Mr. drs. M.W.J. Jongmans en mr. D.T.A. Noordeloos***

Verticale overeenkomsten en het mededingingsrecht, via zes boeien op weg naar de veilige haven van de Groepsvrijstelling

1. INLEIDING

Bijna twee jaar na inwerkingtreding van de nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten[1] (Groepsvrijstelling) zal bij veel juristen die in hun praktijk niet dagelijks met het mededingingsrecht te maken hebben de kennis over deze Groepsvrijstelling en de toepassing ervan mogelijk zijn weggezakt. Een mooi moment dus om het geheugen op te frissen en tegelijkertijd de balans op te maken. Dat doen wij in dit artikel door een 'aanbevolen vaarroute' uit te stippelen voor de praktijkjurist die zich geconfronteerd ziet met de vraag of een verticale overeenkomst, zoals een distributieovereenkomst, verenigbaar is met het mededingingsrecht.

2. DOELSTELLING EN BRONNEN MEDEDINGINGSRECHT

2.1. Doelstelling

Het mededingingsrecht beoogt concurrerende verhoudingen tot stand te brengen en in stand te houden teneinde economische efficiëntie en technologische en economische vooruitgang te stimuleren. Het mededingingsrecht is gegrondvest op de economische theorie dat in een optimaal functionerende markt consumenten de hoogste kwaliteit producten en diensten krijgen voor de laagste prijs.[2]

2.2. Bronnen

Het (Europese) mededingingsrecht bestaat primair uit verbodsbepalingen gericht op mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen en op het tegengaan van misbruik van economische machtsposities. De Europese mededingingsregels zijn neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en zijn nader uitgewerkt en toegelicht in verschillende verordeningen en interpretatierichtsnoeren. De Nederlandse regels komen grotendeels overeen met de Europese regels en zijn vastgelegd in de Nederlandse Mededingingswet (Mw). De Europese Commissie handhaaft met behulp van de nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechters de Europese regels.[3] De Nederlandse regels worden uitsluitend gehandhaafd door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en Nederlandse rechters.

3. REIKWIJDTE KARTELVERBOD

In dit artikel staat het kartelverbod centraal. Het kartelverbod ziet op afspraken tussen ondernemingen. Artikel 101 lid 1 VWEU verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel of tot gevolg hebben dat de mededinging (merkbaar) wordt beperkt en die de handel tussen de lidstaten van Europese Unie kunnen beïnvloeden. Dergelijke afspraken zijn op grond van het tweede lid nietig. Conversie in een wel toelaatbare bepaling is niet mogelijk.[4] Een uitzondering op het kartelverbod geldt krachtens artikel 101 lid 3 VWEU voor afspraken die, kort gezegd, per saldo economische voordelen genereren. Het nationale kartelverbod van artikel 6 Mw is materieel gelijkluidend en dient ook op overeenkomstige wijze te worden uitgelegd, behalve dat in artikel 6 Mw beïnvloeding van handel tussen de lidstaten als criterium ontbreekt.

Zowel verticale als horizontale overeenkomsten vallen onder het bereik van het kartelverbod. Verticale overeenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn in een verschillend stadium van de productie- en distributieketen, bijvoorbeeld een overeenkomst tussen een producent en een distributeur. Horizontale afspraken zijn afspraken tussen (potentiële) concurrenten.

3.1. Gevolgen overtreding

Op overtreding van het kartelverbod staan hoge boetes, die kunnen oplopen tot 10% van de omzet van de bij de verboden afspraak betrokken ondernemingen. Naast

* **Mr. drs. M.W.J. Jongmans** is advocaat bij Banning N.V.
** **Mr. D.T.A. Noordeloos** is advocaat bij Banning N.V.
Deze bijdrage is afgerond op 6 april 2012.

1. Verordening (EG) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
2. Goede marktwerking leidt tot productie-efficiëntie (productie tegen zo laag mogelijke kosten), allocatieve efficiëntie (beschikbare productiemiddelen worden daar ingezet waar ze het meest aan de maatschappelijke welvaart bijdragen) en dynamische efficiëntie (prikkel om te zoeken naar nieuwe producten en productiemethoden).
3. Het VWEU en ook de verordeningen werken op grond van artikel 12 en 13 Mw rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde.
4. HR 18 december 2009, *LJN* BJ9439 (*Prisma*).

boetes aan ondernemingen kunnen mededingingsautoriteiten in een groeiend aantal landen, waaronder Nederland, ook persoonlijke boetes opleggen.
De NMa en de Europese Commissie zijn niet bevoegd om de nietigheid van een overeenkomst uit te spreken, maar kunnen slechts constateren dat deze in strijd is met het kartelverbod.[5] Anders gezegd, de civielrechtelijke gevolgen van een overtreding van het kartelverbod staan ter beoordeling van de civiele rechter. Doordat steeds meer ondernemingen en hun advocaten zich bewust zijn van het mededingingsrecht, wordt in civiele procedures met regelmaat het standpunt ingenomen dat bepaalde afspraken vanwege strijd met het kartelverbod niet afdwingbaar zijn.[6] Een distributeur die bijvoorbeeld een overeenkomst heeft getekend waarin een te ruim geformuleerd non-concurrentiebeding is opgenomen, kan naar de civiele rechter stappen om de nietigheid van dit beding te laten uitspreken. Indien de rechter van oordeel is dat het non-concurrentiebeding inderdaad strijdig is met het kartelverbod en daardoor nietig is, is de distributeur niet gebonden aan het non-concurrentiebeding. De bewijslast voor de nietigheid rust op de partij die zich op de sanctie van artikel 6 lid 2 Mw en/of artikel 101 lid 2 VWEU beroept. Op de civiele rechter rust niet de plicht de nietigheid van artikel 6 lid 2 Mw ambtshalve vast te stellen.[7] De nietigheid van artikel 101 lid 2 VWEU is wel van openbare orde in de zin van artikel 3:40 lid 1 BW.[8]

3.2. Vrijstellingen en uitzonderingen

Op het kartelverbod bestaan een aantal uitzonderingen en vrijstellingen. Het kartelverbod geldt in de eerste plaats niet voor overeenkomsten die bezien vanuit het mededingingsbeleid vanwege hun omvang of aard van ondergeschikte betekenis zijn en/of de mededinging niet merkbaar beïnvloeden. Voor dit soort afspraken is in de Mededingingswet een bagatelvoorziening (artikel 7 Mw) opgenomen en heeft de Europese Commissie de zogenaamde *De minimis*-bekendmaking[9] gepubliceerd. In de volgende paragraaf komen wij hier uitgebreider op terug.

Het kartelverbod geldt voorts niet voor overeenkomsten die voldoen aan de vereisten van artikel 6 lid 3 Mw en/of artikel 101 lid 3 VWEU. Voor een beroep op deze wettelijke uitzondering moet de overeenkomst voldoen aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden:

i. de afspraak moet bijdragen tot verbetering van de productie of distributie, dan wel tot bevordering van technische of economische vooruitgang;
ii. een billijk aandeel van de voordelen die uit de afspraak voortvloeien moet ten goede komen aan de afnemers;
iii. de afspraak moet noodzakelijk zijn, hetzelfde doel moet niet met minder restrictieve middelen kunnen worden bereikt;
iv. de afspraak mag de concurrentie niet voor een wezenlijk deel uitschakelen, er moet voldoende restconcurrentie overblijven.

