

De nieuwe groepsvrijstelling en richtsnoeren inzake verticale overeenkomsten en beperkingen: zachte evolutie na een revolutie

61

Mr. P. de Bandt*

De nieuwe Groepsvrijstellingsverordening (EU) nr. 330/2010 voor verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen behelst geen fundamentele koerswijziging ten opzichte van zijn voorganger. Toch bevatten de nieuwe groepsvrijstelling en de bijhorende richtsnoeren inzake verticale beperkingen een aantal nuttige verduidelijkingen. Na de ingrijpende revolutie van 1999 heeft de Commissie thans wijselijk gechopt voor een zachte evolutie van dit regelgevende kader.

I. Inleiding

1. Groepsvrijstellingen zijn essentiële reguleringsinstrumenten voor de toepassing van het Europese mededingingsrecht. Zij strekken ertoe aan te geven onder welke voorwaarden overeenkomsten vermoed worden met de mededingingsregels in overeenstemming te zijn.

2. Tot voor de vaststelling van Verordening (EG) nr. 2790/1999¹ ging het Europese mededingingsrecht, en in het verlengde daarvan ook de meeste nationale mededingingsstelsels, uit van een vrij formalistische benadering voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan de mededingingsregels. De Europese Commissie had diverse groepsvrijstellingen aangenomen die betrekking hadden op specifieke groepen van verticale overeenkomsten

of specifieke sectoren.² Aan de hand van lijsten met toegelaten en verboden clausules (zgn. witte en zwarte lijsten) werd aangegeven welke beperkingen al of niet onder de groepsvrijstellingen konden vallen. De aanpak was bijzonder formalistisch: zodra een clausule niet woordelijk overeenstemde met de geoorloofde bepalingen van de betrokken groepsvrijstelling viel de hele overeenkomst uit de boot.³ Bovendien was het toepassingsgebied van die vrijstellingen meestal vrij eng en moeilijk te bepalen. Deze aanpak leidde er dan ook toe dat een groot aantal verticale overeenkomsten niet binnen de groepsvrijstellingen vielen, hoewel zij in werkelijkheid vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt niet tot wezenlijke bezwaren aanleiding konden geven.

3. Met de vaststelling van Verordening (EG) nr. 2790/1999⁴ heeft de Europese Commissie een vrij abrupt einde gesteld aan deze formalistische aanpak voor de toetsing van verticale overeenkomsten en beperkingen aan het kartelverbod neergelegd in het oude artikel 81 lid 1 EG-Verdrag (thans artikel 101 lid 1 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)).⁶

4. Die ommezwaai had een dubbele doelstelling. In de eerste plaats moest het nieuwe systeem een aanzienlijke vermindering van de administratieve lasten van ondernemingen tot gevolg hebben, vooral van ondernemingen die de prijzen niet kunnen verhogen zonder winstverlies (i.e. ondernemingen zonder marktmacht), zoals kmo's. Een tweede doel was het invoeren van een op effecten gebaseerde toetsing van verticale afspraken. De structuur en aanpak van die groepsvrijstelling zijn dan ook veel

* Mr. P. de Bandt is advocaat bij & De Bandt advocaten te Brussel.

1 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, *PbEG* 1999, L 336/21.

2 Verordening (EEG) nr. 1983/83 (exclusieve distributie), *PbEG* 1983, L 173/1; Verordening (EEG) nr. 1984/83 (niet-exclusieve distributie gekoppeld aan een exclusieve afnameverplichting), *PbEG* 1983, L 173/15; Verordening (EEG) nr. 4087/88 (franchising), *PbEG* 1988, L 359/46.

3 Zie, in deze zin, zesde overwegende van Verordening (EG) nr. 1215/1999 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening nr. 19/65/EEG betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L 148/1: 'Overwegende dat in de bovengenoemde vrijstellingsverordeningen niet alleen wordt bepaald op welke groepen overeenkomsten zij van toepassing zijn en welke beperkingen of clausules niet in de overeenkomsten mogen voorkomen, maar dat zij tevens een opsomming van vrijgestelde clausules bevatten; dat een dergelijke wettelijke regeling van de contractuele betrekkingen over het algemeen als te star wordt aangevoeld in een economische context waarin structuren en distributietechnieken snel ontwikkelen.'

4 Deze verordening werd zelf voorafgegaan door een vrij intens debat in het kader van het op 22 januari 1997 door de Commissie gepubliceerde Groenboek betreffende verticale afspraken in het EG-concurrentiebeleid.

5 Voor de geconsolideerde teksten, zie de EUR-Lex website onder 'verdragen' of *PbEU* 2008, C 115.

6 Voor een analyse van Verordening (EG) nr. 2790/1999, zie o.m. F. Wijckmans, 'Tot zover het verbod op actieve verkoop', *R.W.* 2002-2003, p. 81 e.v.; S. Bishop en D. Ridyard, 'E.C. Vertical restraints Guidelines: Effects Based or Per Se Policy', *E.C.L.R.* 2002, p. 35 e.v.; F. Wijckmans en F. Tuytschaever, 'Active Sales Revisited', *E.C.L.R.* 2004, p. 107 e.v.; F. Wijckmans, 'Verticale beperkingen in het EU-mededingingsrecht: een ingrijpende ommezwaai', *C.J.* 2001, p. 11 e.v.; J. Bocken, 'Verordening 2790/1999, De nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten', *R.W.*

eenvoudiger dan de vorige groepsvrijstellingen en steunen bovendien meer op economische analyse. Zo is de groepsvrijstelling in principe van toepassing op alle verticale overeenkomsten, met uitzondering van de overeenkomsten waarvan het onderwerp wordt geregeld door meer specifieke groepsvrijstellingen. Er worden enkel twee (negatieve) voorwaarden gesteld. De eerste voorwaarde heeft betrekking op de marktmacht van de leverancier: enkel de overeenkomsten gesloten door leveranciers met een marktaandeel van minder dan 30% vallen onder de groepsvrijstelling.⁷ De tweede voorwaarde heeft betrekking op de inhoud van de overeenkomsten: de overeenkomsten die zgn. hardcorebeperkingen tot doel hebben vallen buiten de groepsvrijstelling.⁸

5. De Verordening (EG) nr. 2790/1999 werd vastgesteld voor een duurtijd van tien jaar, te weten tot en met 31 mei 2010. Op 28 juli 2009 heeft de Europese Commissie dan ook, overeenkomstig artikel 5 van Verordening (EEG) nr. 19/65,⁹ een openbare raadpleging over de noodzaak van een eventuele herziening en/of verlenging van die verordening gestart.¹⁰ In de bijhorende mededeling wijst de Commissie erop dat zij in dat kader bijzonder attent wil zijn voor twee belangrijke economische ontwikkelingen die zich sinds de vaststelling van de Verordening (EG) nr. 2790/1999 hebben voorgedaan, met name de verdere versterking van de marktmacht van de grote distributeurs en de groei van de internetverkoop (of *e-commerce*).

6. Dit consultatieproces heeft aanleiding gegeven tot een intens debat met een inbreng van zeer diverse belangengroepen: van nationale mededingingsautoriteiten tot beroepsverenigingen van advocaten.¹¹ Over het algemeen getuigen die tussenkomsten van een vrij positieve beoordeling van de Verordening (EG) nr. 2790/1999.

7. Mede in het licht van die positieve beoordeling heeft de Europese Commissie op 10 april 2010 besloten om een nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen vast te stellen (hierna: Groepsvrijstelling).¹²

8. De Groepsvrijstelling, die op 1 juni 2010 in werking is getreden en een duurtijd van twaalf jaar heeft, houdt geen fundamentele koerswijziging in ten opzichte van zijn voorganger. De voornaamste krijtlijnen van Verordening (EG) nr. 2790/1999 blijven behouden, maar de nieuwe Groepsvrijstelling en de bijhorende richtsnoeren inzake

verticale beperkingen (hierna: Richtsnoeren)¹³ houden niettemin een aantal interessante vernieuwingen en verduidelijkingen in.

9. Het opzet van deze bijdrage is de lezer een inzicht te geven in de draagwijdte en werking van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten met nadruk op de nieuwe regels.¹⁴

II. Algemene doelstellingen en structuur van de Groepsvrijstelling

A. Waarom een groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten?

10. Zoals bekend, verbiedt het Europese mededingingsrecht, in het bijzonder artikel 101 lid 1 VWEU, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 101 lid 3 VWEU voorziet echter in een vrijstelling op dit verbod voor de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen die beantwoorden aan de aldaar gestelde voorwaarden. Het Nederlandse recht¹⁵ en het Belgische recht¹⁶ bevatten gelijkaardige bepalingen.

11. Het valt meteen op dat artikel 101 VWEU geen onderscheid maakt naargelang de mededingingsbeperkende overeenkomsten of onderling afgestemd gedragingen tussen concurrenten (horizontale beperkingen) of tussen ondernemingen die op een verschillend handelsniveau actief zijn (verticale beperkingen) plaatsvinden. In beide gevallen kan er immers sprake zijn van overeenkomsten of gedragingen die de mededinging beperken of verhinderen.

12. In verticale relaties kan zulks bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een distributeur zich ertoe verbindt om bepaalde producten of diensten enkel af te nemen bij een en dezelfde leverancier (exclusieve afnameverplichting) of omgekeerd wanneer een producent zich ertoe verbindt om zijn producten of diensten enkel te verkopen via een wel-

2000-2001, p. 897 e.v.; A. Gebrandy, 'Ontwerp-groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten', *SEW* 2000, p. 55 e.v.; J.C.M. Van Der Beek, 'Ontwikkelingen op het gebied van verticale afspraken: een kleine revolutie met grote gevolgen', *SEW* 1999, p. 186 e.v.; V. Verouden, 'Vertical agreements and article 81(1) EC: The evolving role of economic analysis', *Antitrust Law Journal* 2003, p. 525 e.v.; D. Roitman, 'Legal uncertainty for vertical distribution agreements: the Block exemption regulation 2799/1999 and related aspects of the new regulation 1/2003', *E.C.L.R.* 2006, p. 261 e.v.; R. Whish, 'Regulation 2790/99: the Commission's "new style" Block exemption for vertical agreements', *C.M.L.R.* 2000, p. 887 e.v.

7 Artikel 3 Verordening (EG) nr. 2790/1999.

8 Artikel 4 Verordening (EG) nr. 2790/1999.

9 *PbEG* 1968, 36/533.

10 Zie perscommuniqué van 28 juli 2009, nr. IP/09/1197.

11 De resultaten van de consultatie kunnen worden geraadpleegd op de site van de Europese Commissie (<http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html>).

12 Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEU* 2010, L 102/1.

13 *PbEU* 2010, C 130/1.

14 Er werd reeds een aantal commentaren van deze verordening gepubliceerd: F. Wijckmans, 'Een Europese facelift', *T.B.H.* 2010-7, p. 594 e.v.; R. Whish en D. Bailey, 'Regulation 330/2010: the Commission's new Block exemption for vertical agreements', *C.M.L.R.* 2010, p. 1757 e.v.; L. Idot, 'Aperçu du nouveau régime des accords verticaux', *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur* 2010 (juli), p. 6 e.v.

