Verticale overeenkomsten en handelsbeperkingen op distributie in de VS en de EU (1)

In deze bijdrage komen praktische aspecten omtrent distributie op de VS en de EU markt aan de orde.

Inleiding

De Verenigde Staten en de Europese Unie zijn beide economische grootmachten. Waar wij in de EU al meer dan een behoorlijke kluif hebben aan de hoeveelheid nationale en supranationale wetgeving die van toepassing is op de inmiddels 27 lidstaten, daar heeft men in de VS al meer dan een eeuw ervaring met een bijna dubbele hoeveelheid staten. Deze ervaring heeft er toe geleid dat een breed scala aan kennis en jurisprudentie beschikbaar is en in de loop van de tijd is aangewend om uniform beleid te creëren inzake aangelegenheden die veelal op federaal niveau dienen te worden geregeld, waaronder bescherming van de Amerikaanse, lees: interne markt.

De EU heeft zich in de laatste decennia ook van haar ogenschijnlijk steeds betere kant laten zien. Een voortdurend groeiende omvang van regelgeving en uitspraken, onder meer ter zake van mededingingsbeleid, siert het pakket lidstaten dat zich heeft verenigd in de Europese Unie. Ook hier geldt dat bescherming van de interne, alsmede van de vrije markt immer hoog op de agenda staat.

Bescherming van de vrije markt staat centraal in het begrip mededinging. Mededingingsbeleid ziet toe op het voorkomen van handelsbelemmeringen of -beperkingen, meer in het bijzonder ter bescherming van de vrije concurrentie, van de consument en van de (interne) markt in haar geheel. Bekend zijn o.m. antidumping en antitrust maatregelen.

Antitrust ziet meer op horizontale beperkingen of – belemmeringen toe; dergelijke beperkingen, ook wel horizontal restraints genoemd, gelden tussen ondernemingen op hetzelfde niveau binnen een productie- of distributieketen. Voorbeelden daarvan kunnen worden gevonden in samenwerkende fabrikanten die gezamenlijk prijsafspraken maken om zodoende de prijs van hun producten kunstmatig hoog te houden[1], of het afhankelijk maken van de markt van een groep van aanbieders, die dicteert wat de afnemer na verloop van tijd nodig heeft om zijn of haar producten blijvend goed te laten functioneren. Aansprekende voorbeelden kennen we uit de IT-sector.

Verticale beperkingen – ook wel vertical restraints genoemd – zijn beperkingen die gelden tussen ondernemingen op verschillende niveaus binnen een productie- of distributieketen. Voorbeelden daarvan kunnen worden gevonden in fabrikanten die met distributeurs afspraken maken over territoriaal begrensde afzetgebieden, over minimum afnameverplichtingen, over wederverkoopprijzen, het voeren van concurrerende producten etcetera. Het Europese mededingingsbeleid spitst zich toe op een aantal gebieden, waaronder het verbod op concurrentiebeperkende overeenkomsten (Artikel 81 EG Verdrag).

In het algemeen kan worden aangehaakt bij een op hoofdlijnen soortgelijk instrumentarium aan toegelaten handelsbelemmeringen binnen de VS en de EU, waarover hierna meer. Er zijn ook degelijk verschillen. Deze bijdrage inzake vertical restraints in een distributieketen, beperkt zich tot de hoofdlijnen van de distributiestelsels en gerelateerde handelsbelemmeringen van beide "consortia", voor wat betreft de VS een beperking tot artikel 1 van de Sherman Act, voor wat betreft de Europese Unie een beperking tot artikel 81 van het EG Verdrag.

Distributie op en in de VS

De VS kennen een breed scala aan mogelijkheden om producten te distribueren op alle niveaus binnen de keten van fabrikant tot retailer. Afspraken ter bescherming van het product en de markt waarop wordt geopereerd, kunnen binnen relatief ruime bandbreedtes worden gemaakt. In het algemeen geldt dat, zo lang de markt niet wordt gedomineerd of wordt gedirigeerd door toedoen van beschermingsmaatregelen, en deze maatregelen niet contraeffectief werken op de vrije concurrentie en daarmee geen schade toebrengen aan de consument, deze toelaatbaar zijn.
Uitzonderingen daarop kunnen worden onderverdeeld naar harde en zachte uitzonderingen. De harde uitzonderingen vindt men in de zgn. "Per Se Illegal restraints" Zachte uitzonderingen worden onderworpen aan de zgn. "Rule of Reason"; een daartoe aangezochte rechtbank interpreteert de maatregelen en kan hieraan een (andere) betekenis of werking geven, zonder de overeenkomst nietig te verklaren.