In de praktijk blijkt het lastig te zijn om aan te tonen dat aan alle vier de voorwaarden voor een individuele vrijstelling ex artikel 6 lid 3 Mw en/of artikel 101 lid 3 VWEU is voldaan. Een beroep op de wettelijke uitzondering vergt een juridische en economische analyse, waarvoor niet bij alle procedures tijd en/of budget beschikbaar is.

De Europese wetgever heeft dit probleem onderkend en daarom een aantal zogenaamde groepsvrijstellingen uitgevaardigd. Dit zijn verordeningen die het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU buiten toepassing verklaren voor nauwkeurig omschreven categorieën overeenkomsten. Van deze overeenkomsten mag worden aangenomen dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU.[10] Ter waarborging van het uitgangspunt dat de Nederlandse mededingingsregels niet strenger en niet soepeler dienen te zijn dan de EU-mededingingsregels[11] zijn de Europese groepsvrijstellingen overgenomen in de Mw. Een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging die voldoet aan de materiële voorwaarden van een EU-groepsvrijstelling is op grond van artikel 12 of 13 Mw ook vrijgesteld van het Nederlandse kartelverbod.

Zoals aangegeven in de inleiding is op 1 juni 2010 een nieuwe Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten in werking getreden.[12] Een overeenkomst is op grond van deze Groepsvrijstelling vrijgesteld van het kartelverbod indien (i) het marktaandeel van de betrokken ondernemingen op de relevante markt niet meer dan 30% bedraagt en (ii) er geen zogenaamde hardcore beperkingen zijn opgenomen. In de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (Richtsnoeren)[13] geeft de Europese Commissie een toelichting op de Groepsvrijstelling en een beschrijving van de door haar gehanteerde aanpak van verticale overeenkomsten die niet door de Groepsvrijstelling zijn gedekt. Deze laatste aanpak is complex waardoor het niet altijd duidelijk is of een afspraak mededingingsrechtelijk

5. Besluit d-g NMa 15 januari 2001, zaaknr. 407 (*Texincare en Tevic-Amicom Zorgverzekeraar*).
6. Zie bijv. Rb. Amsterdam 3 december 2009, *LJN* BK6496 (*KIA Motors*).
7. HR 16 januari 2009, *LJN* BG3582 (*Gemeente Heerlen/Whizz*).
8. HvJ EG 1 juni 1999, nr. C-126/97 (*Eco Swiss/Benetton*) en HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-8/08 (*T-Mobile*).
9. Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag (*PbEG* 2001, C 368/13/8).
10. N.B. Overeenkomsten die niet voldoen aan de voorwaarden van een EU-groepsvrijstelling zijn niet zonder meer verboden. Daarvan moet steeds worden vastgesteld of de betreffende mededingingsafspraak valt onder het kartelverbod en, zo ja, of zij voldoet aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU en/of artikel 6 lid 3 Mw.
11. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 (MvT). Zie ook: HR 14 oktober 2005, *LJN* AT5542.
12. Tot 31 mei 2010 was Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 van toepassing. Overeenkomsten die reeds voor 31 mei 2010 van kracht waren vielen tot 31 mei 2011 nog onder de oude groepsvrijstelling. Sinds 31 mei 2011 dienen echter ook deze overeenkomsten te zijn aangepast aan de nieuwe groepsvrijstelling.
13. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01), 19 mei 2010.

wel of niet is toegestaan. Voor afspraken die onder de Groepsvrijstelling vallen, geldt deze onzekerheid niet. De Groepsvrijstelling biedt daarmee een veilige haven voor ondernemingen. Voor de beoordeling of een onderneming in een concreet geval met een gerust hart voor anker kan gaan in deze haven is het van belang dat steeds dezelfde vaarroute wordt gevolgd. In de volgende paragraaf stippelen wij deze vaarroute boei voor boei uit.

4. AANBEVOLEN VAARROUTE

De aanbevolen vaarroute voor het opstellen en beoordelen van verticale overeenkomsten leidt langs een zestal boeien waarbij steeds een of meerdere vragen moet(en) worden beantwoord, alvorens verder te varen. De te beantwoorden vragen luiden als volgt:

1. Is sprake van een verticale overeenkomst, tussen twee of meer ondernemingen die betrekking heeft op de koop, verkoop of doorverkoop van goederen en/of diensten?
2. Is sprake van een (merkbare) mededingingsbeperking?
3. Ziet de overeenkomst op intellectueeleigendomsrechten of is deze gesloten tussen (potentieel) concurrerende ondernemingen?
4. Bedraagt het marktaandeel van zowel de leverancier als de distributeur niet meer dan 30%?
5. Bevat de overeenkomst hardekernbepalingen?
6. Indien er een non-concurrentiebeding is opgenomen, voldoet deze aan de voorwaarden van de Groepsvrijstelling?

De zes vragen worden hierna een voor een toegelicht.

Boei 1: Is sprake van een verticale overeenkomst, tussen twee of meer ondernemingen die betrekking heeft op de koop, verkoop of doorverkoop van goederen en/of diensten?

Om vast te stellen of de Groepsvrijstelling toepassing vindt, dient allereerst te worden vastgesteld of de te beoordelen overeenkomst onder de reikwijdte van de Groepsvrijstelling valt. Indien sprake is van een schriftelijke overeenkomst tussen een leverancier en een distributeur betreffende de wederverkoop van producten kan de eerste vraag zonder al te veel hoofdbrekens bevestigend worden beantwoord. Er zijn echter ook gevallen waarbij het antwoord minder evident is, vandaar dat we hierna kort stilstaan bij de begrippen 'onderneming', 'overeenkomst' en 'verticaal karakter', die bij de beantwoording van vraag 1 een prominente rol spelen.

Ondernemingen

Het mededingingsrecht (en dus ook de Groepsvrijstelling) is enkel van toepassing op ondernemingen. Daarom is bij elke mededingingsrechtelijke analyse de eerste voorvraag of de te onderzoeken activiteit een economisch karakter heeft en mitsdien door een onderneming wordt verricht. Onder onderneming wordt in het mededingingsrecht verstaan 'elke eenheid (…) die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.'[14] Dat voert naar de vraag wat onder een 'economische activiteit' wordt verstaan. Het belangrijkste criterium voor de beoordeling of een activiteit een economisch karakter heeft, is of de activiteit, die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt, in concurrentie wordt of kan worden uitgeoefend. Niet de entiteit, maar de activiteit is derhalve doorslaggevend. De beste illustratie daarvan is dat ook overheden aan de mededingingsregels zijn gebonden, indien zij zelf als 'onderneming' optreden door economische activiteiten te verrichten. Het begrip onderneming in het mededingingsrecht is daarmee ruimer dan hetgeen daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan.