15 Artikel 6 Mededingingswet.

16 Artikel 2 Gecoörd. Wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.* 29 september 2009.

bepaalde distributeur (exclusieve leveringsverplichting). In het eerste geval zal de afspraak de mededinging tussen producten of diensten beperken (interbrand mededinging). In het tweede geval heeft de afspraak gevolgen op het vlak van de mededinging voor eenzelfde product of dienst (intra-brand mededinging). Exclusieve en selectieve distributiesystemen horen thuis in deze laatste categorie.

13. Beperkingen van de mededinging in verticale relaties kunnen, naast partnerexclusiviteit, ook op andere elementen van de contractuele relatie betrekking hebben. Evidente voorbeelden zijn beperkingen op het vlak van de prijsbepaling (verplichte toepassing van minimumprijzen of vaste prijzen), op het vlak van de af te nemen hoeveelheden (minimumafnameverplichtingen), op het vlak van het gebruik of de doorverkoop van producten of diensten, op de situatie na afloop van de contractuele relatie (niet-concurrentiebedingen), enz. Daarnaast bestaan ook tal van contractuele voorwaarden en mechanismen die er onrechtstreeks toe leiden dat de mededinging wordt beperkt. Een voorbeeld daarvan zijn contractuele sancties (zoals een bonusverlaging of vertraagde betaling van de marge) wanneer een distributeur de aan hem gestelde beperkingen niet naleeft.

14. De ruime beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten op het vlak van verticale relaties illustreert de diversiteit van situaties die zich kunnen voordoen, mede als gevolg van de constante evolutie van de distributie- en marketingtechnieken en de internationalisering van het handelsgebeuren.

15. In het kader van haar werkzaamheden is de Europese Commissie evenwel tot de bevinding gekomen dat verticale relaties, in vergelijking tot horizontale relaties, minder vaak aanleiding geven tot fundamentele bezwaren vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt.¹⁷ Deze vaststelling wordt ook gesterkt door economische analyse: verticale relaties zullen over het algemeen niet de oorzaak zijn van ernstige concurrentietoornissen, behalve indien de contractpartijen over marktmacht beschikken.¹⁸

16. Het is in het licht van die vaststelling dat de Europese Raad van Ministers, bij Verordening (EEG) nr. 19/65, aan de Europese Commissie de bevoegdheid heeft verleend om door middel van verordeningen de in artikel 101 lid 3 VWEU voorziene vrijstelling op groepen van verticale overeenkomsten toe te passen.¹⁹

17. De bedoeling van de Raad is evident: de Commissie moet aan de hand van de groepsvrijstelling rechtszeker-

heid bieden voor wat betreft de (niet-)toepassing van de mededingingsregels op bepaalde verticale overeenkomsten.²⁰ Het gaat met name om die overeenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU voldoen, omdat zij de economische efficiëntie binnen een productie- of distributieketen bevorderen door een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk te maken.²¹

18. De Groepsvrijstelling moet met andere woorden een veilige zone (in het Engels *safe harbour*) bieden voor verticale overeenkomsten die aan de strikte voorwaarden van de vrijstelling voldoen. Het is op grond van deze delegatie dat de Groepsvrijstelling is vastgesteld.

19. De Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten is niet de enige groepsvrijstelling die relevant kan zijn voor de beoordeling van overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen die betrekking hebben op verticale relaties. Eveneens pertinent zijn o.m. de groepsvrijstellingen inzake technologieoverdracht²² en motorvoertuigen²³. In geval van overlapping zal de Groepsvrijstelling wijken voor de meer specifieke groepsvrijstellingsverordeningen, tenzij in die verordeningen anders is bepaald (zie verder).

B. Voor- en nadelen van een groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten

20. De Groepsvrijstelling biedt de ondernemingen rechtszekerheid voor wat betreft de (niet-)toepassing van de Europese mededingingsregels op de door hen gesloten overeenkomsten die deels of volledig betrekking hebben op verticale relaties.

21. Meer bepaald kunnen zij aan de hand van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten op een vlotte en eenvoudige wijze bepalen of die overeenkomsten en de daarin opgenomen bepalingen in overeenstemming zijn met de mededingingsregels. Dat geldt overigens niet alleen voor de vraag of de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU voldaan zijn, maar ook voor de vraag omtrent de toepasselijkheid van artikel 101 lid 1 VWEU. Indien de Groepsvrijstelling van toepassing is, dan heeft het vaak ingewikkelde juridisch en economisch onderzoek naar de eventuele toepasselijkheid van die

17 Zie het op 22 januari 1997 door de Commissie gepubliceerde Groenboek betreffende verticale afspraken in het EG-concurrentiebeleid.

18 S. Bishop en M. Walker, *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London: Sweet 1999, p. 95 e.v. Zie ook de economische literatuur geciteerd door A. Reindl, 'Resale Price Maintenance and article 101: developing a more sensible analytical approach', *Fordham International Law Journal* 2010, vol. 33, p. 1300, i.h.b. p. 1305 e.v.

19 Zie artikel 1 lid 1 van Verordening (EEG) nr. 19/65/EEG, zoals gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1215/99 (*PbEG* 1999, L 148/1): 'Onverminderd de toepassing van Verordening nr. 17 kan de Commissie bij verordening overeenkomstig artikel 81, lid 3, van het Verdrag verklaren dat artikel 81, lid 1, niet van toepassing is op: (...) groepen overeenkomsten, gesloten tussen twee of meer ondernemingen die met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk op een verschillend niveau van de productie- of de distributieketen werkzaam zijn, betreffende de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten mogen kopen, verkopen of wederverkopen.'

20 Vijfde overwegende van Verordening (EG) nr. 1215/1999.

21 Zesde overwegende van de Groepsvrijstelling.

22 Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEU* 2004, L 123/11.

23 Verordening (EU) nr. 416/2010 van de Commissie van 27 mei 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, *PbEU* 2010, L 129/52.

laatste bepaling geen zin, omdat de overeenkomst in ieder geval in de veilige zone is beland.²⁴

22. De Groepsvrijstelling maakt het ook minder waarschijnlijk dat een verticale afspraak, in de loop van de uitvoering, door een medecontractant of door een derde op grond van een vermeend mededingingsrechtelijk probleem in vraag wordt gesteld. De Groepsvrijstelling biedt immers een duidelijk kader voor de beoordeling van dergelijke overeenkomsten. Indien een overeenkomst onder de Groepsvrijstelling valt, dan geniet zij automatisch van de vrijstelling voorzien in artikel 101 lid 3 VWEU. Een onderzoek naar de toepasselijkheid van de voorwaarden voor een individuele vrijstelling is dan overbodig. Een rechter zal dus minder snel geneigd zijn om een mededingingsrechtelijke argumentatie *au sérieux* te nemen, indien op grond van een eerste analyse blijkt dat de overeenkomst aan de toepassingsvoorwaarden van de Groepsvrijstelling voldoet.

23. De Groepsvrijstelling is niet alleen belangrijk voor de ondernemingen. Ook voor de nationale rechtscolleges en mededingingsautoriteiten is de Groepsvrijstelling bepalend.

24. Als gevolg van de in het kader van Verordening (EG) nr. 1/2003²⁵ doorgevoerde decentralisering is het belang van de Groepsvrijstelling op dit vlak overigens nog toegenomen. Immers, met de rechtstreekse toepassing van de Europese mededingingsregels, en i.h.b. van de vrijstelling voorzien in artikel 101 lid 3 VWEU door de nationale rechtscolleges en mededingingsautoriteiten,²⁶ neemt de noodzaak van een duidelijk en makkelijk toepasbaar rechtskader alleen maar toe. Niet alle rechtscolleges beschikken immers over de vereiste expertise om de vaak ingewikkelde economische context van een mededingingsbepalende afspraak te onderzoeken en op grond daarvan een juiste toepassing van de mededingingsregels te maken. De Groepsvrijstelling biedt op dit vlak een nuttig houvast: aan de hand van een duidelijk en bindend rechtskader kan de rechter vrij snel uitmaken welke overeenkomsten en beperkingen de toetsing aan de Europese mededingingsregels doorstaan.

25. Het voordeel van de Groepsvrijstelling, met name duidelijke regels voor de toepassing van het mededingingsrecht op verticale relaties, geeft ook aan wat de belangrijkste nadelen van de Groepsvrijstelling zijn.

26. De Groepsvrijstelling stelt een aantal strakke regels, teneinde het toelaatbare van het ontoelaatbare te scheiden, zonder rekening te houden met de bijzondere kenmerken van individuele gevallen. Dit is in het bijzonder het geval voor wat betreft de zgn. hardcorebeperkingen die in artikel 4 van de Groepsvrijstelling worden opgesomd. Overeenkomstig deze bepaling is de Groepsvrijstelling niet van toepassing op overeenkomsten die, direct of indirect, dergelijke mededingingsbeperkingen tot doel hebben. Het volstaat dat een dergelijke beperking in een overeenkomst wordt opgenomen om het voordeel van de Groepsvrijstel-

ling volledig teniet te doen. Er wordt niet eens naar de gevolgen van de betrokken beperking gekeken.

27. Een ander nadeel vloeit voort uit het feit dat de Groepsvrijstelling zeer algemene regels stelt die op een grote diversiteit van overeenkomsten van toepassing moeten zijn. Als gevolg van deze globale benadering is de toepassing van die regels in individuele gevallen niet altijd makkelijk omdat er geen rekening wordt gehouden met de specificiteiten van bepaalde contractuele regimes.²⁷

C. Structuur

28. Na een definitie van de belangrijkste begrippen die in de verordening aan bod komen (artikel 1), bepaalt artikel 2 lid 1 dat het in artikel 101 lid 1 VWEU bepaalde verbod niet van toepassing is op verticale overeenkomsten.

29. Het tweede, derde en vierde lid van artikel 2 verduidelijken de toepassing van die vrijstelling, resp. voor door ondernemingsverenigingen gesloten verticale overeenkomsten (lid 2), voor bepalingen i.v.m. intellectuele-eigendomsrechten (lid 3) en voor verticale overeenkomsten tussen concurrenten (lid 4). Artikel 2 lid 5 voorziet dat de Groepsvrijstelling niet van toepassing is op 'verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsgebied van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt, tenzij in een dergelijke verordening anders is bepaald'.

30. Het zeer ruime toepassingsgebied van de in artikel 2 voorziene vrijstelling wordt alleen beperkt door de artikelen 3 tot en met 5.

31. Artikel 3 voorziet meer bepaald dat de Groepsvrijstelling enkel van toepassing is indien het marktaandeel van zowel leverancier als afnemer niet meer bedraagt dan 30% van de relevante markt. Dit marktaandeel moet overeenkomstig artikel 7 worden berekend. In artikel 4 worden de beperkingen opgesomd 'die het voordeel van de groepsvrijstelling tenietdoen' (de zgn. hardcorebeperkingen), terwijl artikel 5 de 'uitgesloten beperkingen' opsomt.

32. Wat niet krachtens die drie bepalingen van de toepassing van de Groepsvrijstelling wordt uitgesloten, is dus toegelaten.²⁸

33. Artikel 6 geeft de Europese Commissie bovendien de bevoegdheid om, overeenkomstig artikel 1bis van Verordening (EEG) nr. 19/65, de Groepsvrijstelling voor bepaalde verticale overeenkomsten buiten toepassing te verklaren.

34. Voorts regelen de artikelen 7 en 8 de berekening van resp. de marktaandelen en de omzetcijfers die relevant zijn voor de toepassing van de Groepsvrijstelling. Het gaat i.h.b. om de omzet bedoeld in artikel 2 lid 2 en het marktaandeel bedoeld in artikel 3.

