

TOT ZOVER HET VERBOD OP ACTIEVE VERKOOP

Het verbod van actieve verkoop is een oude bekende in het Europese mededingingsrecht. Dit verbod maakt het mogelijk een exclusief aangestelde verdeler te beschermen tegen verkoopsinspanningen van andere verdelers in zijn contractgebied. Ook de nieuwe groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen laat een dergelijk verbod toe. De ervaring van de auteurs leert dat het correct toepassen van de nieuwe regelen inzake het verbod van actieve verkoop in de praktijk moeilijk ligt. Eerder dan het inluiden van een meer economische benadering van het mededingingsrecht, dreigt het verbod te verzanden in een juridisch-technisch debat.

INLEIDING

1. De overgangperiode die is bepaald in Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van art. 81, derde lid, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen¹ (hierna «VO nr. 2790/99», «de Verordening» of «de Groepsvrijstelling») liep definitief af op 31 december 2001. Vanaf die datum kan een distributieovereenkomst enkel het voordeel van een groepsvrijstelling genieten indien aan de voorwaarden van VO nr. 2790/99 wordt voldaan.² De oude groepsvrijstellingen (Verordening (EEG) nr. 1983/83 (exclusieve distributie),³ Verordening (EEG) nr. 1984/83 (niet-exclusieve distributie gekoppeld aan een exclusieve afnameverplichting)⁴ en Verordening (EEG) nr. 4087/88 (franchising)⁵) behoren dus voorgoed tot het verleden.

2. De praktijkjuristen hebben intussen al enige ervaring kunnen opdoen met VO nr. 2790/99 en met de daarmee samenhangende Bekendmaking van de Commissie aangaande «Richtsnoeren inzake verticale beperkingen» (hierna «de Richtsnoeren»)⁶. Distributieovereenkomsten die nieuw werden aangegaan na 31 mei 2001 moesten immers reeds in overeenstemming met VO nr. 2790/99 worden geredigeerd om voor een groepsvrijstelling in aanmerking te komen. Deze eerste ervaringen laten alvast bij de auteurs eerder gemengde gevoelens na.

Eenzijds is het zonder meer positief dat de Europese Commissie grotendeels is afgestapt van de keurslijfbenaderingswijze uit het verleden.⁷ De vroegere groepsvrijstellingen waren enkel en alleen van toepassing op een overeenkomst indien deze geen andere mededin-

gingsbeperkende clausules bevatte dan die welke uitdrukkelijk werden toegelaten in de tekst van de groepsvrijstelling. Dit leidde tot erg gestandaardiseerde distributieovereenkomsten. Men diende zich immers noodzakelijkerwijs te beperken tot het parafraseren van de tekst van de groepsvrijstelling en bleef zo ver mogelijk weg van enige clausule die potentieel als mededingingsbeperkend beschouwd zou kunnen worden. VO nr. 2790/99 verlaat deze aanpak. Het opnemen van mededingingsbeperkende clausules stelt geen probleem, op voorwaarde dat ze niet op de zwarte lijst van art. 4 VO nr. 2790/99 voorkomen. De praktijkjuristen en hun cliënten kunnen dus naar hartelust in de overeenkomst opnemen wat ze wensen, als ze maar uit de buurt van de zwarte lijst blijven.

Het is nu precies deze in art. 4 opgenomen zwarte lijst die bedenkingen oproept. Met name art. 4(b) VO nr. 2790/99 stelt problemen. Deze bepaling plaatst iedere afspraak op de zwarte lijst die direct of indirect tot doel heeft «de beperking van het gebied waarin of de klanten waaraan de afnemer de contractgoederen of -diensten mag verkopen», om vervolgens vier uitzonderingen op dit principieële verbod te stipuleren.