Overeenkomst

De tweede voorvraag die moet worden beantwoord is of sprake is van een overeenkomst tussen ten minste twee ondernemingen.[15] Volgens de Richtsnoeren is sprake van een overeenkomst in de zin van het kartelverbod 'wanneer de partijen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen tot'.[16] Iedere afspraak tussen ondernemingen, ongeacht de vorm, kan in beginsel onder het kartelverbod vallen. De afspraak hoeft niet op papier te staan en kan informeel of stilzwijgend zijn (gentlemen's agreement). Wel moet sprake zijn van een afspraak tussen ten minste twee onafhankelijke ondernemingen. Overeenkomsten gesloten binnen een groep van ondernemingen (intraconcern) vallen in beginsel geheel buiten het kartelverbod en hoeven derhalve niet aan de Groepsvrijstelling te worden getoetst.[17]

Ook puur eenzijdige gedragingen (unilaterale gedragingen) vallen buiten de reikwijdte van het kartelverbod. Dan ontbreekt immers de voor een overeenkomst vereiste wilsovereenstemming. Een lastig te beoordelen categorie zijn schijnbaar eenzijdige gedragingen. Dit zijn gedragingen die op het eerste oog eenzijdig lijken te zijn, maar waar bij nadere bestudering moet worden geconcludeerd dat de andere partij instemming heeft verleend en er dus wel degelijk sprake is van wilsovereenstemming. Volgens de Richtsnoeren kan instemming met schijnbaar eenzijdig beleid voor verticale overeenkomsten op twee manieren worden vastgesteld. Ten eerste kan de instemming worden afgeleid uit de bevoegdheden die aan de partijen

14. Zie bijv. HvJ EG 11 juli 2006, nr. C-205/03 (*FENIN/Commissie*), r.o. 25.
15. Overeenkomsten met eindgebruikers zijn uitgesloten van de toepassing van de Groepsvrijstelling, zie Richtsnoeren, randnr. 25b.
16. Richtsnoeren, randnr. 25a.
17. Of er sprake is van een intra-concernovereenkomst dient te worden beantwoord aan de hand van de doctrine van de economische eenheid. Er moet worden gekeken of er sprake is van zeggenschap. In de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, wordt het begrip zeggenschap nader toegelicht. Er is in ieder geval sprake van een intra-concernovereenkomst indien deze wordt gesloten tussen een moedervennootschap en haar 100%-dochter of tussen twee dochtervennootschappen waarin de aandelen voor 100% door dezelfde moeder worden gehouden.

worden toegekend in een eerder gesloten algemene overeenkomst. Als in zo'n overeenkomst is opgenomen dat een partij later een specifiek eenzijdig beleid zal of mag voeren dat bindend is voor de andere partij, kan op grond daarvan worden vastgesteld dat sprake is van instemming door de andere partij.[18]

Daarnaast kan sprake zijn van stilzwijgende instemming. Daarvoor moet worden aangetoond dat de ene partij expliciet of impliciet van de andere partij verlangt dat zij medewerking aan de uitvoering van haar eenzijdige beleid verleent en vervolgens dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdige beleid daadwerkelijk uit te voeren. In de Richtsnoeren wordt als voorbeeld gegeven de situatie waarin distributeurs, nadat een leverancier een eenzijdige verminderde levering heeft aangekondigd om parallelhandel te voorkomen, onmiddellijk hun orders verminderen en geen parallelhandel meer drijven. Onder dergelijke omstandigheden is volgens de Commissie sprake van stilzwijgend instemmen met het eenzijdige beleid van de leverancier.[19]

Verticaal karakter
Na te hebben vastgesteld dat sprake is van een overeenkomst tussen ten minste twee ondernemingen, dient voor de vraag of de Groepsvrijstelling toepassing vindt vervolgens te worden nagegaan of de overeenkomst een verticaal karakter heeft. Hiervan is sprake indien elk van de ondernemingen werkzaam is in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen.[20] Bijvoorbeeld een overeenkomst tussen een leverancier en een detailhandelaar of tussen een producent en een groothandelaar. Daarnaast moet het gaan om de koop, verkoop of doorverkoop van goederen en/of diensten. Het kan daarbij zowel gaan om intermediaire producten als eindproducten.

Boei 2: Is sprake van een (merkbare) mededingingsbeperking?

De Groepsvrijstelling is enkel relevant indien sprake is van een (merkbare) mededingingsbeperking. Is dat niet het geval, dan valt de afspraak buiten de reikwijdte van het kartelverbod en hoeft men zich van de aanbevolen vaarroute verder niets meer aan te trekken.

Bagatel
Voor afspraken zonder grensoverschrijdend effect is de bagatelbepaling van artikel 7 Mw van belang. Voor afspraken die onder dit artikel vallen geldt het verbod van artikel 6 lid 1 Mw niet. Er zijn twee mogelijkheden:

- artikel 7 lid 1 Mw: bij de overeenkomst zijn niet meer dan acht ondernemingen betrokken, en de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorgaande kalenderjaar was niet hoger dan € 5,5 miljoen, indien de activiteiten hoofdzakelijk de levering van goederen betroffen (in alle andere gevallen mag de omzet niet hoger zijn dan € 1,1 miljoen);
- artikel 7 lid 2 Mw: het betreft een overeenkomst tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten en het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen is op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter dan 10%; en de overeenkomst kan de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden.

De bagatelmogelijkheid van het tweede lid geldt blijkens de wettekst enkel voor overeenkomsten tussen potentiële of daadwerkelijke concurrenten. De consequentie daarvan is dat voor verticale overeenkomsten enkel de bagatelmogelijkheid van het eerste lid open staat.

Voor de vraag of een beroep kan worden gedaan op de bagatelvoorziening is voorts van belang dat indien afzonderlijke overeenkomsten dezelfde strekking hebben, deze overeenkomsten dienen te worden gezien als één overeenkomst. Dit volgt uit artikel 7 lid 3 Mw. Deze situatie kan onder meer spelen bij franchiseovereenkomsten. Een franchisegever sluit typisch franchiseovereenkomsten met meerdere franchisenemers. Voor de beoordeling of een beroep kan worden gedaan op de bagatelbepaling dienen al de franchiseovereenkomsten gezamenlijk als één overeenkomst te worden beschouwd. Indien derhalve bijvoorbeeld een franchisegever met acht franchisenemers franchiseovereenkomsten sluit, kan de franchiseorganisatie niet profiteren van de Nederlandse bagatelbepaling.

De minimis
Naast een Nederlandse bagatelbepaling is er de Europese *De minimis*-bekendmaking. De Europese *De minimis*-bekendmaking[21] bepaalt dat overeenkomsten van 'geringe betekenis' in beginsel buiten Het Europese kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU vallen. Voor verticale overeenkomsten is daarvan sprak indien het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken partijen op de relevante markt minder dan 15% bedraagt en de overeenkomst geen hardcore beperkingen bevat.[22]

Uit de hiervoor beschreven criteria voor de Nederlandse bagatelbepaling en de Europese *De minimis*-bekendmaking volgt dat er met name één in het oog springend verschil is tussen beide bepalingen. Op grond van de Europese regelgeving kunnen overeenkomsten die zogenaamde hardcore beperkingen bevatten nimmer profiteren van een vrijstelling, terwijl de Nederlandse bagatelbepaling

18. Richtsnoeren, randnr. 25a, met verwijzing naar HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-74/04 P (*Commissie/Volkswagen*).
19. Ibidem met verwijzing naar GvEA EG 26 oktober 2000, nr. T-41/96 (*Bayer AG/Commissie*).
20. Richtsnoeren, randnr. 25c.
21. Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), 22 december 2001.
22. Deze zijn weergegeven in randnr. 11 sub 2 van de *De minimis*-bekendmaking. In vraag 4 van de vaarroute wordt bij de verschillende hardcore beperkingen nader stilgestaan.

ook geldt voor overeenkomsten met dit soort hardcore beperkingen.[23]