35. De artikelen 9 en 10 bepalen ten slotte het temporeel toepassingsgebied van de Groepsvrijstelling. Krachtens artikel 10 treedt de verordening in werking op 1 juni 2010. Artikel 9 bepaalt evenwel bij wijze van overgangsmaatregel

24 HvJ 2 april 2009, zaak C-260/07 (*Pedro IV Servicios*), *Jur.* 2009, I-2437, r.o. 36.

25 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2003, L1/1 (hierna: Verordening (EG) nr. 1/2003).

26 Artikelen 5 en 6 Verordening (EG) nr. 1/2003.

27 In dit verband, zie verder de analyse van het begrip 'actieve verkoop' in de context van selectieve distributiestelsels.

28 Of zoals R. Whish het stelt: 'If it is not forbidden, it is permitted.' Zie R. Whish, 'Regulation 2790/99: the Commission's "new style" Block exemption for vertical agreements', *C.M.L.R.* 2000, p. 887.

dat het in artikel 101 lid 1 VWEU neergelegde verbod gedurende de periode van 1 juni 2010 tot en met 31 mei 2011 niet van toepassing is op overeenkomsten die op 31 mei 2010 van kracht waren en in overeenstemming waren met de vorige groepsvrijstelling, met name Verordening (EG) nr. 2790/1999. In het licht van de wijzigingen die in de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten zijn doorgevoerd, is deze bepaling voornamelijk relevant voor de overeenkomsten die werden gesloten tussen een leverancier en een afnemer die beiden marktaandeel boven de 30% hebben. Dergelijke overeenkomsten kunnen, voor zover zij aan de andere voorwaarden van Verordening (EG) nr. 2790/1999 voldoen, nog tot en met 31 mei 2011 van de krachtens die verordening toegekende vrijstelling genieten.

D. Gevolgen van de (niet-)toepasselijkheid van de Groepsvrijstelling

36. Krachtens artikel 2 van de Groepsvrijstelling genieten de verticale overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van de verordening vallen automatisch van de in artikel 101 lid 3 VWEU voorziene vrijstelling. De Groepsvrijstelling is dus een vlotte en praktische manier om het voordeel van een dergelijke vrijstelling te genieten.

37. Dit betekent echter niet dat een overeenkomst die niet aan de toepassingsvoorwaarden van de Groepsvrijstelling voldoet *ipso facto* nietig is. Of zoals de Europese Commissie het stelt, er geldt in dat geval 'geen vermoeden dat deze verticale overeenkomsten onder artikel 101, lid 1, van het Verdrag vallen of dat zij niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, van het Verdrag voldoen'.²⁹ Anders dan het Amerikaanse recht kent het Europese mededingingsrecht immers geen *per se* verbod.

38. Wel is er dan nood aan een individuele beoordeling van de betrokken overeenkomst in het licht van de toepassingsvoorwaarden van artikel 101 lid 1 en 3 VWEU. Zijn die voorwaarden niet vervuld, dan is de overeenkomst van rechtswege nietig.³⁰ In het kader van deze beoordeling zullen de Richtsnoeren ongetwijfeld een nuttige leidraad zijn.

E. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen

39. Kort na de publicatie van de Groepsvrijstelling heeft de Commissie een vernieuwde versie van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen bekendgemaakt. In die Richtsnoeren zet de Europese Commissie de beginselen

uiteen die zij zal toepassen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 101 VWEU. Het eerste deel van de Richtsnoeren heeft specifiek betrekking op de toepassing van de Groepsvrijstelling, terwijl het tweede deel voornamelijk het handhavingsbeleid van de Commissie in individuele gevallen wil toelichten.

40. De vraag naar het bindende karakter van richtsnoeren is reeds eerder door de Europese rechtscolleges beslecht. Op grond van het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel oordelen de Europese rechtscolleges dat de Commissie ertoe is gehouden om de eigen regels te eerbiedigen en toe te passen.³¹ De Richtsnoeren zijn daarentegen niet bindend voor de ondernemingen, voor de nationale of Europese rechtscolleges en voor de nationale mededingingsautoriteiten.³² Zij hebben daarentegen wel een belangrijke interpretatieve waarde, ook voor de Europese rechtscolleges.³³ De Richtsnoeren worden hierna dan ook veelvuldig geciteerd.

41. Volledigheidshalve kan ook naar de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU verwezen worden.³⁴ Deze richtsnoeren blijven relevant voor de beoordeling van verticale overeenkomsten, vermits zijde algemene methode van de Commissie en haar interpretatie van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU bevatten. In de richtsnoeren inzake verticale beperkingen wordt dan ook herhaaldelijk naar die algemene richtsnoeren verwezen.

III. Toepassingsgebied van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten

A. Verticale overeenkomsten die onder artikel 101 lid 1 VWEU vallen

1. Toepassingsvoorwaarden van artikel 101 lid 1 VWEU

42. De Groepsvrijstelling is in beginsel enkel toepasselijk op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen die onder het toepassingsgebied van het in artikel 101 lid 1 VWEU voorziene verbod vallen.³⁵

43. Artikel 101 lid 1 VWEU voorziet drie cumulatieve voorwaarden voor de toepasselijkheid van dit verbod: (i) het moet gaan om overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling

²⁹ Negende overwegende van de Groepsvrijstelling.

³⁰ Zie in die zin HvJ 30 april 1998, zaak C-230/96 (*Cabour*), *Jur.* 1998, I-2055, r.o. 48; HvJ 10 september 2008, zaak C-279/06 (*CEPSA*), *Jur.* 2008, I-6681, r.o. 72.

³¹ Zie o.m. HvJ 15 januari 2002, zaak C-171/00 P (*Libéros/Commissie*), *Jur.* 2002, I-451, r.o. 35; HvJ 28 juni 2005, zaken C-189/02 P en C-202/02 P (*Dansk Rørindustri A/S*), zaken C-205/02 P tot C-208/02 P en C-213/02 P, *Jur.* 2005, I-05425, r.o. 209-211.

³² Zie ook F. Wijckmans, 'Tot zover het verbod op actieve verkoop', *R.W.* 2002-2003, p. 89-91.

³³ R. Whish en D. Bailey, 'Regulation 330/2010: the Commission's new Block exemption for vertical agreements', *C.M.L.R.* 2010, p. 1760.

³⁴ *PbEU* 2004, C 101/97.

³⁵ Richtsnoeren, randnr. 8. Zie ook de definitie van 'verticale beperking' in artikel 1 lid 1 onder b) van de Groepsvrijstelling. Hierboven werd evenwel aangegeven dat de Groepsvrijstelling het voordeel biedt dat zij de ondernemingen ontslaat van het vaak ingewikkelde economische en juridische onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 101 lid 1 VWEU, omdat de overeenkomsten die onder de Groepsvrijstelling vallen reeds in de veilige zone zijn beland.

afgestemde feitelijke gedragingen,³⁶ (ii) die tot voorwerp of gevolg hebben dat de mededinging merkbaar wordt verhinderd, verstoord of vervalst, en (iii) die de interstatelijke handel ongunstig kunnen beïnvloeden.

44. Indien een van deze voorwaarden manifest niet is voldaan, heeft een onderzoek van de eventuele toepasselijkheid van de Groepsvrijstelling geen zin aangezien er dan geen behoefte is aan een vrijstelling.

45. Zoals de Europese Commissie in de Richtsnoeren aangeeft is dit o.a. het geval voor overeenkomsten van geringe betekenis (zgn. *de minimis*).³⁷ Voor die overeenkomsten wordt immers aangenomen dat zij niet onder het in artikel 101 lid 1 VWEU neergelegde verbod vallen, omdat zij de mededinging niet merkbaar kunnen beperken. In de *de minimis*-Bekendmaking³⁸ geeft de Europese Commissie aan dat dit het geval is wanneer verticale overeenkomsten worden gesloten tussen niet-concurrerende ondernemingen waarvan het individuele marktaandeel op de relevante markt niet meer dan 15% bedraagt. In de beperkte gevallen waar de Groepsvrijstelling ook van toepassing is op overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen (zie artikel 2 lid 4), mag het marktaandeel niet groter zijn dan 10%. Dit marktaandeel verlaagt ten slotte naar 5% indien er sprake is van een cumulatief marktafschermings-effect van parallelle netwerken van overeenkomsten die soortgelijke effecten op de markt hebben.³⁹ Bovendien mogen de betrokken overeenkomsten geen zgn. hardcorebeperkingen inhouden.⁴⁰ Is dit wel het geval, dan is de *de minimis*-Bekendmaking niet van toepassing.

46. Ook de overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen⁴¹ zullen in de regel niet onder het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU vallen, omdat dergelijke overeenkomsten meestal niet van die aard zijn dat zij de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden of de mededinging op merkbare wijze beperken.⁴²

47. De niet-ervulling van de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel betekent evenwel niet dat de Groepsvrijstelling niet meer relevant is voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van de desbetreffende verticale overeenkomsten.

48. De voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de interstatelijke handel is immers eigen aan het Europese

mededingingsrecht. Voor nationale regimes die voorzien dat het nuttig effect van een Europese groepsvrijstelling doorwerkt in het nationale recht (zoals het Belgische recht⁴³) blijft de Groepsvrijstelling wel relevant.

49. Ten slotte moet ook worden gewezen op de bijzondere beoordeling van agentuurovereenkomsten. Indien een agent geen of slechts minimale risico's neemt in verband met de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit namens de principaal, dan vallen die verplichtingen buiten het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU omdat zij volledig aan de activiteiten van de principaal worden toegerekend.⁴⁴ Indien de agent echter wel een aantal risico's draagt (bijvoorbeeld investeringen in verkooppunt) dan is er geen sprake van een agentuurovereenkomst en zijn de mededingingsregels wel toepasselijk op de door hem onderhandelde overeenkomsten.⁴⁵

2. Verticale overeenkomsten

50. Volgens de definitie in artikel 1 lid 1 onder a) van de Groepsvrijstelling is er sprake van een verticale overeenkomst wanneer de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst werkzaam zijn in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen.⁴⁶

51. Het gaat hier in de eerste plaats om klassieke distributieovereenkomsten waarbij een producent van goederen of diensten (volgens de terminologie van de Groepsvrijstelling een 'leverancier') een overeenkomst sluit met een distributeur (een 'afnemer') voor de verdeling van zijn goederen op groot- of detailhandelsniveau. De Groepsvrijstelling is evenwel niet beperkt tot zuivere distributie, maar geldt voor alle verticale relaties. Zij is bijvoorbeeld ook van toepassing op overeenkomsten gesloten tussen een producent van goederen en een andere onderneming die deze goederen in zijn producten integreert. De Groepsvrijstelling is bovendien ook van toepassing op intermediaire producten die door een andere partij dan de leverancier worden gebruikt in het kader van de vervaardiging van andere producten of diensten.

52. Artikel 1 lid 1 onder a) vereist tevens dat de overeenkomst betrekking moet hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen.