Het zal de aandachtige lezer derhalve niet ontgaan dat, minstens voor wat de territoriale of klantenbeperkingen betreft, VO nr. 2790/99 in de zonden van het verleden hervalt. Inzake dit type van beperkingen hebben practici immers geen andere keuze dan zich te onderwerpen aan het keurslijf van de Verordening en slaafs te kopiëren wat in de vier uitzonderingen van art. 4(b) is gestipuleerd. Een van deze uitzonderingen (namelijk die welke een verbod op actieve verkoop toelaat) dreigt daarenboven in de praktijk een ware nachtmerrie te worden. Vele auteurs van distributieovereenkomsten hebben deze hinderlaag vermoedelijk nog niet ontdekt. Zij die dit wel hebben gedaan, hebben ongetwijfeld reeds hun hoofd gebroken over de wijze waarop met deze uitzondering zinvol kan worden omgesprongen. Een dergelijke denkoefening is zeker geen overbodige luxe. Immers, wie met deze uitzondering foutief omspringt, schendt de zwarte lijst en verliest dus het voordeel van de Groepsvrijstelling voor de hele overeenkomst (zie verder nr. 11). Lichtzinnig omspringen met het verbod op actieve verkoop is dan ook zonder meer uit den boze.

Het doel van deze bijdrage is de practici langs de hinderlaag van het verbod op actieve verkoop te loodsen, in de hoop dat zij, ondanks alle goede bedoelingen, het voordeel

¹ PB nr. L336/21 van 29 december 1999.

²

Als uitzondering hierop geldt de sectorspecifieke Verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag (nu art. 81(3) EG) op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, PB nr. L145/25 van 29.6.1995 (zie verder, nr. 7).

³

PB nr. L173/1 van 30 juni 1983.

⁴

PB nr. L173/15 van 30 juni 1983.

⁵

PB nr. L359/46 van 28 december 1988.

⁶

PB nr. C291/1 van 13 oktober 2000

⁷

Aangaande deze benadering, zie F. WIJCKMANS, «Hoe mededingingsbeperkend is het Europees mededingingsrecht?», Cahier van de jurist, 3(1997), 54.

van de Groepsvrijstelling niet verliezen door een enkele onbewuste misstap.

II. TOEPASSINGSGBIED VAN VO NR. 2790/99

3. Het spreekt vanzelf dat het voordeel van de Groepsvrijstelling enkel verloren kan gaan wegens een «zwarte lijst»-probleem, indien het gaat om een overeenkomst die binnen het toepassingsgebied van VO nr. 2790/99 valt. Het

is niet onze bedoeling om in het korte bestek van deze bijdrage dit toepassingsgebied in detail te analyseren. Elders werd dit vraagstuk uitvoeriger besproken.⁸ Eerder wensen wij in het raam van deze bijdrage, vooraleer tot de eigenlijke bespreking van territoriale en klantenbeperkingen over te gaan, dit toepassingsgebied te schetsen aan de hand van een zestal stappen. Dit zijn de stappen die telkenmale doorlopen dienen te worden teneinde te kunnen besluiten of een distributieovereenkomst al dan niet binnen het toepassingsgebied van VO nr. 2790/99 valt.

4. In een eerste stap dient te worden bepaald of er e  n of meer verticale overeenkomsten in de zin van VO nr. 2790/99 voorhanden zijn. Een definitie van een verticale overeenkomst is te vinden in art. 2(1). Daarin wordt gesteld dat overeenkomstig art. 81(3) EG en de bepalingen van de nieuwe Groepsvrijstelling, art. 81(1) EG buiten toepassing wordt verklaard indien het gaat om «overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen en diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen».⁹

5. Een tweede stap betreft de vraag of de overeenkomst e  n of meer verticale beperkingen bevat die binnen de werkingssfeer van art. 81(1) EG komen. In dit verband dient te worden gewezen op de bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis (de zgn. «de minimis-bekendmaking»). Deze bekendmaking is relevant in de mate dat ze stelt dat de Commissie van oordeel is dat algemeen mag worden aangenomen dat art. 81(1) EG, mits de zgn. «hardcore»-restricties (bv., prijsbinding, marktverdeling) en cumulatieve effecten ontbreken, niet van toepassing is op verticale overeenkomsten gesloten tussen niet-concurrerende ondernemingen wier marktaandeel op de relevante (product- en geografische) markt de 15% niet overstijgt.¹⁰

⁸ Voor meer details omtrent het toepassingsgebied van VO nr. 2790/99, zie o.m. F. WIJCKMANS, «Verticale beperkingen in het EU-mededingingsrecht: een ingrijpende ommezwaai» in Cahier van de jurist, 1(2001), 11-14; J. BOCKEN, «Verordening 2790/99: De nieuwe groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten», R.W., 2000-2001, 897 e.v.; J.-M. SCHULTZE e.a., Die Gruppenfreistellungsverordnung fu r vertikale Vereinbarungen, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2001.