Indien niet aan de vereisten is voldaan van de Nederlandse bagatelbepaling of de Europese *De minimis*-bekendmaking kan een overeenkomst nog steeds buiten het kartelverbod vallen. Daarvoor moet dan worden aangetoond dat de overeengekomen restrictie de mededinging niet merkbaar beperkt.[24] Hiervan is sprake indien de restrictie geen effect heeft op de mededinging in het betreffende gebied. De Hoge Raad heeft dit recentelijk als volgt omschreven: 'Een concurrentiebeperking moet merkbaar zijn om binnen het toepassingsbereik van art. 6 lid 1 Mw te vallen. Indien dat vanwege de zwakke positie van de betrokken partijen op de betrokken relevante markt niet het geval is, valt de gedraging niet onder art. 6 lid 1 Mw.'[25] In het kader van de discussie over de merkbaarheid moet een onderscheid worden gemaakt tussen een mededingingsbeperking die het doel heeft de mededinging te beperken en een beperking die dit als gevolg heeft. Van de eerste groep beperkingen wordt aangenomen dat ze onder het kartelverbod vallen. Van de tweede groep moet dit worden aangetoond door de partij die zich op het standpunt stelt dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. Het aantonen van een merkbare mededingingsbeperking vergt een juridische en economische analyse.[26] Een bodemprocedure leent zich doorgaans beter voor zo'n analyse dan een kort geding.[27]

Boei 3: Ziet de overeenkomst op intellectueeleigendomsrechten of is deze gesloten tussen (potentieel) concurrerende ondernemingen?

Indien de overeenkomst niet kan profiteren van een van de hierboven beschreven uitzonderingen dient vervolgens te worden onderzocht of de overeenkomst binnen de reikwijdte van de Groepsvrijstelling valt.

Intellectueeleigendomsrechten

Ongeacht het marktaandeel van de bij de overeenkomst betrokken partijen geldt de Groepsvrijstelling niet voor overeenkomsten waarbij intellectueeleigendomsrechten het hoofdonderdeel van de overeenkomst vormen.[28] Om onder de Groepsvrijstelling te vallen dient de overeenkomst in hoofdzaak betrekking te hebben op de koop, verkoop of wederverkoop van goederen en/of diensten. Dit wil niet zeggen dat overeenkomsten die bepalingen bevatten ten aanzien van de overdracht of het gebruik van intellectueeleigendomsrechten nimmer onder de Groepsvrijstelling kunnen vallen. Indien de bepalingen betreffende intellectueeleigendomsrechten rechtstreeks verband houden met het gebruik, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer aan zijn klanten kan de Groepsvrijstelling toepassing vinden. In de Richtsnoeren somt de Commissie vijf voorwaarden op waaraan een overeenkomst met bepalingen ten aanzien van intellectueeleigendomsrechten dient te voldoen om te kunnen profiteren van de Groepsvrijstelling.[29]

Overeenkomsten tussen concurrenten

Ook voor verticale overeenkomsten tussen concurrenten[30] geldt dat ze, ongeacht het marktaandeel, in beginsel zijn uitgesloten van de werking van de Groepsvrijstelling.[31] Verticale overeenkomsten tussen concurrenten dienen te worden beoordeeld aan de hand van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten,[32] waarbij overigens wel geldt dat de verticale aspecten overeenkomstig de Richtsnoeren moeten worden beoordeeld.[33] Op deze algemene uitsluiting van verticale overeenkomsten tussen concurrenten zijn in de Groepsvrijstelling twee uitzonderingen opgenomen:

i. de leverancier is een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur en niet tevens een concurrerende onderneming op productieniveau is; of
ii. de leverancier is op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt.

Beide uitzonderingen, waarop de Groepsvrijstelling dus wel van toepassing is, hebben betrekking op niet-wederkerige overeenkomsten, ook wel aangeduid als duale distributie.

23. Gezien dit verschil is het opmerkelijk dat het tweede lid van artikel 7 Mw alleen ziet op horizontale overeenkomsten. De achterliggende gedachte is kennelijk dat op verticale overeenkomsten met een marktaandeel tot 30% de Groepsvrijstelling van toepassing is en deze overeenkomsten op grond daarvan reeds zijn vrijgesteld. Een belangrijk verschil – dat de wetgever over het hoofd heeft gezien – is dat onder de Groepsvrijstelling hardcore beperkingen niet zijn uitgezonderd en onder artikel 7 lid 2 Mw wel. In strijd met het gangbare uitgangspunt dat verticale overeenkomsten in het algemeen minder schadelijk zijn dan horizontale overeenkomsten, gelden in Nederland voor verticale overeenkomsten die de handel tussen de lidstaten niet merkbaar beïnvloeden strengere regels dan voor horizontale overeenkomsten.
24. HR 18 december 2009, *LJN* BJ9439 (*Prisma*).
25. HR 16 september 2011, *LJN* BQ2213 (*Batavus*).
26. HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118.
27. Dat dit geen wet van Meden en Perzen is volgt uit Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 29 juli 2011, *LJN* BR3488.
28. Artikel 2 lid 3 Groepsvrijstelling.
29. Richtsnoeren, randnr. 31-38.
30. Onder het begrip concurrenten vallen zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten, vgl. Richtsnoeren, randnr. 27.
31. Artikel 2 lid 4 Groepsvrijstelling. Onder de oude groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten gold een soepeler beleid ten aanzien van overeenkomsten tussen concurrenten. Onder het oude regime waren overeenkomsten met een concurrerende distributeur met een jaaromzet van maximaal € 100 miljoen vrijgesteld onder de verticale groepsvrijstelling.
32. Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, 14 januari 2011 (2011/C 11/01).
33. Richtsnoeren, randnr. 27.

Boei 4: Bedraagt het marktaandeel van zowel de leverancier als de distributeur niet meer dan 30%?

Indien boei 3 een ontkennend antwoord oplevert, dient vervolgens bij boei 4 te worden beoordeeld of de in de Groepsvrijstelling opgenomen marktaandeellimiet wordt overschreden. Om in aanmerking te komen voor een vrijstelling onder de Groepsvrijstelling mag het marktaandeel van zowel de leverancier als de distributeur op de relevante markt niet hoger zijn dan 30%.[34] Het gaat hierbij voor de leverancier om de markt waarop de producten of diensten worden verkocht en voor de distributeur om de markt waarop de producten of diensten van de leverancier worden ingekocht. Om te bepalen wat het marktaandeel van de onderneming is dient eerst de relevante markt te worden afgebakend. De relevante markt bestaat uit een productmarkt en een geografische markt. De Commissie heeft een bekendmaking opgesteld waar in detail uiteen is gezet hoe de relevante markt dient te worden afgebakend.[35] Een goed aanknopingspunt voor marktafbakeningsvraagstukken vormt verder de beschikkingspraktijk van de NMa en de Commissie.

Boei 5: Bevat de overeenkomst hardcore beperkingen?

Indien de marktaandeellimiet niet wordt overschreden, dient vervolgens te worden onderzocht of de te beoordelen overeenkomst verboden bepalingen bevat. Artikel 4 van de Groepsvrijstelling bevat een lijst met verboden hardcore beperkingen en artikel 5 een lijst met uitgesloten bepalingen. De uitgesloten bepalingen van artikel 5 zien op non-concurrentiebedingen. Hierna komen eerst de hardcore beperkingen aan bod. Bij boei 6 zal vervolgens nader worden ingegaan op de uitgesloten bepalingen van artikel 5 van de Groepsvrijstelling.

