

Verticale overeenkomsten en handelsbeperkingen op distributie in de VS en de EU (2)

In het tweede deel van deze bijdrage komen praktische aspecten omtrent distributie op EU markt aan de orde.

Inleiding

In deel 1 van deze bijdrage in het vorige nummer van Fenedexpress, werden handelsbeperkingen inzake distributie op de VS markt behandeld. Dit deel ziet op in de Europese Unie toegelaten en verboden beperkingen.

Opmerking: vanwege de beperkte ruimte voor publicatie van deze bijdrage in relatie tot de materie die onderwerp van behandeling is, wordt een aanzienlijk deel op algemene lijnen behandeld.

Distributie op en in de EU

Binnen de EU is de Europese Commissie (de "EC") de waakhond voor wat betreft het naleven van EU mededingings- waaronder distributieregels, ingekaderd in Artikel 81 van het EG Verdrag.

De bepalingen van artikel 81 zijn van toepassing op iedere distributieovereenkomst die de EU-markt beïnvloedt of kan beïnvloeden, ongeacht de plaats van vestiging van de partijen die voor de beïnvloeding verantwoordelijk zijn. Artikel 81 beperkt haar werking niet tot ondernemingen die in de EU zijn gevestigd. De EU mededingingsbepalingen zijn derhalve tevens van toepassing op ondernemingen die niet in de EU zijn gevestigd, maar die wel invloed op de EU-markt uitoefenen.

De EU kent een stelsel van toegestane en verboden afspraken en overeenkomsten. Verticale overeenkomsten die binnen de werking van artikel 81 lid 1 vallen, maar niet binnen een groeps-

afzonderlijke vrijstelling van artikel 81 lid 3, zijn verboden. Verticale overeenkomsten die binnen de werking van artikel 81 lid 1 vallen, maar wel binnen een groeps- of afzonderlijke vrijstelling van artikel 81 lid 3 zijn niet verboden, zonder dat daartoe een voorafgaande beslissing is vereist.¹

Belangrijkste aanknopingspunt is de bepaling of een overeenkomst tussen ondernemingen een merkbaar effect op de handel tussen lidstaten heeft of kan hebben.²

Indien er geen sprake is van een merkbaar effect, vindt artikel 81 lid 1 van het EG Verdrag behoudens uitzonderingen geen toepassing. In dat geval kan echter wel worden aangeknoopt bij de zogenoemde "De Minimis" voorwaarden (zie verder in de tekst).

Indien er wel sprake is van een merkbaar effect kan er sprake zijn van 1. een groepsvrijstelling of 2. geen vrijstelling.

De EC kan op basis van artikel 81 lid 3 van het EG Verdrag bepaalde groepsvrijstellingen verlenen aan overeenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat deze aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 voldoen. Dat is onder meer gedaan in de Groepsvrijstellingsverordening³ d.d. 22 december 1999, hierna aangeduid met de "Verordening". Waar hierna wordt verwezen naar een groepsvrijstelling, wordt die onder de Verordening bedoeld, tenzij anders is aangegeven.

Indien sprake is van een groepsvrijstelling, wordt in de regel aangeknoopt bij het marktaandeel van een leverancier om te bepalen of in strijd met EU regels wordt gehandeld. Stelregel is dat wanneer 1. geen marktaandeel

groter dan 30% bestaat en 2. geen zgn. hardcore restraints van toepassing zijn, er in principe geen beperking bestaat, dit wordt betiteld met groepsvrijstelling. In dat geval mogen verticale overeenkomsten worden gesloten zonder dat in strijd met EU regels, althans artikel 81 lid 1 van het EG Verdrag wordt gehandeld.

Opmerking verdient het feit dat het bij een groepsvrijstelling moet gaan om aan- en verkoop van goederen en diensten, de vrijstelling is derhalve niet van toepassing op onder meer huur-, lease- of licentieovereenkomsten.

Indien sprake is van een overeenkomst waarbij sprake is van een marktaandeel van meer dan 30%, is de groepsvrijstelling niet van toepassing, op grond van artikel 81 lid 3 van het EG Verdrag, kunnen dergelijke overeenkomsten door de EC aan een onderzoek worden onderworpen.