Binnen de Verenigde Staten zijn de Antitrust Division van het Department of Justice alsmede het Bureau of Competition van de Federal Trade Commission (hierna gezamenlijk aangeduid met de "Agencies") verantwoordelijk voor toezicht op naleving van in de VS vigerende federal antitrust laws.
De Agencies kunnen op eigen instiga-

tie zogenoemde enforcement actions uitbrengen.
Zware sancties, waaronder bijzonder hoge boetes en zelfs gevangenisstraffen kunnen worden opgelegd, overigens niet enkel aan bestuurders, maar ook aan medewerkers van de onderneming in overtreding.
Verder kan het bedrijfsleven zelf ook civiele zaken aanspannen; ondernemingen kunnen andere ondernemingen voor het gerecht dagen; indien en voor zover een onderneming schuldig wordt geacht aan overtreding van antitrust wetgeving, kan deze tot drie maal tot de door de eiser geleden schade worden veroordeeld.
Verder mogen US State Attorney Generals antitrustzaken aanbrengen voor zowel statelijke als federale rechtbanken.

Als basis voor de Amerikaanse antitrust wetgeving geldt nog altijd de Sherman Antitrust Act van 1890 (de "Act"). Opvolgende wetten betreffen onder meer de Clayton Act en de Federal Trade Commission Act, beide van 1914, de Robinson-Patman Anti-discrimination Act van 1936 alsmede de Wilson Tariff Act.

De Agencies hebben uitgebreide richtlijnen uitgegeven op grond waarvan door het bedrijfsleven kan worden bepaald of in overeenstemming met het als zodanig aanvaarde stelsel van vnl. horizontale en – in de zijlijn – verticale overeenkomsten wordt gehandeld.

In het algemeen kan worden gesteld dat horizontal restraints zijn verboden zonder dat het negatieve effect op de markt hoeft te worden aangetoond. Vertical restraints zijn of worden alleen verboden indien de redenen van handelsbeperking niet in verhouding staan tot het negatieve effect dat dergelijke beperkingen op mededinging hebben.

In de VS wordt onderscheiden naar zogenoemde Per Se Illegal beperkingen en beperkingen die worden onderworpen aan de Rule of Reason.

Tot de Per Se Illegal beperkingen behoren o.m. het boycotten van concurrenten en zogenoemde tying arrangements.[2] Het aantal Per Se Illegal beperkingen in de VS is gering in omvang en is voornamelijk gericht op horizontal restraints.

In andere gevallen wordt het aan het inzicht van een rechtbank overgelaten of de beperkingen een wezenlijk doel treffen en mogelijk toelaatbaar zijn, dit heet het toepassen van de Rule of Reason.
Daarbij hoeft niet altijd sprake te zijn van een handelen te kwader trouw – het opzettelijk belemmeren van mededinging – aansprakelijkheid kan ook ontstaan in geval van negatieve beïnvloeding op de mededinging als gevolg van die gedraging.[3] In een Rule of Reason beoordeling wordt bekeken hoe de overeenkomst zich verhoudt tot algemene geldende mededingingsregels en de invloed die de overeenkomst heeft op het handelsverkeer. Onder de Rule of Reason dient de klagende partij het bewijs te leveren dat een overeenkomst een negatief effect op de mededinging en de markt heeft.
Verticale overeenkomsten in combinatie met negatieve beïnvloeding van mededinging worden beoordeeld aan de hand van Artikel 1 van de Act, dit voor zover het interstatelijke handel betreft. Indien sprake is van zuiver statelijke aangelegenheden, dan kan worden aangeknoopt bij statelijke antitrustwetgeving, die veelal (nagenoeg) gelijk is aan de federale. Indien de statelijke handeling effect heeft op interstate commerce, kan de Act weer worden toegepast. Overigens, net als EU mededingingregels zijn Amerikaanse antitrust bepalingen van toepassing op de invloed van beschermingsmaatregelen op hun markt, onafhankelijk van de vestigingsplaats of het vestigingsland van de partij die de beschermingsmaatregel neemt.[4]

Artikel 1 van de Act[5] bepaalt het volgende:
Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty
Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Beperkingen of eerder belemmeringen van mededinging worden beoordeeld aan de hand van antitrust wetgeving – die voornamelijk toe ziet op horizontale beperkingen – en op basis van een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie.

Wat mag wel en wat mag niet[6]
Territoriale bescherming
Het exclusief verdelen van markten is onder omstandigheden toegestaan. Indien een bekwame bediening van de markt een substantiële investering vereist van een retailer, wordt het gerechtvaardigd geacht, dat deze een exclusief gebied krijgt toegewezen.[7]

Vrije levering en selectieve distributie
Het verkopen van producten middels bepaalde distributiekanalen, zoals een discount retailer kan ook aan banden worden gelegd. In Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Co., oordeelde de rechtbank dat een leverancier – een fabrikant in kwestie – vrij is om te leveren of om niet te leveren aan wie hij wil, mits op objectieve gronden.[8]
Het territoriaal belemmeren van verkopen (omgekeerde gebiedsbescherming) is toegestaan; een klagende partij die meent dat sprake is van beperking van de mededinging dient duidelijk te maken dat een dergelijke beperking een welvaartsremmend effect heeft.

Bepalen van maximum- en minimumprijzen
Het opleggen van een maximum prijs op producten voor resale is eveneens toegestaan, maar wordt beoordeeld onder de Rule of Reason.[9] Een rechtens oorbare grond voor het opleggen van een maximumprijs kan liggen in het voorkomen van afbreuk van marktaandeel. Indien een product door dubbele of te hoge marges te duur in de schappen komt te liggen, leidt dat normaliter tot vermindering van verkoop.

