperkte duur enerzijds en niet-concurrentiebedingen met een vaste looptijd van vijf jaar die stilzwijgend verlengbaar zijn anderzijds, lijkt ons artificieel. De eerste categorie komt nog steeds niet in aanmerking voor de groepsvrijstelling. De tweede categorie wel, op voorwaarde dat de distributieovereenkomst daadwerkelijk kan worden heronderhandeld of beëindigd. Het is ons echter niet duidelijk wat in de praktijk het verschil is tussen de tweede categorie en een distributieovereenkomst van onbepaalde duur die kan worden beëindigd met een redelijke opzegperiode en tegen een redelijke kost. Gezien het belang van deze versoepeling voor de praktijk, is het verder aangewezen dat deze mogelijkheid wordt verankerd in de nieuwe Verordening en niet beperkt blijft tot een vermelding in de toekomstige Verticale Richtsnoeren.

88. De Ontwerp GVO voegt aan artikel 5 met de uitgesloten beperkingen een vierde type toe. Het nieuwe artikel 5(1)(d) verbiedt “*elke directe of indirecte verplichting waardoor een afnemer van onlinetussenhandeldiensten via concurrerende onlinetussenhandeldiensten aan eindgebruikers geen goederen of diensten tegen gunstigere voorwaarden kan aanbieden, verkopen of doorverkopen*”. Deze bepaling kadert onmiskenbaar binnen de ‘*price parity*’-discussie waartoe de hotelkamerverkopen via het internet (type booking.com) aanleiding hebben gegeven. Het is gekend dat de Europese Commissie en bepaalde nationale mededingingsautoriteiten hierover grondig van mening verschillen. De oplossing die in de ontwerpen naar voren wordt geschoven is dat een enge prijspariteitsclausule (waardoor de aanbieder op zijn eigen website geen betere prijs mag aanbieden dan op het platform) van de groepsvrijstelling kan genieten. Dit geldt evenwel niet voor een brede prijspariteitsclausule, die de aanbieder het recht ontzegt om een betere prijs aan te bieden op een concurrerend platform.

VI. Intrekking van de groepsvrijstelling

89. Zowel de Europese Commissie als een nationale mededingingsautoriteit kunnen een groepsvrijstelling intrekken wanneer zij van oordeel zijn dat in een bepaald geval de gevolgen van een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3 VwEU (zie art. 29 Verordening 1/2003³¹). Hoewel er van de

³⁰ *Idem*, 185-187.

³¹ Verordening (EU) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.L.* 4 januari 2003, afl. 1, 1.



mogelijkheid tot intrekking nagenoeg geen gebruik werd gemaakt onder de vorige regimes, stellen we vast dat de ontwerpen hiermee geregeld dreigen.

90. In het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren wordt de mogelijkheid tot intrekking reeds geïntroduceerd in het hoofdstuk dat het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling (en letterlijk de “*door de VBER gecreëerde ‘veilige zone’*”) beschrijft (zie para 46³²). Dit is nieuw. Hetzelfde hoofdstuk in de Verticale Richtsnoeren (zie para. 24-26) bevat geen verwijzing naar de intrekkingprocedure. Bovendien wordt er nog steeds doorheen het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren voor specifieke gevallen naar de intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling verwezen, soms voorzichtig: “*kan een reden zijn om het voordeel van de VBER in te trekken*” (zie para. 111), dan weer overtuigender: “*is het waarschijnlijk dat de groepsvrijstelling zal moeten worden ingetrokken*” (zie para. 148). De Europese Commissie heeft zelfs besloten ook voor nieuwe gevallen een verwijzing naar de mogelijkheid tot intrekking uitdrukkelijk in te lassen (zie para. 107, 205 en 248).

91. Deze frequente en zeer algemene verwijzingen naar het intrekken van het voordeel van de groepsvrijstelling zijn storend en ondermijnen het vertrouwen dat ondernemingen in de groepsvrijstelling moeten kunnen hebben. Ze stroken evenmin met de praktijk van het voorbije decennium, waarin de Europese Commissie geen enkele maal van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt.

VII. Conclusie

92. De nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening en Verticale Richtsnoeren zullen minstens het komende decen-

nium het *go-to*-instrument zijn voor ondernemingen die leverings- en distributieovereenkomsten willen sluiten en die willen nagaan of deze toelaatbaar zijn onder het Europees mededingingsrecht. De nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening blijft immers een *tick the box*-oefening waarmee ondernemingen zich een toegangsticket tot een veilige haven kunnen verschaffen. Een zelfbeoordeling vormt hiervoor geen aantrekkelijk (want te onzeker) alternatief. Het belang van deze toekomstige instrumenten kan dan ook niet voldoende in de verf worden gezet.

93. De ontwerpen geven een eerste belangrijke indicatie van de richting die het DG Concurrentie wil uitgaan. De teksten roepen echter nog tal van interpretatievragen op en zijn ook technisch voor behoorlijk wat verbetering vatbaar. Vanuit meerdere hoeken is er bij het DG Concurrentie op aangedrongen dat de Verticale Richtsnoeren ten volle worden aangewend om toelichting te verschaffen bij de groepsvrijstelling. Dat is in het Ontwerp van Verticale Richtsnoeren nog steeds niet het geval. Nieuwigheden zitten vaak nog verstopt in halve zinnen of worden zelfs niet (uitdrukkelijk) behandeld.

94. Wat de algemene richting betreft, liggen de ontwerpen in de lijn van het bestaande regime. Dit is zeer logisch. Het bestaande regime is in het algemeen positief onthaald en het zou dan ook merkwaardig zijn dat een succesvol pad verlaten zou worden.

95. Het is nu wachten op de volgende, aangepaste ontwerpen. De ervaring leert dat deze zeer dicht de finale uitkomst zullen benaderen. Op basis van die ontwerpen zullen de ondernemingen en hun adviseurs de planning voor het komende decennium kunnen opstarten.

³² Voetnoot 13 bij par. 20 (over ‘Negatieve effecten’) vermeldt zelfs reeds: “*Cumulatieve effecten kunnen met name een reden zijn om een verticale groepsvrijstelling in te trekken, zie afdeling 7.1 van deze richtsnoeren.*”