Een marktaandeel van minder dan 30% van de leverancier is het algemene aanknopingspunt voor toepassing van de Verordening. Indien sprake is van 1 of meer hardcore restraints, vervalt de groepsvrijstelling. Een hardcore restraint betreft een handelsbeperking of -belemmering die van dusdanig serieus mededingingsbeperkende aard wordt geacht, dat een groepsvrijstelling geen toepassing kan vinden.

Uitleg van hardcore restraints

In de Groepsvrijstellingsverordening of Block Exemption Registration (hierna de 'Verordening') is een vijftal hardcore restraints opgenomen, als volgt:

1. prijsfixatie of verticale prijsbinding. Het geven van een adviesprijs is wel toegestaan.
2. het territoriaal belemmeren van ver-

kopen dan wel het belemmeren van verkopen aan een specifiek omschreven groep.⁴ Het belemmeren van actieve verkopen buiten een territoriaal begreemd gebied is wel toegestaan, zo ook het belemmeren van verkopen enkel aan eindgebruikers, echter niet tevens aan andere tussenschakels, indien de distributeur op groothandelsniveau opereert. Het belemmeren van wederverkopen aan niet geautoriseerde distributeurs, indien met een selectief distributiesysteem wordt gewerkt is eveneens toegestaan. Hierbij valt te denken aan sterk productgerichte organisaties, die enkel middels selectieve, in randvoorwaarden verpakte of prestigieuze wederverkoopkanalen wensen te verkopen, bijvoorbeeld een couturier die zijn of haar producten enkel via A-merk ketens op A-locaties wenst te verkopen of een prestigieus parfummerk, dat haar producten enkel via speciaal ontworpen en ingerichte winkelinterieurs in een topsegment warenhuis wenst af te zetten. Het belemmeren van verkopen van producten door een distributeur, indien de betreffende producten worden verwerkt in een ander product, dat tevens door de toeleverancier wordt verhandeld, is eveneens toegestaan.

3. het contractueel belemmeren van actieve dan wel passieve verkopen aan eindgebruikers of consumenten, indien die verkopen plaats vinden door distributeurs binnen een selectief distributiesysteem op retail (consumenten) niveau, daaraan mag geen exclusieve distributie worden gekoppeld. Distributeurs op consumentenniveau (retailers) dienen vrij te zijn om aan eender welke consument te verkopen. De locatie kan wel aan voorwaarden zijn gebonden en belemmerend werken, een vaste vestigingsplaats mag worden opgelegd.⁵ Een leverancier kan met een distributeur overeenkomen binnen een bepaald gebied slechts aan die distributeur te leveren (dit gebeurt bijv. met distributie van merkkleding), daartegenover mag de leverancier van de distributeur eisen dat deze verkoop slechts via die ene vestiging laat plaatsvinden.⁶

4. exclusieve toelevering binnen een selectief distributiesysteem; het contractueel belemmeren van leveringen aan de distributeur binnen een selectief distributiesysteem anders dan door de toeleverancier is niet toegestaan, het inkoopkanaal mag niet zijn beperkt tot de toeleverancier.

5. exclusieve toelevering in combinatie met belemmering van levering van reserveonderdelen; een overeenkomst die een toeleverancier beperkt in de afzet van reserve- of vervangingsonderdelen aan eindgebruikers, reparatiebedrijven of onderhoudsbedrijven anders dan aan de exclusieve afnemer is verboden. Indien een product van een toeleverancier wordt verwerkt in het product van een fabrikant (Original Equipment Manufacturer of OEM), mag het de toeleverancier van de fabrikant niet worden belemmerd of verboden om de onderdelen tevens aan eindgebruikers, onafhankelijke reparateurs of dienstverleners te leveren.

De groepsvrijstelling is in principe van toepassing op alle verticale verkoopovereenkomsten, die betrekking hebben op verschillende stadia van een productie- of distributieketen; een uitzondering bestaat in overeenkomsten tussen concurrenten in twee verschillende lidstaten, waarbij Partij A in land A als importeur en distributeur van partij B in land B optreedt en waarbij Partij B datzelfde doet in land B voor Partij A.⁷

Toepassing en doorwerking van artikel 81 van het EG Verdrag voor het MKB; toepassing van de De Minimis Regels inzake overeenkomsten van geringe betekenis⁸.