De hardcore beperkingen zijn, als gezegd, opgesomd in artikel 4 van de Groepsvrijstelling. Indien een overeenkomst een dergelijke beperking bevat, kan de hele overeenkomst niet profiteren van de veilige haven van de Groepsvrijstelling.[36] De hardcore beperkingen hebben betrekking op verticale prijsbinding, marktverdeling, selectieve distributie en de levering van vervangingsonderdelen. Hierna laten wij de verschillende hardcore beperkingen en de uitzonderingen erop de revue passeren. In dat verband staan wij tevens stil bij verkopen via internet.

Verticale prijsbinding
Verticale prijsbinding (het direct of indirect opleggen van een vaste prijs of een minimumprijs) is uitgesloten van de toepassing van de Groepsvrijstelling. Uitgangspunt is dat distributeurs vrij moeten zijn zelfstandig hun prijsbeleid te bepalen. Wel toegestaan is dat een leverancier een adviesprijs meegeeft aan de distributeur of hem een maximumprijs (of minimale korting) oplegt voor de wederverkoop van de producten en/of diensten. Adviesprijzen mogen uiteraard geen verkapte vaste of minimumprijzen zijn, in de zin dat de wederverkoper sancties heeft te vrezen als hij afwijkt van de geadviseerde prijzen. Bij het hanteren van adviesprijzen is het raadzaam om duidelijk in de overeenkomst op te nemen dat de genoemde prijzen adviesprijzen zijn waarvan mag worden afgeweken.[37]

Opvallend aan de nieuwste versie van de Richtsnoeren is dat de Commissie verticale prijsbinding niet langer als absoluut verboden bestempelt. De Commissie is weliswaar van mening dat verticale prijsbinding een praktijk is waarvan wordt vermoed dat deze een negatieve impact op de mededinging zal hebben en waarvan het onwaarschijnlijk is dat deze in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling (op grond van artikel 101 lid 3 VWEU). Echter, anders dan voorheen, wordt in de Richtsnoeren expliciet onderkend dat in individuele gevallen partijen kunnen aantonen dat de opname van verticale prijsbinding in hun overeenkomst efficiëntieverbeteringen oplevert.[38] Indien deze efficiënties opwegen tegen de negatieve effecten voor de mededinging, is verticale prijsbinding volgens de Commissie mededingingsrechtelijk aanvaardbaar. Voor de praktijk is met name relevant dat de Commissie lijkt te aanvaarden dat in een franchisesysteem of een soortgelijk distributiestelsel tijdelijk (gedurende twee tot maximaal zes weken) aan de distributeurs een vaste wederverkoopprijs wordt opgelegd, wanneer deze verplichting zijn grondslag vindt in een gecoördineerde promotieactie.

Marktverdeling
De tweede hardcore beperking betreft beperkingen inzake het gebied waarin of de klanten waaraan de verkoper mag verkopen. Deze hardcore beperking heeft betrekking op marktverdeling door middel van toewijzing van gebieden of categorieën van klanten. De hoofdregel is dat een distributeur vrij moet kunnen beslissen waar en aan wie hij verkoopt. De Groepsvrijstelling bevat een aantal uitzonderingen op deze hoofdregel.[39]

– *Locatieclausule*
Het is de leverancier toegestaan zijn distributeur te verplichten vanuit een bepaald adres, bepaalde plaats of een

34. N.B. Onder de oude groepsvrijstelling hoefde enkel het marktaandeel van de leverancier in ogenschouw te worden genomen.
35. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, 9 december 1997 (97/C 372/03).
36. Richtsnoeren, randnr. 47. N.B. Theoretisch is het mogelijk dat een overeenkomst met hardcore beperkingen in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU en/of artikel 6 lid 3 Mw. In de praktijk zal het echter veelal niet mogelijk zijn om aan te tonen dat de concurrentiebevorderende effecten van de bepaling opwegen tegen de beperking van de mededinging.
37. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 19 februari 2007, *LJN* BA0407 (*Make It Easy*). In deze zaak oordeelde de rechter dat uit de overeenkomst niet kon worden opgemaakt dat er adviesprijzen werden gehanteerd en waren er volgens de rechter voldoende omstandigheden om aan te nemen dat er sprake was van verticale prijsbinding.
38. Richtsnoeren, randnr. 225.
39. Artikel 4 onder b tweede gedeelte aanhef en onder nummer i-iv Groepsvrijstelling.

bepaald gebied werkzaam te zijn.[40] Een dergelijke locatieclausule biedt de leverancier de mogelijkheid het openen van nieuwe vestigingen tegen te gaan.

– *Exclusieve distributie*

Een uitzondering op het verbod van marktverdeling geldt ook voor exclusieve distributie. In een dergelijk systeem kent de leverancier het recht op de verkoop van zijn producten of diensten in een bepaald gebied of aan een bepaalde klantenkring exclusief toe aan één distributeur.[41] In zo'n systeem mag de leverancier de *actieve* verkoop in een gebied of aan een klantenkring die exclusief aan één distributeur behoort beperken. Het beperken van de *passieve* verkoop daarentegen is niet toegestaan.[42] Onder actieve verkoop wordt verstaan het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten of een specifieke klantengroep, bijvoorbeeld door middel van het telefonisch of fysiek contacteren van klanten in een exclusief aan een ander toegekend gebied of het versturen van doelgerichte reclame-uitingen. Van passieve verkoop is sprake wanneer wordt ingegaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten. Verkoop via internet wordt in de meeste gevallen beschouwd als passieve verkoop.[43]

– *Groothandelaren*

Een specifieke uitzondering op het verbod van marktverdeling geldt voorts voor de verkoop aan groothandelaren. Aan groothandelaren mag de beperking worden opgelegd om rechtstreeks aan eindgebruikers te leveren.[44] Op deze manier kan een leverancier het groothandel- en detailhandelkanaal scheiden. Het is tevens toegestaan om een groothandelaar op te dragen enkel aan bepaalde eindgebruikers te leveren (bijvoorbeeld grote afnemers) maar hem te verbieden aan andere eindgebruikers te leveren.[45]

– *Selectieve distributie*

De derde en vierde hardcore beperking zien op selectieve distributie. In de Groepsvrijstelling is selectieve distributie als volgt gedefinieerd: '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.'[46] Selectieve distributie wordt vaak gebruikt voor de distributie van luxe-artikelen of technisch hoogwaardige producten.

Bij een selectief distributiestelsel kunnen kwalitatieve en/of kwantitatieve criteria aan distributeurs worden opgelegd. De distributeurs moeten aan bepaalde eisen voldoen om toegelaten te worden tot het selectieve distributiestelsel. Voor selectieve distributie geldt een uitzondering op het verbod van marktverdeling, in de zin dat aan de geselecteerde distributeurs het verbod mag worden opgelegd om aan niet-erkende distributeurs te verkopen.[47]

In de Groepsvrijstelling zijn specifiek met betrekking tot selectieve distributie twee hardcore beperkingen opgenomen. In een selectieve distributieovereenkomst mogen geen bepalingen worden opgenomen die (i) de actieve of passieve verkoop aan eindgebruikers belemmeren[48] en (ii) leveringen tussen erkende distributeurs beperken.[49] De eerste beperking laat onverlet dat het toegestaan is om de selectieve distributeur te verplichten uitsluitend vanuit een bepaalde vestiging te opereren.