36 Gelet op de vereiste van 'onderneming', zijn de mededingingsregels enkel van toepassing op b2b-relaties; relaties tussen ondernemingen en consumenten (b2c-relaties) vallen daar niet onder. In de Richtsnoeren (i.h.b. randnr. 25) geeft de Europese Commissie voorts duiding over het verschil tussen overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen, enerzijds, en de eenzijdige gedragingen, anderzijds. De daarin toegelichte beginselen vloeien voort uit de arresten *Commissie/Volkswagen* (HvJ 13 juli 2006, zaak C-74/04 P, *Jur.* 2006, I-6865) en *Bayer/Commissie* (Ger. 26 oktober 2000, zaak T-41/96, *Jur.* 2000, II-3383; bevestigd door HvJ 6 januari 2004, zaak C-2/01 P (*BAI en Commissie/Bayer*), *Jur.* 2004, p. I-23).

37 Richtsnoeren, randnr. 8 e.v.

38 Bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beïnvloeden in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *PbEG* 2001, C 368/13 (hierna: *de minimis*-Bekendmaking).

39 *De minimis*-Bekendmaking, randnr. 8.

40 *De minimis*-Bekendmaking, randnr. 7. Het begrip 'hardcorebeperking' komt later in deze bijdrage aan bod. De lijst van hardcorebeperkingen in de *de minimis*-Bekendmaking is voorts bijna identiek aan de lijst opgenomen in de Groepsvrijstelling. Daaruit volgt dat het voordeel van de *de minimis*-Bekendmaking vrij gering is voor zgn. hardcorebeperkingen omdat die beperkingen, ook al gaat het om overeenkomsten van geringe betekenis, nog altijd een mededingingsrechtelijk probleem kunnen stellen.

41 Zoals gedefinieerd in de bijlage bij de Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, *PbEU* 2003, L 124/36.

42 *De minimis*-Bekendmaking, randnr. 3.

43 Artikel 69 Gecoörd. Wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *B.S.*, 29 september 2006.

44 Richtsnoeren, randnr. 12-21.

45 Richtsnoeren, randnr. 18.

46 In Verordening (EG) nr. 2790/1999 werd deze definitie in artikel 2 lid 1 gegeven. De Europese Commissie heeft er wijselijk voor gekozen om deze definitie in artikel 1 onder te brengen.

53. Dit is natuurlijk een belangrijke beperking: contractuele relaties zoals verhuur, leasing en consignatie, vallen niet onder het toepassingsgebied van de Groepsvrijstelling.⁴⁷ Bovendien zullen ook clausules die niet onmiddellijk betrekking hebben op koop, verkoop of doorverkoop buiten de Groepsvrijstelling vallen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn voor bepalingen die de mogelijkheid om onafhankelijk aan onderzoek en ontwikkeling te doen aan banden leggen.⁴⁸

B. Bijzondere toepassingsgevallen

1. Verticale overeenkomsten gesloten door ondernemingsverenigingen

54. Overeenkomstig artikel 2 lid 2 is de Groepsvrijstelling ook van toepassing op verticale overeenkomsten gesloten tussen een ondernemingsvereniging en haar leden, of tussen een dergelijke vereniging en haar leveranciers. Er moeten evenwel twee cumulatieve voorwaarden vervuld zijn. In de eerste plaats moeten alle leden detailhandelaars van goederen zijn. De vrijstelling is dus niet van toepassing indien er ook een aantal groothandelaars of producenten lid zijn van de ondernemingsvereniging. De vrijstelling geldt bovendien enkel voor detailhandelaars van goederen en niet van diensten.

55. De tweede vereiste is dat geen enkel individueel lid (inclusief de ondernemingen die daarmee verbonden zijn) van de vereniging een totale jaaromzet van meer dan € 50 miljoen behaalt.⁴⁹ Met jaaromzet in de zin van deze bepaling worden de omzetten bedoeld die in het vorige boekjaar door de relevante partij bij de overeenkomst en de met haar verbonden ondernemingen met alle goederen en diensten zijn gerealiseerd, exclusief alle belastingen en andere heffingen (artikel 8 lid 1). Hierbij wordt geen rekening gehouden met transacties tussen de partij bij de verticale overeenkomst en de met haar verbonden ondernemingen of tussen de met haar verbonden ondernemingen onderling.

56. Het moet evenwel duidelijk zijn dat de eventuele toepasselijkheid van de Groepsvrijstelling op de verticale overeenkomsten gesloten door een ondernemingsvereniging nog geen vrijgeleide is vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt. Naast de verticale relatie moet immers ook (en zelfs prioritair) de wettelijkheid van de (horizontale) overeenkomsten tussen de leden van de ondernemingsvereniging en de beslissingen genomen door een dergelijke vereniging aan artikel 101 lid 1 VWEU worden getoetst.⁵⁰

2. Bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten in verticale overeenkomsten

57. De Groepsvrijstelling kan ook van toepassing zijn op verticale overeenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten.

58. Daartoe is evenwel vereist dat die bepalingen slechts een *accessoir* belang hebben voor het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten⁵¹ (artikel 2 lid 3). Een overeenkomst waarbij het gebruik of de overdracht van intellectuele eigendom centraal zou staan (bijvoorbeeld een licentieovereenkomst) kan dus niet onder deze Groepsvrijstelling vallen. Dit sluit natuurlijk niet uit dat dergelijke overeenkomst eventueel onder een andere groepsvrijstellingsverordening zou kunnen vallen, zoals bijvoorbeeld de groepsvrijstellingsverordening inzake technologieoverdracht.⁵²

59. Het is tevens vereist dat de bepalingen inzake intellectuele-eigendomsrechten *rechtstreeks* met het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer verband houden, meer bepaald doordat zij dit gebruik, verkoop of wederverkoop vergemakkelijken. Het klassieke voorbeeld is de franchisingovereenkomst waarbij de franchisegever een licentie toekent voor het gebruik van de intellectuele-eigendomsrechten (knowhow en merk) die nodig zijn voor de uitbating van de handelsactiviteit die het voorwerp is van de franchise en de betrokken rechten niet de kern van de overeenkomst zijn.⁵³

60. Contractuele bepalingen in verband met de intellectuele-eigendomsrechten kunnen natuurlijk niet worden gebruikt om via een afgeleide weg mededingingsbeperkingen in te voeren waarvoor krachtens de Groepsvrijstelling geen vrijstelling geldt. Een voorbeeld hiervan is een bepaling die het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten (bijvoorbeeld een merk) door een distributeur tot een bepaald gebied beperkt, zodat hij niet buiten dat gebied passief kan verkopen. Een dergelijke bepaling zou immers tot doel hebben om passieve verkopen door de distributeur buiten het aan hem toegewezen gebied te verhinderen, wat neerkomt op een hardcorebeperking die niet voor vrijstelling in aanmerking kan komen (zie verder).

47 Richtsnoeren, randnr. 26.

48 F. Wijckmans, 'Verticale overeenkomsten: een Europese facelift', *T.B.H.* 2010-7, p. 599.

49 In de Richtsnoeren (randnr. 29) wordt wel verduidelijkt dat, indien slechts een beperkt aantal leden een omzet van meer dan € 50 miljoen behalen, de analyse onder artikel 101 VWEU normalerwijze niet anders zal zijn.

50 Over de toepassing van artikel 101 VWEU op overeenkomsten van gezamenlijke inkoop, zie de nieuwe Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C 11/01, i.h.b. p. 44 e.v.

51 De intellectuele-eigendomsrechten moeten door de leverancier aan de afnemer of diens klant ter beschikking worden gesteld. Ze vallen dus niet onder de Groepsvrijstelling de overeenkomsten betreffende de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten (bijvoorbeeld knowhow) aan de leverancier, die mogelijkbeperkingen inzake de verkoop door de leverancier omvat. Zie Richtsnoeren, randnr. 34.

52 Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEU* 2004, L 123/11.

53 Richtsnoeren, randnr. 36.

3. Verticale overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen

61. De vrijstelling voorzien in artikel 2 lid 1 is in principe niet van toepassing indien de partijen bij de verticale overeenkomst concurrenten⁵⁴ zijn (artikel 2 lid 4).

62. Op deze regel bestaan twee uitzonderingen.

63. In de eerste plaats is de vrijstelling wel van toepassing wanneer concurrerende ondernemingen een niet-wederkerige verticale overeenkomst sluiten voor de distributie van goederen (waarbij de ene partij leverancier is en de andere distributeur van de goederen) én zij enkel op het distributieniveau, maar niet op productieniveau concurrenten zijn (artikel 2 lid 4 onder a) van de Groepsvrijstelling).

64. Daarnaast is de Groepsvrijstelling ook van toepassing wanneer concurrenten een niet-wederkerige verticale overeenkomst sluiten én de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrent is op het handelsniveau waar hij de diensten aankoopt (artikel 2 lid 4 onder b) van de Groepsvrijstelling).

C. Toepassing van andere groepsvrijstellingen

65. Aangezien de Groepsvrijstelling op het vlak van verticale overeenkomsten als een soort *lex generalis* fungeert, is het niet verwonderlijk dat zij niet van toepassing is indien het onderwerp van bepaalde verticale overeenkomsten binnen het toepassingsgebied van andere (meer specifieke) groepsvrijstellingen valt.

66. De groepsvrijstellingsverordening kan aldus niet worden ingeroepen voor verticale overeenkomsten die binnen de werkingssfeer vallen van Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht,⁵⁵ 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 ontwikkelingsovereenkomsten⁵⁶ en 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.⁵⁷

67. Het is natuurlijk wel mogelijk dat die meer specifieke groepsvrijstellingen anders bepalen.

68. Dit is het geval voor de groepsvrijstelling voor de motorvoertuigensector. De Commissie heeft gelijktijdig met de Groepsvrijstelling het consultatieproces opgestart voor de herziening van de groepsvrijstelling voor deze bijzondere sector.⁵⁸ Dit heeft uiteindelijk geleid tot de Verordening (EU) nr. 461/2010 van de Commissie van 27 mei 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector,⁵⁹ die eveneens op 1 juni 2010 in werking is getreden.

69. De nieuwe groepsvrijstelling voor de motorvoertuigensector voorziet, vanaf 1 juni 2013, in een volledige convergentie met het regime van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten,⁶⁰ m.a.w. vanaf die datum zullen de verticale overeenkomsten in de motorvoertuigensector de algemene regels van de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten moeten volgen. In de periode van 1 juni 2010 tot en met 31 mei 2013 geldt bovendien een partiële convergentie voor overeenkomsten met betrekking tot de koop en verkoop van reserveonderdelen en met betrekking tot herstellings- en onderhoudsdiensten voor motorvoertuigen. Vanaf 1 juni 2010 is het regime van de Groepsvrijstelling volledig op die overeenkomsten van toepassing, met toevoeging van een drietal bijzondere harde kernbeperkingen.⁶¹

IV. Toepassingsvoorwaarden van de Groepsvrijstelling

70. Sinds de fundamentele ommezwaai van Verordening (EG) nr. 2790/1999 wordt in de groepsvrijstelling geen exhaustieve opsomming meer gemaakt van de verticale overeenkomsten en beperkingen waarop die vrijstelling van toepassing is.