Wanneer is sprake van "geen merkbare beperking van de mededinging". Hierbij wordt aangeknoopt bij de zogenoemde "De Minimis regels". Verticale overeenkomsten tussen ondernemingen in verschillende EU lidstaten worden in de regel als "zonder merkbare beperking van de mededinging" geacht, indien het marktaandeel van elk van de betrokken ondernemingen op de relevante markt binnen de EG niet meer dan:

- 15% bedraagt in geval van overeenkomsten tussen partijen die niet als concurrenten van elkaar zijn aan te merken;
- 10% bedraagt in geval van overeenkomsten tussen partijen die als concurrenten van elkaar zijn aan te merken; en
- 5% bedraagt indien sprake is van beperking van de mededinging door overeenkomsten tussen parallelle netwerken van ondernemingen.

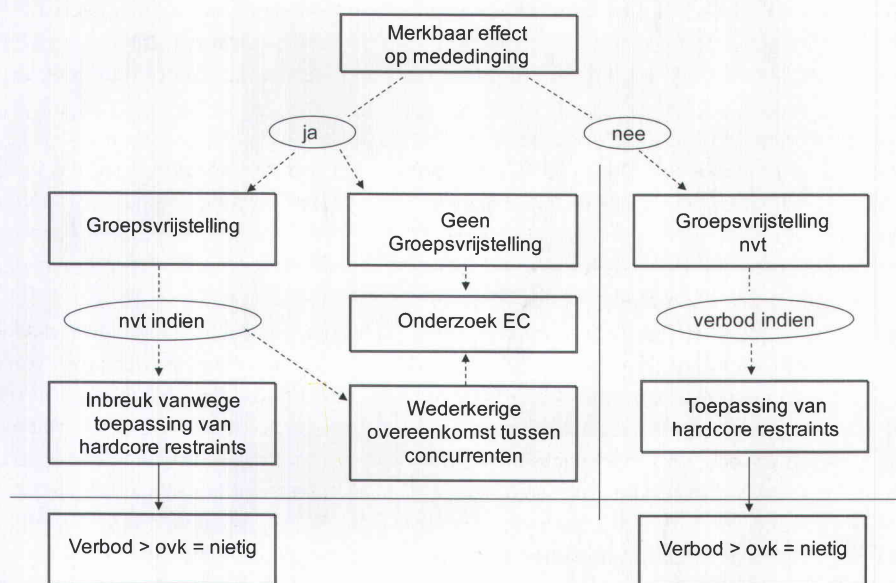
In bovenstaande gevallen is artikel 81 lid 1 van het EG Verdrag niet van toepassing, overeenkomsten worden niet geacht de mededinging te belemmeren en zijn niet onderworpen aan de automatische nietigheid ervan onder artikel 81. In die gevallen zal de Commissie niet op eigen initiatief, noch op verzoek van derden een procedure tot beoordeling van rechtmatigheid van de overeenkomst inleiden.⁹ Let wel, zolang binnen de toegestane beperkingen wordt gecontracteerd en geopereerd, blijft artikel 81 lid 1 buiten werking, indien sprake is van een hardcore restraint, is artikel 81 lid 1 weer van toepassing.

Werking van EU mededingingsregels op groot en klein

De volgende drie verticale beperkingen zijn van toepassing op zowel de Verordening als op de De Minimis regels en vallen buiten de groepsvrijstelling. In tegenstelling tot bijvoorbeeld hardcore restraints, leidt toepassing van een van de volgende beperkingen niet tot een verbod van de gehele verticale overeenkomst, enkel dat gedeelte dat betrekking heeft op de hierna beschreven beperkingen is uitgesloten van de vrijstelling, het restant van de belemmerende verticale overeenkomst blijft in stand, voor zover het restant kan worden gescheiden van de verticale beperkingen waarvoor de groepsvrijstelling niet geldt.

1. Duur van een non-concurrentiebeding
De looptijd van een non-concurrentiebeding zoals opgenomen in een

EU; Verbod op marktbeïnvloeding; algemene regels
 Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen welke de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst



verticale overeenkomst mag niet van onbepaalde duur zijn, de maximum looptijd is gesteld op 5 jaren. Er bestaan uitzonderingen op deze regel. Merkexclusiviteit als non-concurrentiebeding in die zin dat meer dan 80% van het assortiment van een leverancier dient te worden afgenomen is niet toegestaan.