⁹ Zie tevens §§ 23-25 van de Richtsnoeren.
¹⁰

Zie tevens §§ 8-11 van de Richtsnoeren. De Richtsnoeren verwijzen naar de de minimis-bekendmaking van 1997, die einde 2001 is herroepen door een nieuwe bekendmaking (PB nr. C368/13 van 22 december 2001). De nieuwe bekendmaking verhoogt het de minimis-marktaandeel voor overeenkomsten tussen niet-concurrenten tot 15% voor elk van de partijen (zie, punt 7(b)). Deze

6. In een derde stap dient de vraag te worden gesteld of het voorwerp van de overeenkomst intellectuele eigendomsrechten betreft. Volgens art. 2(3) VO nr. 2790/99 kan een overeenkomst met bepalingen betreffende de overdracht aan of het gebruik door de afnemer van intellectuele eigendomsrechten enkel een groepsvrijstelling verkrijgen «indien deze bepalingen niet het hoofdonderwerp van dergelijke overeenkomsten vormen en rechtstreeks met het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten verband houden.

De vrijstelling is van toepassing op voorwaarde dat, met betrekking tot de contractgoederen en   diensten, deze bepalingen geen mededingingsbeperkingen omvatten die hetzelfde doel of gevolg hebben als verticale beperkingen waarvoor op grond van (de Verordening) geen vrijstelling geldt».¹¹

7. De vraag naar het voorwerp van de overeenkomst is tevens aan de orde in een vierde stap. Art. 2(5) VO nr. 2790/99 bepaalt immers dat de Groepsvrijstelling evenmin van toepassing is «op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsbereik van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt (onze cursivering)».¹²

8. Een vijfde en voorlaatste stap betreft de vraag of het al dan niet om een overeenkomst tussen concurrenten gaat. Een dergelijke overeenkomst kan, in overeenstemming met art. 2(4) VO nr. 2790/99, enkel van de Groepsvrijstelling genieten indien zij niet-wederkerig is en voldoet aan e  n van de volgende voorwaarden:

   de totale jaaromzet van de afnemer is niet meer dan EUR 100 miljoen; of

   de leverancier produceert en verdeelt goederen en de afnemer is een loutere distributeur die geen goederen produceert die met de contractgoederen concurreren; of

   de leverancier biedt diensten aan op diverse handelsniveaus, terwijl de afnemer geen concurrerende diensten aanbiedt op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt.¹³

9. De zesde en laatste stap betreft een marktaandeelanalyse. Art. 3 VO nr. 2790/99 onderwerpt de toepasselijkheid van de Verordening immers aan een markt-

nieuwe drempel is van toepassing (§ 8 van de Richtsnoeren vermeldt immers dat de Richtsnoeren de toepassing van «de huidige of een eventuele toekomstige de minimis-bekendmaking onverlet» laten). Het voordeel van de nieuwe de minimis-bekendmaking is in het gegeven kader eerder beperkt, aangezien de bekendmaking als hardcore-restricties de integrale lijst van art. 4 VO nr. 2790/99 kopieert. M.a.w., een schending van de regelen inzake het verbod op actieve verkoop stelt mogelijk een mededingingsrechtelijk probleem, zelfs indien het gaat om overeenkomsten van geringe betekenis.

¹¹ Zie tevens §§ 30-44 van de Richtsnoeren.
¹²

§ 45 van de Richtsnoeren bevat een overzicht van de andere van kracht zijnde groepsvrijstellingen. Op distributievlak is dit essentieel Verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28 juni 1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, PB nr. L145/25 van 29 juni 1995.