Het opleggen van een minimumprijs voor wederverkoop is niet toegestaan en dateert reeds van 1911.[10] Het opleggen van een minimumprijs betreft een Per Se Illegal beperking, is verboden onder de Sherman Act en is daarmee nietig.

Prijsdiscriminatie
Het differentiëren in verkoopprijzen van gelijke producten aan verschillende afnemers is eveneens aan banden gelegd, indien het effect daarvan voornamelijk is gelegen in het belemmeren van concurrentie dan wel het creëren van een monopolie of indien het resulteert in beperking van concurrentie dan wel tenietgaan van een concurrent van degene aan wie wel wordt geleverd.[11]

De territoriale beperking van de Sherman Act.
De in de VS bepalende mededingingswetgeving is behoudens uitzonderingen praktisch enkel van toepassing op mededingingsaangelegenheden binnen de Verenigde Staten. De Foreign Trade Antitrust Improvements Act van 1982 staat handelsbeperkende overeenkomsten toe die normaliter onder de Sherman Act zouden zijn verboden, mits de gevolgen ervan enkel op buitenlandse markten zijn te voelen. [12]

In de afgelopen decennia heeft Amerikaanse jurisprudentie op het gebied van mededinging een verschuiving laten zien van Per Se Illegal beperkingen naar voornamelijk Rule of Reason beperkingen, mede door toenemende concurrentie, in aantallen aanbieders en aantallen producten, het uiteindelijke doel van mededingingsbeleid.[13]

Verticale overeenkomsten en bijbehorende mededingingsbeïnvloedende maatregelen zijn in eerste instantie ter beoordeling van het bedrijfsleven zelf. Mocht echter van een Rule of Reason of erger een Per Se Illegal beperking blijken, dan wachten mogelijk bijzonder zware sancties.

Deel 2 van deze bijdrage inzake EU regels verschijnt in het volgende nummer van Fenedexpress.

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 leidraad 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 o.m. de aan Nintendo en zeven van haar distributeurs opgelegde boetes wegens het belemmeren van parallelimport. EG Press Release d.d. 30 oktober 2002, ref. IP/02/1584. Voor een combinatie van zowel horizontal als vertical restraints wordt verwezen naar Toys "R" Us, Inc. v. Federal Trade Commission, No. 98-4107 (2000). Toys R Us probeerde middels afspraken met speelgoedfabrikanten te voorkomen dat dezelfde als door Toyr R Us gevoerde merken via speciale warehouse clubs werden gevoerd, tegen veelal veel lagere prijzen. Toys R Us probeerde initieel met succes middels een netwerk van verticale restraints tevens een horizontale te bewerkstelligen.

2 In geval van een tying arrangement dient een koper naast het gewenste product tevens een ander product aan te schaffen (koppelverkoop).

3 Allied Tube & Conduit Corp. V. Indian Head, Inc., 486 U.S. 492 (1988). Hier werd een verzoek aan een groep van industriëlen om aanpassing van een industriestandaard op het gebied van geleide-materiaal afgewezen op basis van subjectieve criteria, ter bescherming van eigen belangen, niet ter bescherming van de industrie in haar geheel.

4 In een groot deel van de in de VS behandelde rechtszaken mbt handelsbelemmeringen waren buiten de VS gevestigde ondernemingen betrokken, met verwijzing naar "An update on the Antitrust Division's criminal enforcement program", Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement, Antitrust Division, U.S. Department of Justice (2005).

5 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 1.

6 Dit is geen leidraad, het navolgende betreft een beschrijving van enkele gedragingen, waaronder handelsbeperkingen en hun uitwerking in jurisprudentie.

7 Cont'l T.V., Inc. v GTE Sylvania, Inc., 433 U.S.

8 Monsanto Co. V. Spray-Rite Service Co., 465 U.S. (1984).

9 State Oil v. Kahn, 522 U.S. 3 (1997).

10 Dr. Miles Med. Co. V. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

11 15 U.S.C. § 13 (a). Vergelijk Volvo Trucks North America, Inc. v.. Reeder-Simco GMC, Inc. (04-905) (2006).

12 Hierover is een aantal zaken gevoerd, waaronder F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A. (03-724) 542 U.S. 155 (2004) mbt tot het nationaal en internationaal fixeren van prijzen, waarbij de internationale component niet tot harm of injury aan de Amerikaanse markt werd gerekend en daarmee niet onder de Sherman Act kon worden gebracht.

13 Zie hiervoor Memorandum of United States in Response to Motion of Rolex Watch U.S.A., Inc. for Order Terminating Final Judgment, United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center, Inc., Supplemental to Civ. Action No. 96-170 (S.D.N.Y. Feb. 28, 2006) en de Response of United States to Public Comments d.d. 12 januari 2007, inzake het beeindigen van een reeds 47 jaar lopende zaak tegen een conglomeraat van Zwitserse horlogemakers, onder meer vanwege het verdampte mededingingsbelang dat destijds als Per Se Illegal werd bestempeld en nu onder de Rule of Reason werd herbezien.