2. Non-concurrentiebeding na afloop van de overeenkomst
 Beperking van concurrentie na afloop van een distributiecontract is slechts onder voorwaarden mogelijk en is gesteld op maximaal 1 jaar na beëindiging.

3. Verkoop van concurrerende merken binnen een selectief distributiesysteem
 Een verbod tot verkoop van concurrerende merken is niet toegestaan, het gebod of verplichting om bepaalde merken te moeten voeren is dat wel. Dit heeft te maken met het uitdragen van prestige dat de toeleverancier meent aan zijn of haar merk te moeten verbinden. Een toeleverancier kan derhalve verplichten om meerdere merken in een A-klasse te voeren.

Varia

Verkoop via het Internet

Met verwijzing naar de eerder gemaakte opmerkingen inzake het niet actief mogen genereren van orders buiten een toegekend exclusief territorium, op passieve wijze mag dat wel. Het belemmeren van passief genereren van orders is verboden. Hoe worden verkopen via het Internet, via een eigen website gekwalificeerd? De EU regels bepalen dat het genereren van orders van afnemers buiten een exclusief territorium via een website is toegestaan¹⁰, onder voorwaarde dat orders niet actief zijn geworven, bijvoorbeeld middels een e-mailactie. Een beperking mag wel worden aangebracht op verkopen aan eindgebruikers, dergelijke verkopen door een distributeur op groothandelniveau mogen worden beperkt.

Beoordeling en sancties door de Europese Commissie Een distributieovereenkomst kan aan de Europese Commissie ter beoordeling en goedkeuring worden voorgelegd. Indien een overeenkomst aan de voorwaarden voldoet, kan daarop een zgn. Comfort Letter worden afgegeven.

Iedere partij die meent dat een andere partij in strijd handelt met artikel 81 van het EG Verdrag, kan daarvan aangifte doen bij de Europese Commissie. De partij die de aangifte doet, dient de

aangifte met redenen te omkleden en draagt de bewijslast van de aangifte.

De EC kan ook op eigen instigatie een onderzoek instellen en bij bedenkingen een zogenoemde Statement of Objections uitbrengen aan de partij, waarvan de EC meent dat deze in strijd met EU mededingingsregels handelt.

Indien blijkt dat een aangifte of verdenking terecht is en onderzoek uitwijst dat in strijd met Artikel 81 is gehandeld, kunnen zware sancties, waaronder bijzonder hoge boetes worden opgelegd. Boetes kunnen oplopen tot 10% van de wereldwijde omzet van de betreffende onderneming.¹¹

Een recent voorbeeld van een door de EC opgelegde boete betreft die in een kartelzaak waarbij een aantal Nederlandse bierbrouwers een rol heeft gespeeld, in deze zaak werd de betrokken partijen in april 2007 een boete van totaal meer dan 273 miljoen euro opgelegd.¹²

Voor de volledigheid, ook nationale organen, waaronder in Nederland de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) kunnen (mogelijke) incorrecte marktbeïnvloeding aan de kaak stellen, voor zover de effecten van de beïnvloeding zich voordoen op het grondgebied van die lidstaat.

Europese regels inzake mededinging zijn bijzonder gedetailleerd en vergaand, het is zaak om stapsgewijs tot een afgewogen overeenkomst te komen.

Conclusie is dat de in VS vigerende regels op het gebied van verticale overeenkomsten in combinatie met handelsbeperkingen een soepeler en elastischer behandeling toelaten dan die in de EU. Regels zijn meer gericht op een laissez-faire en eigen verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven, sancties kunnen evenwel enorm zijn.