– *Componenten en vervangingsonderdelen*

De vijfde hardcore beperking betreft overeenkomsten die het eindgebruikers, onafhankelijke reparateurs en dienstverrichters moeilijk of onmogelijk maken reserveonderdelen rechtstreeks bij de producent van die onderdelen te kopen. Een overeenkomst tussen een producent van reserveonderdelen en een afnemer die deze onderdelen in zijn eigen producten verwerkt (OEM-producent), mag de verkoop van deze onderdelen door de producent ervan aan eindgebruikers, onafhankelijke reparateurs of dienstverrichters niet verhinderen of beperken.[50] Wel mag een leverancier zijn distributeurs verbieden om voor montage geleverde componenten te leveren aan concurrenten van de leverancier.[51] Eveneens is toegestaan dat de OEM-producent van de leden van zijn eigen reparatie- en onderhoudsnet eist dat zij alleen vervangingsonderdelen bij hem afnemen.[52]

Aan de hand van een voorbeeld met als OEM-producent een fabrikant van televisies zullen wij trachten het voorgaande te verduidelijken. De televisiefabrikant in het

40. Artikel 4 onder b Groepsvrijstelling. Onder de oude groepsvrijstelling was het slechts toegestaan een dergelijke beperking op te leggen in het kader van een selectief distributiestelsel of exclusief distributiestelsel, ten aanzien van de actieve verkoop.
41. Richtsnoeren, randnr. 51. N.B. In een exclusief distributiesysteem kan de leverancier ervoor kiezen om zelf, naast de exclusieve distributeur, zijn producten te verkopen of diensten aan te bieden.
42. In randnr. 61 Richtsnoeren is een uitzondering opgenomen voor de situatie dat een distributeur een nieuw merk gaat voeren. Onder omstandigheden is een verbod op actieve en passieve verkoop dan toegestaan.
43. Richtsnoeren, randnr. 51.
44. Artikel 4 onder b nummer ii Groepsvrijstelling.
45. De derde uitzondering houdt verband met een selectief distributiestelsel. Voor een beter begrip van deze uitzondering zullen we dit separaat nader toelichten met een beschrijving van een selectief distributiestelsel.
46. Artikel 1 lid 1 onder e Groepsvrijstelling.
47. Artikel 4 onder b nummer iii Groepsvrijstelling.
48. Artikel 4 onder c Groepsvrijstelling.
49. Artikel 4 onder d Groepsvrijstelling.
50. Artikel 4 onder e Groepsvrijstelling.
51. Artikel 4 onder b nummer iv Groepsvrijstelling.
52. Richtsnoeren, randnr. 59.

voorbeeld maakt de verschillende onderdelen waaruit zijn televisies zijn opgebouwd niet zelf, maar koopt deze in bij een producent van onderdelen, onderneming X. De bewuste onderdelen moeten gezien hardcore beperking 5 door X vrij kunnen worden verkocht aan eindgebruikers en onafhankelijke ondernemingen die tv's repareren. De televisiefabrikant mag als OEM-producent met andere woorden niet de enige onderneming zijn die kan beschikken over deze (vervangings)onderdelen van X. Van zijn eigen reparateurs mag de televisiefabrikant wel eisen dat zij hun vervangingsonderdelen uitsluitend bij hem inkopen.

Verkopen via internet

Als relatief nieuw en steeds belangrijk wordend verkoopkanaal heeft verkoop via internet veel aandacht gekregen in de debatten voorafgaand aan de lancering van de nieuwe Groepsvrijstelling. De spelregels voor verkoop via internet zijn met de komst van de Groepsvrijstelling en recente jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie verduidelijkt.

Uitgangspunt is dat iedere distributeur de vrijheid moet hebben om internet te gebruiken voor de verkoop van producten. In 2011 heeft het Europese Hof van Justitie bevestigd dat een bepaling die een volledig verbod op de verkoop via internet inhoudt niet onder het toepassingsbereik van de Groepsvrijstelling kan vallen.[53]

Zoals reeds opgemerkt, wordt verkoop via internet in beginsel als een vorm van passieve verkoop beschouwd. Dit geldt ook voor de situatie dat een eindgebruiker er zelf voor kiest om (automatisch) op de hoogte te worden gehouden van het aanbod van de distributeur en dit tot een verkoop leidt. Ook het kiezen van een specifieke taal voor het gebruik van een website doet geen afbreuk aan het passieve karakter van internet. In de Richtsnoeren is een lijst van hardcore beperkingen opgenomen in verband met het gebruik van internet voor de verkoop van producten.[54] Verboden zijn bepalingen:

i. die de (exclusieve) distributeur opdragen om te verhinderen dat klanten gevestigd in een ander (exclusief) gebied zijn website bezoeken of klanten automatisch doorstuurt naar de website van de (exclusieve) distributeur van het gebied waar de klant onder valt;
ii. die de (exclusieve) distributeur verplichten transacties af te breken indien uit de creditcardgegevens blijkt dat een klant in een ander (exclusief) gebied valt;
iii. die het aandeel van de onlineverkoop beperken;
iv. die de distributeur verplichten een hogere prijs aan de leverancier te betalen voor producten die hij online heeft doorverkocht dan offline.

Naast verboden somt de Commissie in haar Richtsnoeren ook een aantal gedragingen op die uitdrukkelijk wel zijn toegestaan. De leverancier mag:

i. zijn distributeurs contractueel verplichten dat ze in ieder geval via een fysiek verkooppunt producten moeten verkopen;
ii. bepalen dat een distributeur een absolute hoeveelheid producten offline dient te verkopen;
iii. kwaliteitseisen opleggen voor de inrichting van een internetsite, in het bijzonder in het kader van selectieve distributie. Deze criteria mogen verschillen, voor zover dat verband houdt met de aard van de distributievorm;
iv. een vaste vergoeding toekennen aan zijn distributeurs voor de verkoop van producten online of offline.[55]

Boei 6: Indien er een non-concurrentiebeding is opgenomen, voldoet deze aan de voorwaarden van de Groepsvrijstelling?

Indien de overeenkomst vrij is van hardcore beperkingen kan worden doorgevaren naar boei 6. Bij deze laatste boei draait het om non-concurrentiebedingen. Een non-concurrentiebeding is in de Groepsvrijstelling gedefinieerd als: 'elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten concurreren, of elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om op de relevante markt meer dan 80 % van zijn totale aankopen van de contractgoederen of -diensten en substituten daarvan bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken, berekend op basis van de waarde of, waar zulks in de sector vaste praktijk is, van de omvang van de aankopen van de afnemer in het voorafgaande kalenderjaar.'[56]

Uit deze definitie volgt dat een non-concurrentiebeding kan zien op drie situaties:

i. de leverancier verbiedt zijn distributeur om concurrerende goederen of diensten te verkopen,
ii. de leverancier verbiedt zijn distributeur om in een bepaald gebied een concurrerende onderneming te starten, en/of
iii. de leverancier verplicht zijn distributeur om meer dan 80% van de producten of diensten van de leverancier af te nemen.