¹³ Voor het begrip «concurrerende ondernemingen», zie art. 1(a) VO nr. 2790/99; voor meer omtrent verticale overeenkomsten tussen concurrenten, zie §§ 26-27 Richtsnoeren. Merk tevens op dat de de minimis-bekendmaking (zie supra, voetnoot 10) het de minimis-marktaandeel voor overeenkomsten tussen concurrenten vastlegt op een gezamenlijk marktaandeel van 10% (zie, punt 7(a)).

aandeellimiet van 30%. Art. 3(1) bepaalt dat VO nr. 2790/99 van toepassing is «op voorwaarde dat het marktaandeel van de leverancier op de relevante markt waar hij de contractgoederen of diensten verkoopt niet meer dan 30% bedraagt». Art. 3(2) bevat hierop een uitzondering. Indien de verticale overeenkomst een exclusieve leveringsplicht omvat, dient niet het marktaandeel van de leverancier, maar dat van de afnemer, als referentiepunt te worden genomen. In een dergelijk geval is de Groepsvrijstelling derhalve van toepassing «op voorwaarde dat het marktaandeel van de afnemer op de relevante markt waarop hij de contractgoederen of -diensten koopt, niet meer dan 30% bedraagt».

In dit laatste geval dient art. 1(c) VO nr. 2790/99 in het achterhoofd te worden gehouden. Daarin wordt het begrip «exclusieve leveringsplicht» omschreven als zijnde «elke directe of indirecte verplichting van de leverancier om, met het oog op een bepaald gebruik of wederverkoop, de in de overeenkomst gespecificeerde goederen of diensten slechts aan e  n afnemer binnen de Gemeenschap te verkopen (onze cursivering)». Praktisch betekent dit dat slechts in het geval de leverancier een exclusieve distributeur voor de hele Gemeenschap aanstelt, het marktaandeel van de afnemer bepalend is. In alle overige gevallen (bv., e  n distributeur per lidstaat, e  n distributeur per regio (Benelux, Scandinavie, enz.)) is het marktaandeel van de leverancier doorslaggevend.

Meer houvast omtrent het berekenen van het marktaandeel van de leverancier of de afnemer kan worden gevonden in art. 9 VO nr. 2790/99 en §§ 88-99 van de Richtsnoeren. Houvast aangaande het bepalen van de relevante geografische en productmarkt, kan worden gevonden in de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht.¹⁴

10. Wat nu indien blijkt dat alle voorwaarden voor de toepassing van de Groepsvrijstelling vervuld zijn, maar de leverancier (of eventueel de afnemer) een marktaandeel van meer dan 30% heeft op de relevante markt? Betekent dit dat de betrokken overeenkomst sowieso moet worden aangemeld aan de Commissie?¹⁵ Niet noodzakelijk, aangezien de door de Commissie opgestelde Richtsnoeren uitdrukkelijk bepalen (in § 62) dat verticale overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de Groepsvrijstelling vallen, niet a priori als onwettig zullen worden beschouwd. Ondernemingen worden er door de Commissie dan ook toe aangemoedigd hun eigen beoordeling van de overeenkomst te maken, zonder tot aanmelding over te gaan. De Commissie wijst hierbij op de mogelijkheid die zij heeft om eventueel een vrijstelling te verlenen met terugwerkende kracht tot op het moment van het van kracht worden van de overeenkomst.¹⁶ Ondernemingen die een

overeenkomst niet hebben aangemeld omdat ze verkeerdelijk veronderstelden dat zij van de Groepsvrijstelling kon genieten, lijken alvast de facto (maar niet de iure), immuniteit voor boetes te kunnen verkrijgen.¹⁷