71. De Europese Commissie gaat er immers van uit dat alle verticale overeenkomsten en beperkingen in beginsel aan de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU zullen voldoen indien zij drie vereisten respecteren: (i) de contractpartijen hebben geen marktmacht, (ii) de overeenkomsten houden geen hardcorebeperkingen in, en (iii) er zijn geen uitgesloten beperkingen. Volgens de Commissie waarborgen deze voorwaarden 'gewoonlijk dat de overeenkomsten waarvoor de groepsvrijstelling geldt, de deelnemende ondernemingen niet de mogelijkheid geven voor

54 De term 'concurrerende onderneming' wordt in artikel 1 lid 1 onder c) gedefinieerd als zijnde: 'een daadwerkelijke of potentiële concurrent; "daadwerkelijke concurrent" betekent een onderneming die actief is op dezelfde relevante markt; "potentiële concurrent" betekent een onderneming die, bij afwezigheid van de verticale overeenkomst, op grond van realistische verwachtingen en niet als louter theoretische mogelijkheid, in geval van een geringe maar duurzame verhoging van de relatieve prijzen wellicht binnen een korte tijd de vereiste extra investeringen zou doen of andere noodzakelijke omschakelingskosten zou maken om de relevante markt te betreden'.

55 PbEU 2004, L 123/11.

56 PbEU 2010, L 335/36.

57 PbEU 2010, L 335/43.

58 Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, PbEG 2002, L 203/30.

59 PbEU 2010, L 129/52.

60 Zie artikel 3 Verordening (EU) nr. 461/2010.

61 Zie artikel 5 Verordening (EU) nr. 461/2010.

een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen'.⁶²

72. Hierna worden deze drie cruciale voorwaarden onderzocht.

A. Marktaandeeldrempel

73. Krachtens artikel 3 van de Groepsvrijstelling is de vrijstelling enkel toepasselijk indien de marktaandelen van de leverancier en de afnemer niet meer bedragen dan 30% van de relevante markt waarop zij de contractgoederen of -diensten verkopen (i.g.v. de leverancier) resp. kopen (i.g.v. de afnemer).

74. De invoering van deze dubbele drempel is meteen ook de voornaamste innovatie van de Groepsvrijstelling en vloeit voort uit de bekommernis van de Europese Commissie om de negatieve gevolgen van de toegenomen afnamemacht van grootdistributeurs (supermarktketens, enz.) in te perken.

75. De dubbele drempel berust op het (weerlegbare) vermoeden dat wanneer het marktaandeel dat door elk van de partijen bij de overeenkomst op de relevante markt wordt gehouden de 30% niet overschrijdt, verticale overeenkomsten over het algemeen tot een verbetering van de productie of van de verdeling der producten leiden en een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt.⁶³

76. De in het mededingingsrecht gespecialiseerde economen en juristen zullen echter beamen dat het bepalen van de relevante markt en de berekening van het marktaandeel op die markt geen evidente zaak is.⁶⁴ Bovendien is het bijzonder moeilijk voor ondernemingen om in te schatten wat het marktaandeel van de tegenpartij is, temeer wanneer zij niet actief zijn op de betrokken markt.⁶⁵ De dubbele drempel kan voorts tot gevolg hebben dat een leverancier die eenzelfde overeenkomst met twee verschillende kopers sluit, rekening houdende met het respectievelijke marktaandeel van deze kopers, zich in het eerste geval wel op de Groepsvrijstelling kan beroepen en in het tweede geval niet.

77. Enige soelaas in deze delicate oefening bieden de specifieke regels voor de berekening van het marktaandeel die in artikel 7 zijn bepaald. De stelregel is dat het marktaandeel wordt berekend op grond van de waarde van de aankopen resp. verkopen op de markt tijdens het voorgaande kalenderjaar. Dit omvat ook de zgn. intragroepsverkopen, d.w.z. verkoop van goederen en diensten aan verticaal geïntegreerde distributeurs.⁶⁶ Zijn

die gegevens niet beschikbaar, dan kan er ook gebruik worden gemaakt van 'ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie' gebaseerd zijn.⁶⁷ Ook wordt rekening gehouden met de situatie waar het marktaandeel van een onderneming van jaar tot jaar boven of beneden de marktaandeeldrempel ligt.

78. Naast de invoering van de dubbele drempel heeft de Europese Commissie in de Richtsnoeren ook bijkomende aanwijzingen gegeven over haar mededingingsrechtelijke beoordeling van marketingtechnieken die eigen zijn aan de grootdistributie: vooraf te betalen toegangsvergoedingen⁶⁸ enerzijds en categoriemanagementovereenkomsten anderzijds.⁶⁹ Volgens de Commissie kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen tot een concurrentiebeperkende uitsluiting van andere distributeurs (beperking van intrabrand mededinging) leiden. Categoriemanagementovereenkomsten houden daarentegen voornamelijk een risico op uitsluiting van andere leveranciers (beperking van interbrand mededinging) in. Beide overeenkomsten kunnen echter ook een aantal efficiënties tot gevolg hebben. In de moeilijke afweging tussen de efficiënties enerzijds en de mededingingsbeperkingen anderzijds, zal de marktmacht van de partijen veelal een determinerende rol spelen.

B. Uitgesloten overeenkomsten

1. Algemeen

79. Artikel 4 van Groepsvrijstelling is ongetwijfeld het zwaartepunt van de regeling. Volgens die bepaling is de Groepsvrijstelling niet van toepassing wanneer een verticale overeenkomst een van de daarin opgesomde beperkingen, direct of indirect, tot doel heeft.⁷⁰

80. De enkele aanwezigheid van een dergelijke beperking, ongeacht of die al dan niet een accessoir belang heeft voor de overeenkomst, volstaat dus om het voordeel van de Groepsvrijstelling voor de gehele overeenkomst teniet te doen.⁷¹ Dergelijke beperkingen kunnen niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden. Bovendien kunnen zij ook niet individueel genieten van het voordeel van de Groepsvrijstelling.

81. Het gaat hier om zgn. hardcorebeperkingen. Wanneer een dergelijke beperking in een overeenkomst is opgenomen, geldt een vermoeden dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU valt en dat de overeenkomst niet aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU beantwoordt.⁷² Dat de partijen bij deze overeenkomst slechts een gering marktaandeel zouden

62 Twaalfde overwegende van de Groepsvrijstelling.

63 Achtste overwegende bij de Groepsvrijstelling.

64 De voornaamste beginselen zijn neergelegd in de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5.

65 L. Idot, 'Aperçu du nouveau régime des accords verticaux', *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur* 2010 (juli), p. 9, randnr. 17.

66 Artikel 7 onder c) van de Groepsvrijstelling.

67 Artikel 7 onder a) van de Groepsvrijstelling.

68 Richtsnoeren, randnrs. 203-208.

69 Richtsnoeren, randnrs. 209-213.

70 De aanhef van artikel 4 is bijzonder ruim geformuleerd en doelt ook op onrechtstreekse mechanismen die dergelijke verboden tot doel hebben: 'De in artikel 2 bepaalde vrijstelling is niet van toepassing op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben: (...)' (cursivering toegevoegd).

71 Richtsnoeren, randnrs. 47 en 70.

72 Richtsnoeren, randnr. 47.

hebben, is in dit geval van geen belang. Het staat die ondernemingen natuurlijk vrij om aan te tonen dat artikel 101 lid 1 VWEU niet van toepassing is of dat de betrokken overeenkomst concurrentiebevorderende effecten in de zin van artikel 101 lid 3 VWEU heeft. Een feitelijke beoordeling van de negatieve effecten van de overeenkomst op de mededinging zal echter steeds noodzakelijk zijn alvorens te besluiten dat aan de voorwaarden van individuele vrijstelling is voldaan.

82. De opname van een hardcorebeperking in een overeenkomst zal veelal een stigmatiserend effect hebben op de hele overeenkomst. Een rechter of mededingingsautoriteit zal immers vrij snel (*a fortiori* in het kader van een *prima facie*-beoordeling) tot de bevinding komen dat de overeenkomst de mededingingsregels schendt nu zij een dergelijke beperking voorziet. De onderneming die de uitvoering van een dergelijke overeenkomst wil afdwingen staat dan voor een loodzware taak: zij moet aantonen dat, ondanks de opname van een hardcorebeperking, de verticale overeenkomst niettemin aan het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU ontsnapt of aan de voorwaarden voor een individuele vrijstelling op grond van artikel 101 lid 3 VWEU voldoet. Dit vereist overigens een zeer grondige economische analyse van de impact op de mededinging, wat niet evident zal zijn in het kader van procedures voor niet-gespecialiseerde rechtscolleges.

83. De in artikel 4 opgesomde hardcorebeperkingen hebben betrekking op verticale prijsbinding en op bepaalde vormen van territoriale beperking. Daarnaast worden ook bijzondere beperkingen in het kader van selectieve distributiestelsels en beperkingen op de verkoop en doorverkoop van componenten en onderdelen geïllustreerd.

84. Deze lijst is niet nieuw. Zowel de Verordening (EG) nr. 2790/1999⁷³ als de *de minimis*-Bekendmaking⁷⁴ bevat een bijna identieke opsomming van hardcorebeperkingen.

85. In het kader van de herziening van de Groepsvrijstelling werden deze bepalingen echter op een aantal (beperkte) punten aangevuld of verduidelijkt. Hierna volgt een toelichting.

2. Verticale prijsbinding

86. Prijsafspraken worden in het Europese mededingingsrecht steeds als hardcorebeperkingen aanzien, ongeacht of zij een verticaal of horizontaal karakter hebben.

87. In artikel 4 onder a) van de Groepsvrijstelling wordt verticale prijsbinding omschreven als 'de beperking van de mogelijkheid van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs'.

88. Het gaat dus meestal om contractuele bepalingen die, direct of indirect, tot doel hebben om de afnemer (bijvoorbeeld de distributeur) ertoe te verplichten een minimumprijs of een vaste prijs bij de verkoop van de betrokken

producten of diensten te hanteren. In de Richtsnoeren wordt een aantal voorbeelden gegeven van indirecte prijsbinding, zoals de vaststelling van de marge van de distributeur en de vaststelling van de maximumkortingen die de distributeur t.o.v. een bepaald prijsniveau kan hanteren.⁷⁵ Dergelijke bepalingen beperken de mogelijkheid voor de distributeur om lagere verkoopprijzen te hanteren, bijvoorbeeld door het afstaan van een deel van zijn distributiemarge aan de consument.

89. De Europese Commissie verduidelijkt in artikel 4 onder a) dat er geen sprake is van een hardcorebeperking wanneer een leverancier een maximumprijs oplegt of zijn afnemers een verkoopprijs aanraadt. Het is dus nog steeds mogelijk om lijsten met adviesprijzen te hanteren. Het spreekt voor zich dat deze positieve beoordeling niet geldt indien blijkt dat de leverancier onrechtstreeks probeert om de afnemer te verplichten om deze adviesprijzen na te leven. Dit zal het geval zijn indien de leverancier druk uitoefent op de afnemer om dit prijsniveau te hanteren (door middel van sancties, bedreigingen, beperkingen bij terugbetaling van promotiekosten, enz.) of indien hij bepaalde maatregelen hanteert die tot gevolg hebben dat de prikkel om de wederverkoopprijs te doen dalen danig verzwakt.⁷⁶ De mededingingsautoriteit of rechter die over rechtmatigheid van een adviesprijs moet oordelen, zal dus steeds moeten nagaan of de door de leverancier aanbevolen detailhandelsprijs in werkelijkheid niet neerkomt op een vaste verkoopprijs of minimumverkoopprijs, rekening houdende met alle contractuele verplichtingen, gezien in hun economische en juridische context, en met het gedrag van de partijen.⁷⁷

90. Een twijfelgeval is de vermelding van een richtprijs/adviesprijs op het product zelf. O.i. zal dit vaak in de buurt komen van prijsbinding, omdat de distributeur van het product geen prikkel meer heeft om de prijs te verlagen. Hij kan er immers van uitgaan dat ook zijn concurrenten die prijs zullen toepassen, mede omdat de consumenten de adviesprijs als een werkelijke prijs zullen aanzien of op zijn minst niet geneigd zullen zijn om de toepassing van die prijs in vraag te stellen.