Non-concurrentiebedingen kennen in de Groepsvrijstelling een eigen regime dat is vastgelegd in artikel 5 van de Groepsvrijstelling. Een non-concurrentiebeding dat voldoet aan de voorwaarden van artikel 5 is 'gedekt' door de Groepsvrijstelling. Voor een te ruim geformuleerd non-concurrentiebeding geldt dat niet en zal moeten

53. HvJ 13 oktober 2011, nr. C-439/09 (*Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*). Volgens het Hof is onder omstandigheden wel mogelijk dat een dergelijk algeheel verbod in aanmerking komt voor een individuele vrijstelling. Dit lijkt voornamelijk een theoretische mogelijkheid.
54. Richtsnoeren, randnr. 52.
55. Een uitvoerige bespreking van de mededingingsrechtelijke geboden en verboden met betrekking tot verkopen via internet gaat het bestek van dit artikel te buiten. Voor een gedetailleerd overzicht zie: Minos van Joolingen & Dorien Noordeloos, 'Verkoop via internet: grenzen vervagen', *Tijdschrift Overeenkomst in de RechtsPraktijk*, 2011-8, p. 30-38.
56. Artikel 1 lid 1 onder d Groepsvrijstelling. Zie ook: Richtsnoeren, randnr. 65-69.

worden aangetoond dat het beding voor een individuele vrijstelling ex artikel 101 lid 3 VWEU en/of artikel 6 lid 3 Mw in aanmerking komt. Indien dat bewijs niet kan worden geleverd, kan het non-concurrentiebeding niet worden afgedwongen. Anders dan bij de hardekernbepalingen het geval is, kan bij het opnemen van een (te ruim) non-concurrentiebeding voor de rest van de verticale overeenkomst nog wel een beroep op de Groepsvrijstelling worden gedaan.

Op grond van artikel 5 van de Groepsvrijstelling dient bij het beoordelen van non-concurrentiebedingen een onderscheid te worden gemaakt tussen het non-concurrentiebeding dat geldt gedurende de looptijd van de overeenkomst en het non-concurrentiebeding dat geldt na beëindiging van de overeenkomst.

Non-concurrentiebeding gedurende de overeenkomst
Een non-concurrentiebeding gedurende de looptijd van een overeenkomst is onder de Groepsvrijstelling toegestaan indien deze voor een periode van niet meer dan vijf jaar is afgesloten.[57] Een non-concurrentiebeding dat een looptijd van vijf jaar heeft, maar op grond van de overeenkomst automatisch wordt verlengd, indien geen van de partijen opzegt, kan niet profiteren van de Groepsvrijstelling. Dit wordt namelijk gezien als een non-concurrentiebeding voor onbepaalde tijd. Om te profiteren van de Groepsvrijstelling dient de overeenkomst na afloop van de periode van vijf jaar te voorzien in een duidelijk onderhandelingsmoment, waarop partijen kunnen besluiten of ze de overeenkomst wensen voort te zetten of niet. Op de vijfjaarregel bestaat een uitzondering voor overeenkomsten waarbij de distributeur zijn activiteiten verricht in een ruimte of terrein dat eigendom is van de leverancier of door de leverancier wordt gehuurd van een niet met de distributeur verbonden derde.[58]

Indien het non-concurrentiebeding de vorm heeft van een afnameverplichting, kan het de moeite lonen om de afnameverplichting op 75% te zetten. In dat geval wordt de afnameverplichting namelijk niet als non-concurrentiebeding aangemerkt en hoeft het niet te voldoen aan de vereisten van artikel 5 van de Groepsvrijstelling. De afnameverplichting kan in dat geval mogelijk voor een langere periode dan vijf jaar worden afgesloten.

Non-concurrentiebeding na afloop
Non-concurrentiebedingen die gelden na afloop van de overeenkomst vallen op grond van artikel 5 lid 3 onder de Groepsvrijstelling, indien (cumulatief geldend):

i. de verplichting betrekking heeft op de goederen of diensten die concurreren met de contractgoederen of -diensten;
ii. de verplichting beperkt is tot ruimten en terreinen waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam is geweest;
iii. de verplichting onmisbaar is om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen; en
iv. de duur van de verplichting beperkt is tot één jaar na afloop van de overeenkomst.

In de praktijk gaat dit vaak mis. Regelmatig zien wij dat het postcontractuele non-concurrentiebeding voor een te lange periode is opgelegd. Verder worden non-concurrentiebedingen vaak te ruim geformuleerd waardoor niet wordt voldaan aan het eerste en/of het tweede vereiste van artikel 5 lid 3 van de Groepsvrijstelling. In veel gevallen leidt dit ertoe dat naleving van het non-concurrentiebeding niet kan worden afgedwongen.[59]

5. AGENTUUR EN FRANCHISE

Binnen de categorie verticale overeenkomsten nemen agentuur en franchise een aparte plaats in. De bijzondere kenmerken van deze overeenkomsten maken dat de mededingingsrechtelijke beoordeling op onderdelen afwijkt van de beoordeling van meer standaard verticale overeenkomsten. De in de vorige paragraaf geschetste vaarroute kan dan ook niet een op een worden gebruikt voor het opstellen en beoordelen van agentuur- en franchiseovereenkomsten. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om de bijzondere kenmerken van agentuur en franchise en de consequenties daarvan voor de mededingingsrechtelijke beoordeling uitgebreid te beschrijven. In het hiernavolgende beperken wij ons tot de hoofdpunten.[60]

5.1. Agentuurovereenkomsten

Een agent wordt in de Richtsnoeren als volgt gedefinieerd: een natuurlijke persoon of rechtspersoon die bevoegd is tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten namens een andere persoon (de principaal), hetzij op zijn eigen, hetzij op naam van de principaal, betreffende:
– de koop van goederen of diensten door de principaal, of

57. Indien sprake is van een franchiseovereenkomst is het onder bepaalde omstandigheden toegestaan om een non-concurrentiebeding voor de gehele looptijd van de overeenkomst af te sluiten. In paragraaf 5 van dit artikel wordt hier nader op ingegaan.
58. HR 8 juli 2011, *LJN* BQ2809 (*BP*), r.o. 3.6.1-3.6.3. In deze zaak stelde BP dat ze op verschillende gronden een beroep kon doen op de uitzondering op de vijfjaarregel. De Hoge Raad oordeelde echter dat dit niet het geval was. BP is geen eigenaar van het lokaal (tankstation) en de grond en huurde niet van een derde, niet met de afnemer verbonden partij.
59. Zie: Rb. Arnhem 5 oktober 2009, *LJN* BK1781 (*Bruna*), r.o. 4.8. De rechtbank toetst in deze zaak strikt aan de voorwaarden van de Groepsvrijstelling. Een afwijkend beeld geeft Rb. Utrecht 15 april 2009, *LJN* BI1190 (*Run2Day*). In deze uitspraak wordt de Groepsvrijstelling opvallend genoeg in zijn geheel niet genoemd. Overigens kan uit de uitspraak niet worden opgemaakt dat door partijen een beroep op de Groepsvrijstelling is gedaan.
60. Voor een uitvoerige beschrijving zie: Joanna Goyder, *EU distribution law*, 2011, hoofdstuk 5 (franchise) en hoofdstuk 6 (agentuur). Voor wat betreft de mededingingsrechtelijke beoordeling van agentuurovereenkomsten is verder het *CEPSA*-arrest (HvJ EG 14 december 2006, nr. C-217/05) uiterst lezenswaardig. Voor een Nederlandstalige annotatie bij dit arrest zie: H.M. Cornelissen, 'De Spaanse federatie van tankstationhouders tegen CEPSA', *NTER* 2007-12, p. 265-271.