Anderzijds hoeven ondernemingen met een markt-aandeel van meer dan 30% zich geen illusies te maken omtrent het al dan niet wettig zijn van hun verticale overeenkomsten. Zo lijkt het alvast op het eerste zicht weinig waarschijnlijk dat de Commissie aan dergelijke ondernemingen een vrijstelling zal verlenen voor een verticale overeenkomst die een beperking bevat die voorkomt op de zwarte lijst van art. 4 VO nr. 2790/99. Toch dient de Commissie in het raam van een individuele aanmelding een gericht en concreet onderzoek te verrichten m.b.t. de aangemelde overeenkomst. Daar een groepsvrijstelling noodgedwongen een voor de Commissie acceptabel «gemiddelde» stipuleert, zou een onderneming in de mogelijkheid moeten worden gesteld in haar concrete bewijsvoering aan te tonen dat een verdergaande mededingingsbeperking toch voor een individuele overheffing in aanmerking kan komen. In dit verband kan men enkel maar hopen dat de Commissie individuele aanmeldingen daadwerkelijk op hun merites zal beoordelen en niet telkenmale dogmatisch zal verwijzen naar de taal in de Groepsvrijstelling en de Richtsnoeren.

III. TECHNIEK VAN VO NR. 2790/99

11. Met het oog op een goede toepassing van de Groepsvrijstelling is het essentieel om de onderscheiden gevolgen van schendingen van art. 4 en art. 5 onder te hebben. Een inbreuk op een van de «hardcore»-restricties van art. 4 VO nr. 2790/99 brengt mee dat de aanspraak op de Groepsvrijstelling verloren gaat voor de verticale overeenkomst in haar geheel. De regel van scheidbaarheid is immers niet van toepassing op een schending van art. 4 VO nr. 2790/99. Dit is weerspiegeld in de aanhef van art. 4 VO nr. 2790/99 die bepaalt dat de «in artikel 2 voorziene vrijstelling ... niet van toepassing (is) op verticale overeenkomsten ... (onze cursivering)». Dit staat in contrast met een schending van art. 5 VO nr. 2790/99, dat een aantal voorwaarden oplegt in verband met niet-concurrentiebedingen. Daarvan luidt de aanhef: «De in artikel 2 voorziene vrijstelling is niet van toepassing op elk van de volgende in verticale overeenkomsten vervatte verplichtingen ... (onze cursivering)». De regel van scheidbaarheid is dus van toepassing. Anders gezegd, ondernemingen die in een distributieovereenkomst zondigen tegen de zwarte lijst van art. 4 verliezen integraal het voordeel van VO nr. 2790/99. Zij kunnen zich voor geen enkel aspect of geen enkele clause van de overeenkomst nog beroepen op de Verordening. Anderzijds valt bij schending van art. 5 (bv. doordat de overeenkomst een niet-concurrentiebeding met een daadwerkelijke of potentiële duurtijd van meer dan vijf jaar bevat) de aanspraak op de Groepsvrijstelling slechts weg voor het kwestieuze niet-concurrentiebeding, maar niet noodzakelijk voor enig ander aspect van de betrokken overeenkomst.

12. Het belang van het respecteren van art. 4 VO nr. 2790/99 blijkt ten slotte eveneens in het licht van de mo-

¹⁷ § 65 van de Richtsnoeren.

¹⁴ PB nr. C372/1 van 9 december 1997. § 88 van de Richtsnoeren verwijst uitdrukkelijk naar deze Bekendmaking.

¹⁵ Art. 9(2)(c)-(e) VO nr. 2790/99 bevat een aantal regelen betreffende de blijvende toepassing van de Groepsvrijstelling in het geval van een tijdelijke overschrijding van de marktaandeellimiet.

¹⁶ Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, PB nr. 13 van 21 februari 1962, blz. 204/62, als gewijzigd (art. 4(2)).

gelijke toepassing van de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging op de verticale overeenkomst. Immers, een verticale overeenkomst die is opgesteld in overeenstemming met de bepalingen van de Groepsvrijstelling is niet slechts gevrijwaard onder het gemeenschapsrecht, maar tevens onder de Belgische wet tot bescherming van de economische mededinging.¹⁸ Art. 8 van deze laatste wet bepaalt immers dat zolang overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen een vrijstelling genieten op grond van art. 81(3) EG, zij niet aangemeld dienen te worden aan de Raad voor de Mededinging.