3. Marktverdeling

91. Niet geheel onverwacht, gelet op de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van de Europese rechtscolleges,⁷⁸ worden territoriale beperkingen en beperkingen met betrekking tot cliënteel eveneens als hardcorebeperkingen aangemerkt. Volgens artikel 4 onder b) gaat het meer bepaald om 'de beperking van het gebied waarin of de klanten aan wie een afnemer die partij is bij de overeenkomst (...) contractgoederen of -diensten mag verkopen'.

73 Zie artikel 4 Verordening (EG) nr. 2790/1999.

74 Zie randnr. 7 van de *de minimis*-Bekendmaking.

75 Richtsnoeren, randnr. 48.

76 Richtsnoeren, randnr. 48.

77 HvJ 2 april 2009, zaak C-260/07 (*Pedro IV Servicios*), *Jur.* 2009, I-2437, r.o. 79; HvJ 10 september 2008, zaak C-279/06 (*CEPSA*), *Jur.* 2008, I-6681, r.o. 71.

78 Zie o.m. het recente arrest inzake *GlaxoSmithKline Services* (HvJ 6 oktober 2009, zaak C-501/06 P, *Jur.* 2009, I-9291). Uit dit arrest en de verdere rechtspraak van het Hof en het Gerecht inzake parallelhandel blijkt dat de strikte toepassing van de mededingingsregels op marktverdelingsovereenkomsten, naast doelstellingen van vrije concurrentie, ook de vrijmaking van interne markt moet verzekeren.

92. Artikel 4 onder b) heeft enkel betrekking op de verkoop door een afnemer. Het is dus wel toegelaten om aan de leverancier een verbod op te leggen om in het gebied of aan de klantengroep te verkopen.⁷⁹ Ook een beperking ten aanzien van de vestigingsplaats van de afnemer blijft mogelijk.

93. In de Richtsnoeren geeft de Europese Commissie terecht aan dat marktverdeling niet alleen het gevolg kan zijn van directe verplichtingen (bijvoorbeeld verplichtingen om niet aan bepaalde klanten of niet aan klanten buiten het gebied te verkopen), maar ook van indirecte maatregelen die erop gericht zijn de distributeur aan te sporen om niet aan dergelijke klanten te verkopen (bijvoorbeeld weigering of verlaging van bonussen).⁸⁰

94. Een markant voorbeeld van dergelijke indirecte maatregel is de weigering van een leverancier om een garantie te verlenen die voor de hele Unie geldt en op grond waarvan alle distributeurs in de regel verplicht zijn de gewaarborgde dienst te verlenen en voor die dienst door de leverancier worden vergoed, zelfs als het om producten gaat die door andere distributeurs in hun gebied zijn verkocht.⁸¹ Ook het invoeren van controlesystemen om de daadwerkelijke bestemming van de geleverde goederen te traceren, kan leiden tot een *de facto* beperking van de verkoop door de afnemer.

95. Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie blijkt echter dat bepaalde territoriale beperkingen of klantenbeperkingen ook marktefficiënties tot gevolg kunnen hebben, o.a. waar zij de afnemer aanmoedigen om de verkoop van goederen en diensten in het aan hem exclusief toevertrouwde gebied actief te promoten zonder het risico dat een concurrent profiteert van zijn inspanningen (zgn. *free riding*).⁸² Anders dan het geval is voor de andere in artikel 4 opgesomde hardcorebeperkingen, voorziet de Groepsvrijstelling dan ook in een viertal uitzonderingen op het verbod van territoriale en klantenbeperkingen. De beperkingen die in deze limitatieve lijst voorkomen kunnen dus wel van de Groepsvrijstelling genieten.

a) Beperking van de actieve verkoop

96. Krachtens artikel 4 onder b), i) valt de beperking van de actieve verkoop in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring die is gereserveerd voor de leverancier of door de leverancier aan een andere afnemer is toegewezen, wel onder de Groepsvrijstelling.

97. Deze uitzondering is van bijzonder belang voor exclusieve distributiestelsels, d.w.z. stelsels waar de verkoop van goederen of diensten in een bepaald gebied of aan een bepaalde klantengroep aan één enkele distributeur is toevertrouwd.

98. Uit de vereiste dat de beperking betrekking moet hebben op een exclusief gebied of een klantengroep die exclusief is voorbehouden aan de leverancier of een andere afnemer, vloeit voort dat de uitzondering niet van toepassing is indien er voor de verkoop in een bepaald gebied meerdere afnemers zijn aangeduid (gedeelde exclusiviteit). De uitzondering is daarentegen wel toepasselijk indien de leverancier enkel een exclusiviteit heeft voor de verkoop aan een bepaalde klantengroep en de afnemer het verbod wordt opgelegd om aan die klantengroep te verkopen ook al zijn die klanten in het aan hem exclusief toegewezen gebied gevestigd. De uitzondering is eveneens toepasselijk (en valt dus onder de Groepsvrijstelling) indien de leverancier rechtstreeks verkoopt aan klanten die normalerwijze exclusief zijn toebedeeld aan de afnemer, m.a.w., in geval van gedeelde exclusiviteit tussen leverancier en afnemer.⁸³

99. Artikel 4 onder b), i) ziet alleen op beperkingen van actieve verkoop, en niet op passieve verkoop. Deze belangrijke begrippen worden niet in de Groepsvrijstelling, maar in de Richtsnoeren gedefinieerd.⁸⁴

100. Er is sprake van actieve verkoop 'bij het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten'.⁸⁵ Dit is het geval wanneer de verkoper klanten rechtstreeks aanschrijft, hen een ongevraagde e-mail stuurt of bezoekt. Er is ook sprake van actieve verkoop wanneer een verkoper een specifieke klantenkring of klanten in een specifiek gebied door middel van specifiek op hen gerichte reclame in de media of op internet, of via andere vormen van promotie, gaat benaderen. Ook reclame of promotie die alleen aantrekkelijk is voor de afnemer wanneer deze (ook) een specifieke klantenkring of klanten binnen een specifiek gebied bereikt, wordt beschouwd als actieve verkoop aan die klantenkring of aan de klanten in dat bepaald gebied.⁸⁶

101. Het verschil tussen actieve en passieve verkoop ligt hierin dat, in het geval van passieve verkoop, de verkoper geen initiatief neemt om individuele klanten te benaderen. Het zijn veeleer de klanten die spontaan het initiatief nemen om een bepaalde verkoper te benaderen. Algemene reclame of promotie kan ook aanzien worden als een

79 Richtsnoeren, randnr. 50. Er is wel rekening te houden met de specifieke situatie voorzien in artikel 4 onder e) waar de beperking ten aanzien van de leverancier om componenten te verkopen aan eindgebruikers en herstellende wel als een hardcorebeperking wordt aanzien.

80 Richtsnoeren, randnr. 50.

81 Richtsnoeren, randnr. 50.

82 Zie Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie, p. 22: 'Als in een bepaald gebied verschillende detailhandelaren een bepaald produkt van hetzelfde merk verkopen, hebben alle detailhandelaren voordeel bij de verkoopinspanningen van één van hen. Als bij voorbeeld één detailhandelaar in het betrokken gebied investeert in informatieverstrekking aan klanten of reclame maakt voor het merk, kunnen alle overige detailhandelaren besparen op hun reclameuitgaven en een "free ride" maken op de inspanningen van de eerste handelaar. In een dergelijke situatie zullen alle detailhandelaren de neiging hebben onvoldoende in de genoemde activiteiten te investeren. Dit "free-rider"-probleem kan worden opgelost, als de producent exclusieve territoria oplegt. Wanneer de distributeur een exclusief gebied krijgt toegewezen, waar hij de enige leverancier van een bepaald merk is, zullen transport- en transactiekosten zorgen voor het minimaliseren van "free-rider" effecten'.

83 M. Brenning-Louko, A. Gurin, L. Peepkorn en K. Viertiö, 'Vertical agreements: new competition rules for the next decade', *Competition Policy Newsletter* 2010-2, voetnoot 13.

84 Richtsnoeren, randnr. 51.

85 Richtsnoeren, randnr. 51, eerste streepje.

86 Richtsnoeren, randnr. 53.

passieve verkoop, ook al bereikt zij klanten in exclusieve gebieden. Daarvoor is evenwel vereist dat die reclame een redelijke manier is om klanten buiten die gebieden of klantenkringen te bereiken.⁸⁷

102. Mede in het licht van de exponentiële groei van *e-commerce* is de kwalificatie van verkopen van goederen en diensten via internet als passieve of actieve verkoop een van de meest besproken onderwerpen van het consultatieproces geweest. Een kwalificatie als actieve verkoop in de zin van artikel 4 onder b), i) zou immers tot gevolg hebben dat de beperkingen die leveranciers aan hun afnemers opleggen, met betrekking tot de verkoop van hun goederen of diensten via internet, onder de Groepsvrijstelling zouden vallen. Indien verkopen via internet daarentegen een vorm van passieve verkoop zijn, worden de beperkingen op het gebruik van dergelijke verkoopstechnieken als *hardcorebeperkingen* aangemerkt en vallen zij buiten de Groepsvrijstelling.

103. Reeds in de richtsnoeren betreffende de verticale beperkingen die de Europese Commissie in 2000 had vastgesteld,⁸⁸ werd benadrukt dat internet in principe als een vorm van passieve verkoop moest worden aanzien. In de huidige Richtsnoeren wordt dit nog duidelijker gesteld: 'in principe geldt, dat wanneer een distributeur een website gebruikt om producten te verkopen, dit wordt beschouwd als een vorm van passieve verkoop, omdat het een redelijke manier is om klanten in staat te stellen de distributeur te bereiken'.⁸⁹ De Europese Commissie geeft ook een aantal voorbeelden van *hardcorebeperkingen* t.a.v. passieve verkoop via internet, met name (i) de bepaling dat de (exclusieve) distributeur moet verhinderen dat in een ander (exclusief) gebied gevestigde klanten zijn website bezoeken of dat hij klanten via een automatische procedure op zijn website moet doorsturen naar de websites van de producent of van andere (exclusieve) distributeurs, (ii) de bepaling dat de (exclusieve) distributeur transacties van klanten via internet moet afbreken zodra uit de gegevens van de kredietkaart blijkt dat hun adres niet binnen het (exclusieve) gebied van de distributeur valt, (iii) de bepaling dat de distributeur het aandeel van de internetverkoop in zijn totale verkoop moet beperken,⁹⁰ of nog (iv) de bepaling dat de distributeur voor producten die hij *online* doorverkoopt een hogere prijs moet betalen dan voor producten die hij *offline* doorverkoopt.⁹¹

104. Het voorgaande betekent evenwel niet dat beperkingen van verkopen via internet steeds als *hardcorebeperkingen* moeten worden beschouwd.

105. Sommige verkoopstechnieken via internet kunnen immers wel worden aanzien als een vorm van actieve verkoop omdat de verkoper zich uitdrukkelijk richt tot klanten in exclusieve gebieden of klantengroepen van andere dis-

tributeurs. Dit is bijvoorbeeld het geval voor *online* reclame die specifiek op bepaalde klanten of bepaalde gebieden is gericht. De contractuele regelingen die dergelijke praktijken aan banden leggen, zijn dus niet te beschouwen als *hardcorebeperking* en kunnen wel onder de Groepsvrijstelling vallen.