– de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten.[61]

De verplichtingen van de agent in verband met de contracten die hij sluit en/of waarover hij onderhandelt, vallen buiten het kartelverbod, indien hij met betrekking tot deze contracten geen of slechts minieme risico's draagt. In het mededingingsrecht spreekt men dan van een 'genuine agent'. De koop- of verkoopfunctie van zo'n genuine agent wordt geacht deel uit te maken van de activiteiten van de principaal. Omdat het kartelverbod geen toepassing vindt, mogen aan de agent beperkingen worden opgelegd met betrekking tot bijvoorbeeld het grondgebied waarop, de klanten waaraan en de prijs waarvoor de producten of diensten worden verkocht.[62]

Om te kwalificeren als genuine agent geldt in zijn algemeenheid dat de eigendom van de gekochte of verkochte contractgoederen niet bij de agent mag berusten en dat de agent niet zelf de contractdiensten mag verlenen. Verder gelden de volgende vuistregels, de agent mag:
– niet bijdragen in de kosten in verband met de koop/levering;
– niet op eigen kosten of op eigen risico de goederen in voorraad houden;
– geen productaansprakelijkheid aanvaarden;
– geen aansprakelijkheid aanvaarden voor het geval de klant het contract niet naleeft;
– direct noch indirect verplicht zijn te investeren in verkoopbevordering;
– niet overgaan tot marktspecifieke investeringen in uitrusting, lokalen of personeelsopleiding;
– geen andere door de principaal verlangde activiteiten op dezelfde productmarkt verrichten.[63]

Deze opsomming is niet limitatief. Verder is van belang dat de bepalingen betreffende de contracten die de agent sluit of waarover hij onderhandelt, dienen te worden onderscheiden van bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de agent en de principaal. Bij de laatste categorie gaat het bijvoorbeeld om afspraken die de principaal verbieden met betrekking tot bepaalde type transacties, klanten of grondgebieden andere agenten aan te wijzen. Ook bepalingen die de agent verbieden te handelen als agent of distributeur voor een onderneming die concurreert met de principaal behoren tot deze categorie. Dergelijke bepalingen in de relatie agent/principaal vallen in beginsel wel onder het kartelverbod en voor de beoordeling of een beroep kan worden gedaan op de Groepsvrijstelling kan de hiervoor beschreven vaarroute worden gevolgd.[64]

5.2. Franchiseovereenkomsten

Net als agentuur is franchise een bijzondere distributievorm om goederen en/of diensten te verkopen. Bij franchise is sprake van een door de franchisegever ontwikkelde formule waarbij intellectueeleigendomsrechten vaak een belangrijke plek innemen. De franchisegever is doorgaans eigenaar van of gerechtigd tot het gebruik van de door het franchisenet te gebruiken handelsnaam, het handelsmerk en/of andere onderscheidende kenmerken. Een franchisenemer mag gebruikmaken van de door de franchisegever ontwikkelde formule onder de condities zoals neergelegd in de franchiseovereenkomst. Met het sluiten van de franchiseovereenkomst verkrijgt de franchisenemer doorgaans het exclusieve recht om de onderneming uit te oefenen met gebruikmaking van het franchisesysteem, inclusief woord- en beeldmerken, handelsnamen, aanduidingen, reclameslagzinnen en dergelijke. Uiteraard wil de franchisegever zijn formule en zijn intellectueeleigendomsrechten zo goed mogelijk beschermen. Daarbij komen de mededingingsregels in beeld.[65]

Vanwege het bijzondere karakter krijgen franchiseovereenkomsten in de Richtsnoeren speciale aandacht. Van een aantal beperkingen wordt in de Richtsnoeren aangegeven dat ze over het algemeen als noodzakelijk worden beschouwd om de intellectueeleigendomsrechten van de franchisegever te beschermen. Voor deze noodzakelijke beperkingen geldt dat ze, voor zover ze onder het kartelverbod vallen, binnen de werkingssfeer van de Groepsvrijstelling vallen.[66]

Verder merkt de Commissie met betrekking tot franchise in de Richtsnoeren op dat hoe belangrijker de overdracht van knowhow is, des te waarschijnlijker het is dat de beperkingen efficiëntieverbeteringen opleveren en/of onmisbaar zijn om de knowhow te beschermen, en dat de verticale beperkingen aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU voldoen.[67] Een non-concurrentiebeding voor de duur van de overeenkomst is toegestaan in een franchiseovereenkomst, indien een dergelijke verplichting noodzakelijk is ter bescherming van de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van de franchisegever. Dit volgt uit jurisprudentie van het Europese Hof van Justi-

61. Richtsnoeren, randnr. 12.
62. Ibidem, randnr. 18.
63. Ibidem, randnr. 16.
64. Zie voor een toelichting op deze bepalingen: Richtsnoeren, randnr. 19.
65. Duidelijk is dat een franchiseovereenkomst niet mag worden gebruikt om een verkapt kartel tussen de franchisenemers op te zetten, zie het besluit van de NMa van 8 december 2011 inzake het wasserijkartel (zaak 6855). In deze zaak was volgens de NMa sprake van een verkapt kartel onder meer vanwege de omstandigheid dat de franchisenemers tevens aandeelhouders waren van de franchisegever en zodoende verregaande invloed op het beleid van de franchisegever hadden. Bovendien was in de franchiseovereenkomst vastgelegd dat besluiten van de vergadering van aandeelhouders van toepassing zijn op de verhouding tussen franchisegever en franchisenemers, en franchisenemers onderling. De franchiseconstructie was volgens de NMa opgericht om afspraken tussen de franchisenemers onderling vorm te geven. Volgens de NMa was er daarom mededingingsrechtelijk gezien geen sprake van een verticale franchiseovereenkomst, maar van een horizontale overeenkomst tussen de franchisenemers/aandeelhouders onderling.
66. Richtsnoeren, randnr. 45.
67. Richtsnoeren, randnr. 190.

tie[68] en is door de Commissie als volgt overgenomen in haar Richtsnoeren:

'een niet-concurrentiebeding, opgelegd met betrekking tot de door de franchisenemer gekochte goederen of diensten, valt buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, wanneer dit beding noodzakelijk is om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden. In dergelijke gevallen is ook de duur van het niet-concurrentiebeding uit het oogpunt van artikel 101, lid 1, irrelevant, zolang hij niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.'[69]

Voor non-concurrentiebedingen die niet noodzakelijk zijn ter bescherming van de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van de franchisegever, alsmede voor non-concurrentiebedingen na afloop van de franchiseovereenkomst, geldt het 'normale' regime van de Groepsvrijstelling, zoals geschetst in paragraaf 4 van dit artikel.

6. TOT BESLUIT

De Groepsvrijstelling biedt een veilige haven voor ondernemingen. De vaarroute ernaartoe en de beoordeling in een concrete situatie of de Groepsvrijstelling inderdaad een veilige haven vormt, oogt op het eerste gezicht wellicht complex. Niet valt te ontkennen dat er op weg naar de haven een aantal klippen omzeild moeten worden en dat de Groepsvrijstelling soms geen uitkomst biedt. Indien bij het opstellen en beoordelen van verticale overeenkomsten echter de in dit artikel geschetste vaarroute wordt gevolgd, waarbij geen boei wordt overgeslagen, valt het met de complexiteit wel mee en kan worden voorkomen dat mededingingsrechtelijk schipbreuk wordt geleden.

68. HvJ EG 28 januari 1986, nr. 161/84 (*Pronuptia*).
69. Richtsnoeren, randnr. 190 onder b.