IV. HET VERBOD OP ACTIEVE VERKOOP

A. Inhoud van het concept

13. Het begrip «actieve verkoop» klinkt vertrouwd in de oren van de karteljurist. Het gaat dan ook reeds mee sedert de allereerste groepsvrijstelling, Verordening (EEG) nr. 67/67.19 «Actieve verkoop» moet worden onderscheiden van zogeheten «passieve verkoop». De Richtsnoeren (§ 50) bevatten een uitgebreide omschrijving van beide concepten.

Onder actieve verkoop wordt verstaan het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten of een specifieke klantenkring (bv. door hen direct aan te schrijven of te bezoeken of d.m.v. reclame in de media of andere vormen van promotie die speciaal op die klanten of die klantenkring gericht zijn). Actieve verkoop omvat voorts het oprichten van opslagplaatsen of verkooppunten en het aanstellen van subdealers of agenten. Passieve verkopen zijn het gevolg van spontane verzoeken van de betrokken klanten. Het begrip «passieve verkoop» is niettemin verzoekenbaar met bepaalde vormen van reclame, op voorwaarde echter dat het handelt over algemene reclame of promotie in media die niet specifiek gericht zijn op het betrokken cliënteel of gebied.

14. Enkele voorbeelden kunnen dit onderscheid illustreren. Een exclusieve dealer te Antwerpen richt een mailing tot klanten die wonen in Brussel. Brussel behoort tot het contractgebied van een andere dealer. Als de Antwerpse dealer ingevolge deze mailing producten of diensten verkoopt aan een Brusselse klant, gaat het om een actieve verkoop. Als de Antwerpse dealer geen gerichte mailing organiseert, maar reclame voert in een Vlaamse krant en hierdoor een Brusselse klant aantrekt, gaat het evenwel niet om een actieve verkoop. De reclame had immers een algemene strekking en was niet specifiek gericht op niet-Antwerps cliënteel. De meest extreme vorm van actieve verkoop is uiteraard het oprichten van een verkooppunt. Als de Antwerpse dealer een bijhuis vestigt te Brussel, doet hij per definitie aan actieve verkoop in Brussel.

15. Reclame via e-mail en catalogusverkoop stellen niet echt bijzondere problemen voor het onderscheid tussen actieve en passieve verkoop. Het ongevraagd versturen van e-mails of catalogi is duidelijk te situeren in het raam van de actieve verkoop. Maar als een klant een dealer of leve-

rancier benadert en dit aanleiding geeft tot correspondentie per e-mail of tot de verzending van een catalogus, bevinden we ons in de sfeer van de passieve verkoop.

16. Reclame en verkopen via het Internet roepen wel vragen op bij het onderscheid. De Commissie is deze nieuwe media duidelijk gunstig gezind en stelt dat slechts in uitzonderlijke gevallen reclame of verkopen via het Internet onder het begrip «actieve verkoop» zullen vallen. Zij stelt, nog steeds in § 50 van de Richtsnoeren, dat «(h)et gebruik van het Internet (...) in de regel niet als een vorm van actieve verkoop (wordt) beschouwd, omdat het een redelijke manier is om klanten in het algemeen te bereiken». De taalkeuze is in dit verband geen doorslaggevend criterium. Van actieve verkoop is maar sprake indien een website in de eerste plaats is gericht op het werven van klanten in het exclusieve gebied of binnen de exclusieve klantenkring van een andere distributeur. Dit kan het geval zijn door het gebruik van banners of links op pagina's van providers die speciaal voor die klanten toegankelijk zijn.

17. Kort samengevat dient het onderscheid tussen actieve en passieve verkoop te worden gemaakt aan de hand van het criterium of er al dan niet een op het betrokken gebied of de betrokken klant of klantenkring gerichte verkoopsinspanning werd geleverd. Het feit dat een verkoop gebeurt aan een bepaalde klant, is op zichzelf weinig relevant. Ook het feit dat een bepaalde klant tot aankoop overgaat na kennisname van publiciteit van de betrokken dealer, is niet doorslaggevend. De echte vraag is of de betrokken dealer een verkoopsinspanning leverde en of deze specifiek was gericht op het betrokken gebied of de betrokken klant of klantenkring.²⁰