106. Daarnaast is het voor de leverancier ook mogelijk om te voorzien dat een distributeur een minimale hoeveelheid producten *offline* moet verkopen om een doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te waarborgen.⁹²

107. Ten slotte laat de Groepsvrijstelling ook toe dat een leverancier kwaliteitsnormen oplegt voor het gebruik van een internetsite voor het doorverkopen van zijn goederen. Zoals de Europese Commissie in de richtsnoeren opmerkt,⁹³ is dit van bijzonder belang voor selectieve distributie. Zo kan de leverancier bijvoorbeeld van zijn distributeurs verlangen dat zij een of meer fysieke winkels of showrooms (zgn. 'brick and mortar shops') hebben als (kwalitatieve) voorwaarde om lid te worden van zijn distributiesysteem. De Groepsvrijstelling laat dus wel toe om zuivere webwinkels (d.w.z. zonder fysieke aanwezigheid) uit een selectief distributiesysteem te weren.

b) Beperking van verkoop door een groothandelaar aan eindgebruikers

108. Een tweede soort (klanten)beperking die wel onder de Groepsvrijstelling valt, is het verbod dat aan een groothandelaar wordt opgelegd om zowel actief als passief aan eindgebruikers te verkopen. Dit omvat ook de regeling waarbij de groothandelaar wel aan bepaalde eindgebruikers (bijvoorbeeld de supermarkten) mag verkopen, terwijl de verkopen aan andere eindgebruikers niet zijn toegestaan.⁹⁴

c) Beperking van verkoop door leden van een selectief distributiestelsel

109. De derde uitzondering heeft betrekking op selectieve distributiestelsels.

110. Dit begrip wordt in artikel 1 lid 1 onder e) van de Groepsvrijstelling gedefinieerd als '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'.

111. Het valt op dat de uitzondering voorzien in artikel 4 onder b), iii) bijna woordelijk overeenstemt met deze definitie, nu zij betrekking heeft op 'de beperking van de verkoop door de leden van een selectief distributiestelsel aan niet-erkende distributeurs binnen het grondgebied dat

87 Richtsnoeren, randnr. 13.

88 *PbEU* 2000, C 29/1.

89 Richtsnoeren, randnr. 52.

90 Zie evenwel verder voor wat betreft de mogelijkheid om een minimumhoeveelheid aan *offline* verkopen te voorzien.

91 Richtsnoeren, randnr. 52.

92 Richtsnoeren, randnr. 52, onder c).

93 Richtsnoeren, randnr. 55.

94 Richtsnoeren, randnr. 55.

door de leverancier is gereserveerd om dat systeem toe te passen'.⁹⁵ Deze uitzondering is dan ook niet meer dan een bevestiging dat selectieve distributiestelsels onder de Groepsvrijstelling kunnen vallen, op voorwaarde natuurlijk dat de distributieovereenkomst geen van de in artikel 4 genoemde hardcorebeperkingen (i.h.b. artikel 4 onder c) en d)), inhouden.

112. Voorts is het enigszins opmerkelijk dat de Europese Commissie deze uitzondering die specifiek betrekking heeft op selectieve distributiestelsels onder artikel 4 onder b) heeft geplaatst. Die bepaling heeft immers betrekking op exclusieve distributie die in principe niet mag worden gecumuleerd met selectieve distributie.⁹⁶ Artikel 4 onder b) verwijst voorts naar begrippen (i.h.b. actieve en passieve verkoop) die niet relevant zijn voor selectieve distributie.⁹⁷ Het ware o.i. dan ook beter geweest om alle bepalingen met betrekking tot selectieve distributiestelsel (met name deze bepaling alsook de artikelen 4 onder c) en d)) in eenzelfde bepaling onder te brengen, los van de bepalingen inzake exclusieve distributie.

d) Beperking van de mogelijkheid om componenten te verkopen

113. De vierde en laatste uitzondering op het verbod van territoriale of klantenbeperkingen staat beperkingen toe waarmee leveranciers aan afnemers een verbod opleggen om voor montage geleverde componenten aan concurrenten van de leverancier door te verkopen. De term 'componenten' slaat in wezen op alle intermediaire goederen. Met 'montage' wordt het gebruik van een input voor de productie van goederen bedoeld.⁹⁸

4. Beperkingen in het kader van selectieve distributiestelsels

114. De in artikel 4 onder c) en d) genoemde hardcorebeperkingen hebben beide betrekking op selectieve distributiestelsels.

115. Artikel 4 onder c) bestempelt als hardcorebeperking de beperking die aan de leden van een selectief distributiestelsel wordt opgelegd om actieve of passieve verkopen te doen aan al dan niet professionele eindgebruikers. Een selectieve distributieovereenkomst die de erkende distributeurs beperkt m.b.t. de keuze van de gebruikers aan wie zij mogen verkopen of met betrekking tot de namens die gebruikers als koper handelende agenten kan dus niet van de Groepsvrijstelling genieten.

116. In de Richtsnoeren geeft de Europese Commissie ook aan dat zij alle verplichtingen die erkende distributeurs ontmoedigen om het internet te gebruiken om een groter aantal en een grotere verscheidenheid aan klanten te bereiken door voorwaarden voor *online*verkoop op te leggen die niet equivalent zijn aan de voorwaarden voor verkoop in de fysieke winkel, als hardcorebeperkingen aanziet.^{99, 100} Dit is o.a. het geval wanneer hogere prijzen voor internetverkoop dan voor verkoop in de fysieke winkel worden opgelegd. Dit betekent evenwel niet dat er geen verschillende voorwaarden voor offline- en onlineverkoop kunnen worden toegepast. Dit is wel mogelijk indien de toepassing van verschillende voorwaarden steunt op de objectieve verschillen tussen beide distributiestelsels. Het is eveneens mogelijk om de verkopen van producten en diensten via externe verkoopplatforms (zoals internetveilingen) te beperken aan de hand van kwalitatieve criteria.¹⁰¹

117. Belangrijk is ook dat artikel 4 onder c) tot gevolg heeft dat een selectief distributiestelsel niet mag worden gecombineerd met een exclusief distributiestelsel, aangezien dit tot gevolg zou hebben dat erkende distributeurs niet aan de klanten-eindgebruikers van een andere exclusieve distributeur zouden mogen verkopen.¹⁰²

118. Ten slotte moet worden benadrukt dat enkel de beperkingen die aan de op detailhandelniveau actieve leden van een dergelijk stelsel worden opgelegd door deze bepaling worden geviseerd. Het is dus nog steeds mogelijk om op groothandelniveau een verbod van verkoop aan eindgebruikers op te leggen. Het is eveneens toegelaten om een lid te verbieden om vanuit een niet-erkende vestigingsplaats actief te zijn of omgekeerd om enkel vanuit een erkende plaats (verkooppunt, adres, enz.) actief te zijn.

119. Artikel 4 onder d) heeft betrekking op leveringen van goederen of diensten tussen distributeurs van een selectief distributiestelsel. Iedere beperking van dergelijke leveringen wordt aanzien als een hardcorebeperking, ook wanneer de distributeurs op verschillende handelniveaus werkzaam zijn. Het is niet mogelijk om aan erkende groothandelaars een verbod of beperking op te leggen met betrekking tot hun verkoop van het product aan erkende detailhandelaars.

⁹⁵ De beperking mag ook worden toegepast op die gebieden waar de leverancier nog geen producten verkoopt. Zie in die zin M. Brenning-Louko, A. Gurin, L. Peepkorn en K. Viertiö, 'Vertical agreements: new competition rules for the next decade', *Competition Policy Newsletter* 2010-2.

⁹⁶ Richtsnoeren, randnr. 57.

⁹⁷ L. Idot, 'Aperçu du nouveau régime des accords verticaux', *Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur* 2010 (juli), p. 8, voetnoot 36.

⁹⁸ Richtsnoeren, randnr. 55.

⁹⁹ Richtsnoeren, randnr. 56.

¹⁰⁰ Het Hof van Beroep van Parijs is, in de zaak *Pierre Fabre*, recent geconfronteerd met een absoluut verbod voor de erkende distributeurs om contractgoederen op internet aan eindgebruikers te verkopen. Rekening houdende met het feit dat een dergelijk verbod niet onder de Groepsvrijstelling valt, heeft Het Hof van Beroep een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gericht teneinde te vernemen of dit absoluut verbod eventueel op grond van 101 lid 3 VWEU kan worden vrijgesteld. Zaak *Pierre Fabre*, C-439/09, *PbEU* 2010, C 24/27. In zijn op 3 maart 2011 uitgesproken conclusie komt de advocaat-generaal tot het besluit dat een dergelijk absoluut verbod onder het kartelverbod valt en niet in aanmerking kan komen voor een individuele vrijstelling of groepsvrijstelling.

¹⁰¹ M. Brenning-Louko, A. Gurin, L. Peepkorn en K. Viertiö, 'Vertical agreements: new competition rules for the next decade', *Competition Policy Newsletter* 2010-2.

¹⁰² Richtsnoeren, randnr. 57.

5. Beperkingen met betrekking tot onderdelen en componenten

120. Artikel 4 onder e) heeft betrekking op bepaalde beperkingen m.b.t. de verkoop van componenten. Overeenkomstig die bepaling is er sprake van een hardcorebeperking wanneer de leverancier van componenten, in het kader van een overeenkomst met een afnemer (bijvoorbeeld een detailhandelaar), wordt beperkt in de mogelijkheid om zijn componenten te verkopen aan eindgebruikers of aan herstellende of andere verrichters van diensten aan wie de afnemer niet het herstel of het onderhoud van zijn goederen heeft toevertrouwd. Het klassieke voorbeeld is de overeenkomst tussen een producent van onderdelen en een afnemer die deze onderdelen in zijn eigen producten verwerkt (zgn. *Original Equipment Manufacturer* – OEM-producent). De OEM-producent mag zijn leverancier geen verbod of beperking opleggen om de onderdelen rechtstreeks aan de eindgebruikers of aan onafhankelijke herstellende of dienstverrichters te verkopen.¹⁰³

121. De hardcorebeperking heeft echter enkel betrekking op de overeenkomst tussen de leverancier van de onderdelen en de afnemer. Het staat de afnemer (bijvoorbeeld de OEM-producent) dus vrij om een gelijkaardige beperking op te nemen in de overeenkomsten met zijn distributeurs.

C. Uitgesloten beperkingen

1. Algemeen

122. Artikel 5 van de Groepsvrijstelling heeft betrekking op beperkingen die niet onder Groepsvrijstelling vallen, maar die, anders dan het geval is voor de in artikel 4 genoemde hardcorebeperkingen, wel kunnen worden gescheiden van de rest van de verticale overeenkomst waarin zij zijn opgenomen.¹⁰⁴

123. De aanwezigheid van een dergelijke beperking in een overeenkomst heeft m.a.w. niet tot gevolg dat de volledige overeenkomst buiten de Groepsvrijstelling valt. Enkel de betrokken bepaling valt daarbuiten en moet aan de hand van een individuele beoordeling aan artikel 101 lid 1 en 3 VWEU worden getoetst.