J.A.J. van Velzen
 Van Velzen C.S. The Netherlands B.V.
<http://vviworld.net>
 e-mail: hans.van.velzen@vviworld.net

Opmerking

Het voorgaande is niet uitputtend bedoeld. De inhoud van dit artikel heeft een informatieve strekking, is globaal en beschrijvend van opzet en is niet bedoeld als juridisch advies of als lei-

draad voor contract- of handelsaangelegenheden. Aan deze informatie kunnen geen rechten worden ontleend. Deze bijdrage is afgerond op 10 mei 2007.

www.fenedexpress.nl

**Juridische aspecten bij export,
Verenigde Staten, EU**

Voetnoten

- 1 Met verwijzing naar artikel 1 leden 1 en 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
- 2 Artikel 81 lid 1 EG Verdrag: "Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden [cursief, HvV] zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst [...]." Verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig, met verwijzing naar Artikel 81 lid 2 van het EG Verdrag. Er kunnen uitzonderingen worden gemaakt op de algemene verbodsbepaling van artikel 81 lid 1.
- 3 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. De groepsvrijstelling is van toepassing op overeenkomsten tussen twee of meer ondernemingen, die voor de toepassing van de overeenkomst ieder afzonderlijk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn, voor zover het marktaandeel van de leverancier de 30% niet overschrijdt.
- 4 Een recent voorbeeld betreft de Statement of Objections die door de EC naar Apple en een aantal grote platenmaatschappijen is gestuurd inzake het belemmeren van aankopen via Apple's iTunes on-line stores tot het land van inwonerschap van de consument. EC Press Release d.d. 3 april 2007, ref. MEMO//07/126.
- 5 Overigens zijn cf. EC groepsvrijstellingsverordening nr. 1400/2002 locatieclausules in overeenkomsten tussen autofabrikanten en dealers sinds 1 oktober 2005 niet meer automatisch vrijgesteld van de werking van artikel 81 van het EG Verdrag. Kwalitatieve normen kunnen nog wel worden opgelegd. Met verwijzing naar EC Press Release, d.d. 30 september 2005, Ref. IP/05/1208.
- 6 Zie vorige noot voor een uitzondering op distributie van motorvoertuigen.
- 7 Een uitzondering wordt gemaakt voor a) niet-wederkerige overeenkomsten tussen partijen waarbij de afnemer een omzet heeft van max. 100 miljoen euro en b) voor overeenkomsten waarbij de afnemer enkel concurrent is op distributieniveau, dus niet tevens zelf gelijksoortige producten fabriceert.
- 8 Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis, Publicatieblad van de EG, 2001/C368/07 d.d. 22 december 2001 [De Minimis].
- 9 De Minimis, t.a.p., punt 4.
- 10 Zie ook de eerder aangehaalde Statement of Objections van de EC aan o.m. Apple inzake on-line music sales.
- 11 Met verwijzing naar EG Press Release d.d. 3 april 2007, ref. MEMO//07/126.
- 12 EG Press Release d.d. 18 april 2007, ref. IP/07/509.

Samenwerken in de export

Al vanaf het ontstaan van RS Technics b.v. in 1991 is er een intensieve samenwerking met Meko b.v. uit Assen. Meko beweegt zich wereldwijd op de markt van de melkveehouderijen.

Naast het kopen van melktanks is er bij de melkveehouders grote noodzaak om melk van de allerbeste kwaliteit te leveren. Om aan de hoge kwaliteitseisen te kunnen voldoen is het noodzakelijk te beschikken over zeer geavanceerde en betrouwbare elektronische controleapparatuur. Voor de ontwikkeling en productie hiervan hebben Meko en RS Technics de handen ineengeslagen. Het

uiteindelijke huidige product is van dien aard dat het alle mondiale toetsingseisen met vlag en wimpel kan doorstaan. Intensieve bewerking van de Canadese markt door Meko en het vervaardigen van proefmodellen door RS Technics heeft ertoe geleid dat de boeren van Ontario in 2006 besloten over te gaan tot aanschaf van de "Dutch Milkguard". Inmiddels zijn 6000 Canadese boeren voorzien en heeft de Melkwacht het prestigieuze AE50 award mogen ontvangen onder de titel "Het meest innovatieve product". Uiteraard heeft dit succes beide bedrijven aangezet tot

doorontwikkeling alsmede intensieve bewerking van de markt. De gezamenlijke boeren van Quebec hebben besloten hun collega's in Ontario te volgen om ook over te gaan op de aanschaf van de Hollandse Melkwacht. Er wordt nu bij RS Technics b.v. gestart met de productie van nog eens 5000 stuks.

Directeur K.W. Rozeveld:

".....samenwerken met andere Nederlandse bedrijven kan dus leiden tot fantastische resultaten en je kunt toch je eigen identiteit behouden"