18. Terwijl het onderscheid tussen actieve en passieve verkoop in theorie nog relatief scherp is, leert de praktijk ons dat het in grensgevallen slechts zeer uitzonderlijk mogelijk zal zijn om de handelwijze van een dealer te kwalificeren als een actieve, c.q. passieve, verkoop. Hier rijst doorgaans een reëel bewijsprobleem. Onze praktijkervaring levert alvast geen enkel voorbeeld op van een betwisting waarin voldoende sluitend bewijsmateriaal voorgelegd kon worden van dealers die zich (tegen hun contractuele verplichtingen in) inlieten met actieve verkoop in een bepaald gebied.

Terwijl het doorgaans vrij eenvoudig is het bewijs te verkrijgen van een verkoop in een bepaald gebied, is het daarentegen in de regel bijzonder moeilijk het bewijs te leveren dat de verkoop aan een klant buiten het gebied of de klantenkring van de betrokken dealer rechtstreeks toegankelijk is aan een actieve verkoopsinspanning van deze dealer gericht op de betrokken klant of klantenkring. Het zou interessant zijn deze ervaring te kunnen vergelijken met die van collega's, maar het zou ons verwonderen indien deze bij hen markant anders zou liggen.

Wij komen nog terug op deze praktische vaststelling verderop in dit artikel. Immers, in het licht van de voorwaarden die de Commissie stelt voor het rechtsgeldig opleggen van het verbod op actieve verkoop in het raam van de Groepsvrijstelling, lijkt het ons bijzonder raadzaam

¹⁸ K.B. houdende coördinatie van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, B.S., 1 september 1999, blz. 32.315.

¹⁹ Zie verder, nr. 20.

²⁰ Hier hebben we het dus niet over het openen van verkooppunten of het aanstellen van subdealers of agenten, die per definitie actieve verkoop uitmaken, maar wel over publiciteitscampagnes of verkoopsinspanningen via vertegenwoordigers.

aandacht te hebben voor de praktische relevantie van dit verbod in de opbouw van een goed distributiesysteem.

B. De vroegere principes

19. De aanpak van de problematiek van het verbod op actieve verkoop in de groepsvrijstellingen die VO nr. 2790/99 vooraf gingen, was relatief uniform. In een overeenkomst die aanspraak kon maken op een vroegere groepsvrijstelling die exclusieve distributie toeliet, stond het de leverancier vrij om een onbeperkt verbod op actieve verkoop op te leggen buiten het territorium van de betrokken dealer. Navolgend overzicht illustreert de vroegere situatie.

20. Verordening (EEG) nr. 67/67 stond toe dat aan een alleenverkoper de verplichting werd opgelegd om «buiten zijn contractgebied voor de contractproducten geen klanten te werven, geen vestigingen op te richten en geen expeditiemagazijnen aan te houden» (art. 2(1)(b)). Deze lijn werd doorgetrokken in Verordening (EEG) nr. 1983/83. Ook deze groepsvrijstelling stond toe dat een exclusieve distributeur werd verplicht «buiten zijn contractgebied voor de contractproducten geen klanten te werven, geen vestigingen op te richten en geen expeditiemagazijnen aan te houden» (art. 2(2)(c)). Dezelfde benaderingswijze werd gevolgd in de specifiek op de automobielsector gerichte Verordeningen (EEG) nr. 123/85 (art. 3 (8)) en nr. 1475/95 (art. 3(8)). Deze sectorspecifieke groepsvrijstellingen stonden zowel alleenverkoop als gedeelde exclusiviteit²¹ toe.

Ook de op franchiseovereenkomsten toepasselijke Verordening (EEG) nr. 4087/88 bevatte een onbeperkte mogelijkheid tot het opleggen van een verbod op actieve verkoop (art. 2(d)).