2. Concurrentiebedingen tijdens de uitvoering van de overeenkomst

124. Een eerste categorie zijn de niet-concurrentiebedingen tijdens de uitvoering van de overeenkomst. Artikel 1 onder d) van de Groepsvrijstelling definieert een niet-concurrentiebeding 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. Een 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 leve-

rancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken, wordt eveneens aanzien als een niet-concurrentiebeding. In dit geval worden de totale aankopen berekend op basis van de waarde of, waar zulks in de sector gebruikelijk is, van de omvang van de aankopen van de afnemer in het voorafgaande kalenderjaar.

125. Overeenkomstig artikel 5 lid 1 onder a) van de Groepsvrijstelling valt een niet-concurrentiebeding buiten de Groepsvrijstelling wanneer het van onbepaalde duur is of wanneer de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Een niet-concurrentiebeding dat na een termijn van vijf jaar stilzwijgend verlengbaar is, wordt geacht te zijn overeengekomen voor onbepaalde duur.¹⁰⁵

126. De tijdsbeperking van vijf jaar geldt evenwel niet wanneer de contractgoederen of -diensten door de afnemer worden verkocht in ruimten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde die niet met de afnemer is verbonden, mits de duur van het niet-concurrentiebeding de termijn gedurende dewelke de afnemer de ruimten en terreinen in gebruik heeft, niet overschrijdt.¹⁰⁶

3. Concurrentiebedingen na afloop van de overeenkomst

127. Ook de niet-concurrentiebedingen die van toepassing zijn na afloop van een verticale overeenkomst, worden uitgesloten.

128. Krachtens artikel 5 lid 1 en 3 vallen dergelijke bepalingen buiten de Groepsvrijstelling, behalve indien zij voldoen aan de volgende cumulatieve voorwaarden: (a) de verplichting heeft betrekking op goederen of diensten die met de contractgoederen of -diensten concurreren; (b) de verplichting is beperkt tot de ruimten en terreinen waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam is geweest; (c) de verplichting is onmisbaar om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen; en (d) de duur van de verplichting is beperkt tot de periode van één jaar na het einde van de overeenkomst.

4. Verkoop van concurrerende merken in het kader van selectieve distributiestelsels

129. Een derde uitgesloten beperking is de directe of indirecte verplichting die tot gevolg heeft dat de leden van een selectief distributiestelsel de merken van bepaalde concurrerende leveranciers niet verkopen (artikel 5 lid 1 onder c)).

130. Deze uitsluiting is enkel van toepassing indien de merken van bepaalde leveranciers worden uitgesloten. Zij heeft tot doel te voorkomen dat een aantal leveranciers die dezelfde verkooppunten gebruiken, een bepaalde concurrent verhinderen zich voor de distributie van hun producten van diezelfde verkooppunten te bedienen.¹⁰⁷ Dit zou

¹⁰³ Richtsnoeren, randnr. 59.

¹⁰⁴ Richtsnoeren, randnr. 71.

¹⁰⁵ Artikel 5 lid 1 laatste alinea Groepsvrijstelling.

¹⁰⁶ Artikel 5 lid 2. Het moet wel degelijk gaan om terreinen die eigendom van de leverancier zijn; het is evenwel niet uitgesloten dat een recht van opstal volstaat indien dit recht niet alleen de eigendom van de gebouwen verleent, maar ook de eigendom van de terreinen. Zie HvJ 10 september 2008, zaak C-279/06 (CEPSA), *Jur.* 2008, I-6681, r.o. 66.

¹⁰⁷ Richtsnoeren, randnr. 69.

immers neerkomen op een collectieve boycot.¹⁰⁸ Het is daarentegen wel mogelijk om de verkoop van *alle* merken (dwz. zonder onderscheid) van concurrerende leveranciers te verbieden.

V. Buitentoe passingverklaring en intrekking en van de Groepsvrijstelling

131. Om te vermijden dat de toepassing van de Groepsvrijstelling in bepaalde omstandigheden ondanks de gestelde voorwaarden toch kwalijke gevolgen zou kunnen hebben, beschikken de Europese Commissie en de lidstaten over een aantal ingrijpende bevoegdheden.

132. Een van deze bevoegdheden is voorzien in artikel 6 van de Groepsvrijstelling. Overeenkomstig artikel 1bis van Verordening (EEG) nr. 19/65 kan de Europese Commissie bij verordening verklaren dat, wanneer naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige verticale beperkingen meer dan 50% van een relevante markt bestrijken, deze verordening niet van toepassing is op verticale overeenkomsten die bepaalde beperkingen omvatten die op deze markt betrekking hebben.¹⁰⁹ Overeenkomsten moeten als soortgelijk worden beschouwd, wanneer zij beperkingen omvatten die hetzelfde effect op de markt hebben. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer op een gegeven markt bepaalde leveranciers zuiver kwalitatieve selectieve distributie toepassen en andere leveranciers kwantitatieve selectieve distributie.¹¹⁰

133. De Commissie moet een overgangsperiode van ten minste zes maanden vaststellen alvorens een verordening van buitentoe passingverklaring in werking kan treden.¹¹¹ Dit moet de ondernemingen in staat stellen om hun overeenkomsten aan te passen in het licht van de verordening. Deze bevoegdheid, die ook in Verordening (EG) nr. 2790/1999 was voorzien, werd tot op heden nog niet benut.

134. Daarnaast beschikken de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten ook over de mogelijkheid om de Groepsvrijstelling in te trekken.

135. Die bevoegdheid is niet voorzien in de Groepsvrijstelling, maar in artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003.¹¹² Zij kan worden benut wanneer de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten van oordeel zijn dat bepaalde overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen waarop de vrijstellingsverordening van toepassing is, bepaalde met artikel 101 lid 3 VWEU van het Verdrag onverenigbare gevolgen hebben. In de Richtsnoeren geeft de Commissie aan dat dit in het bij-

zonder het geval kan zijn wanneer de mededinging op de markt aanzienlijk wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers toegepaste overeenkomsten.¹¹³

136. Indien de gevolgen zich laten voelen op een geografische markt die ruimer is dan die van een lidstaat, heeft enkel de Europese Commissie de bevoegdheid om de Groepsvrijstelling in te trekken (artikel 29 lid 1 van Verordening (EG) nr. 1/2003). Zijn de gevolgen daarentegen beperkt tot een lidstaat of een deel daarvan dat alle kenmerken van een afzonderlijke markt vertoont, kan de nationale mededingingsautoriteit van die lidstaat, overeenkomstig artikel 29 lid 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003, de Groepsvrijstelling voor het hele grondgebied van de lidstaat of een deel daarvan intrekken.

137. Hoewel de buitentoe passingverklaring en intrekking op het eerste gezicht vrij gelijklopende doelstellingen hebben (het voordeel van de Groepsvrijstelling ontzeggen), bestaat er toch een wezenlijk verschil tussen beide bevoegdheden. Terwijl in het geval van intrekking van de Groepsvrijstelling bij besluit een inbreuk op artikel 101 VWEU door een individuele onderneming wordt vastgesteld, heeft een verordening op grond van artikel 6 slechts tot gevolg dat voor de betrokken beperkingen en de betrokken markten het voordeel van de toepassing van de Groepsvrijstelling wegvalt en artikel 101 lid 1 en 3 weer ten volle van toepassing worden.¹¹⁴

VI. Besluit

138. Met de vaststelling van de Groepsvrijstelling beschikken de ondernemingen over een duidelijk en stabiel rechtskader voor de beoordeling van verticale overeenkomsten vanuit een mededingingsrechtelijk oogpunt en dit voor een vrij lange periode.

139. Deze nieuwe groepsvrijstelling houdt geen fundamentele koerswijziging in ten opzichte van zijn voorganger. De fundamentele keuzes die aan Verordening (EG) nr. 2790/1999 ten grondslag lagen (een algemene vrijstelling die aan de hand van marktaandeeldrempels en een beperkte lijst van uitgesloten overeenkomsten en beperkingen wordt gekaderd) worden behouden, maar op een aantal punten wel bijgeschaafd. Het is vooral in de Richtsnoeren dat er een aantal nuttige preciseringen aan het beoordelingskader worden aangebracht.

140. Het kan niet worden ontkend dat de Groepsvrijstelling soms wel een te strakke lijn trekt tussen de verticale overeenkomsten en beperkingen die al of niet van het

108 Een voorbeeld van indirecte maatregelen die een dergelijke uitsluiting tot gevolg hadden, is te vinden in Beschikking 92/248/EEG van de Commissie in zaak IV/33.542 (*Parfum Givenchy*), *PbEG* 1992, L 236/11.

109 Ook in de *de minimis*-Bekendmaking wordt rekening gehouden met het cumulatief marktafsluitingseffect. In die Bekendmaking wordt evenwel gesteld dat het onwaarschijnlijk is dat een cumulatief marktafsluitend effect optreedt als minder dan 30% van de relevante markt wordt bestreken door parallelle (netwerken van) overeenkomsten met soortgelijke effecten.

110 Richtsnoeren, randnr. 75.

111 Artikel 1bis Verordening (EEG) nr. 19/65.

112 *PbEU* 2003, L 1/1.

113 Richtsnoeren, randnr. 75.

114 Richtsnoeren, randnr. 80.

comfort van de veilige zone kunnen genieten. Bepaalde verticale overeenkomsten worden aldus op de zwarte lijst geplaatst, hoewel zij bij nadere analyse mogelijk buiten het toepassingsgebied van het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU zouden vallen of aan de vrijstellingsvoorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU zouden voldoen. Bovendien worden soms zeer verschillende rechtsfeiten en overeenkomsten onder eenzelfde noemer geplaatst wat tot een vrij stroeve aanpak kan leiden.

141. Zulks is evenwel eigen aan de groepsvrijstelling als reguleringsinstrument. De Commissie heeft zich overigens veel moeite getroost om zowel in de Groepsvrijstelling als in de Richtsnoeren te benadrukken dat de kwalificatie van een bepaling als zijnde een hardcorebeperking in de zin

van artikel 4 (zoals bijvoorbeeld prijsbinding) niet uitsluit dat die bepaling toch buiten het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU valt of aan de voorwaarden van 101 lid 3 VWEU voldoet.¹¹⁵

142. De positieve reacties die de Commissie in het kader van het consultatieproces heeft ontvangen, geven in ieder geval aan dat de vaststelling van een groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten met een ruim toepassingsgebied beantwoordt aan de verzuchtingen van de economische wereld en van de overheden die belast zijn met de toepassing van de mededingingsregels. Na de ingrijpende revolutie van 1999 was een zachte evolutie van dit regelgevend kader dan ook de aangewezen weg.

¹¹⁵ Zie o.m. de nieuwe passages van de Richtsnoeren over beperkingen van de wederverkooprij. Sommige auteurs wijzen erop dat het rekening houden met de potentiële efficiënties van dergelijke technieken voor een deel door het mijlpaalarrest van het Amerikaanse Supreme Court in de zaak *Leegin* (551 US 877 (2007)) is geïnspireerd. In dit arrest heeft het Supreme Court een einde gemaakt aan zijn honderdjarige rechtspraak volgens dewelke beperkingen van de wederverkooprij (zgn. *resale price maintenance*) moest worden aanzien als *per se* verboden krachtens artikel 1 van de Sherman Act. Volgens het Hof moeten de rechtmatigheid van dergelijke beperkingen eerder in het kader van een *rule of reason* worden beoordeeld.