21. Groepsvrijstellingen die geen vorm van exclusieve distributie (hetzij alleenverkoop, hetzij gedeelde exclusiviteit) deden, lieten in de regel geen verbod op actieve verkoop toe. Dit resulteerde impliciet uit Verordening (EEG) nr. 67/67 en werd uitermate duidelijk in Verordening (EEG) nr. 1984/83. Deze groepsvrijstelling aangaande niet-exclusieve distributie gekoppeld aan een exclusief afnamebeding bevat geen spoor van enige vrijstelling voor een verbod op actieve verkoop. Het opleggen van een zodanig verbod sloot derhalve meteen de toepasselijkheid van Verordening (EEG) nr. 1984/83 uit.

22. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de Commissie, tot voor VO nr. 2790/99, de verantwoording voor het opleggen van een verbod op actieve verkoop leek te vinden in de territoriale exclusiviteit die de betrokken dealer kon genieten. De onderliggende idee was blijkbaar dat een leverancier van zijn exclusieve dealer mocht verwachten dat hij zich essentieel zou toeleggen op zijn eigen contractgebied en zich niet actief zou concentreren op andere territoria.

De omgekeerde redenering als zou de verantwoording voor het verbod op actieve verkoop gezocht moeten worden in de bescherming die exclusieve dealers in andere territoria moesten kunnen genieten, is zonder meer foutief,

²¹ Met alleenverkoop bedoelen we dat de leverancier zich contractueel ertoe verbonden heeft in het betrokken gebied slechts één wederverkoper aan te stellen. Bij gedeelde exclusiviteit engageert de leverancier zich ertoe slechts een bepaald aantal (twee of meer) wederverkopers binnen het contractgebied aan te duiden.

en dit om twee redenen. Allereerst bepaalde geen enkele groepsvrijstelling dat een verbod op actieve verkoop opgelegd moest worden. Het stond de leverancier derhalve vrij om dit al dan niet te doen. Daarnaast stonden de vroegere groepsvrijstellingen toe dat een verbod op actieve verkoop werd opgelegd in alle andere territoria, ongeacht of in deze territoria exclusieve of niet-exclusieve dealers waren gevestigd.

Een ander markant punt is dat de vroegere groepsvrijstellingen geen klantenbeperkingen toestonden. Een klantenbeperking limiteert de dealer in de klanten of klantengroepen die hij mag benaderen. De Bekendmaking van de Commissie in verband met Verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en nr. 1984/8322 bepaalde uitdrukkelijk (§ 17): «In principe ontoelaatbaar zijn volgens deze voorschriften ook contractclausules die de wederverkoper in diens vrije keuze van klanten belemmeren». Verderop (§ 29) bepaalde diezelfde Bekendmaking nog omstandiger: «Onverenigbaar met de verordening zou ook de aan de alleenverkoper opgelegde verplichting zijn om in diens contractgebied slechts bepaalde groepen afnemers (bv. detailhandelaren van een bepaalde branche) te bevoorraden en de levering aan andere groepen van afnemers (bv. warenhuizen) aan andere wederverkopers over te laten, welke daartoe door de leverancier zijn aangesteld».

VO nr. 2790/99 is revolutionair op beide hierboven vermelde domeinen. Het verbod op actieve verkoop wordt niet alleen op een geheel andere wijze benaderd (m.n. wordt de situatie in het gebied van de dealer die het verbod opgelegd krijgt volstrekt irrelevant); er wordt bovendien afgestapt van de principieële onmogelijkheid om van een groepsvrijstelling te genieten voor klantenbeperkingen in een distributieovereenkomst. Zoals hierna zal blijken, koppelt de Groepsvrijstelling beide (d.i. de vrijstelling van klantenbeperkingen en de regelen inzake actieve verkoop) aan elkaar.

C. Het verbod op actieve verkoop naar andere territoria in het raam van VO nr. 2790/99

23. Prominent in de in art. 4 VO nr. 2790/99 opgenomen zwarte lijst staat «de beperking²³ van het gebied (...) waarin de afnemer de contractgoederen of diensten mag verkopen». Als regel geldt derhalve dat de Verordening de oplegging van gebiedsbeperkingen niet toestaat.²⁴ Art. 4(b) bevat echter een limitatieve lijst van de gebiedsbeperkingen die aan dit principieële verbod ontsnappen. Als eerste uitzondering geldt «de beperking van de actieve verkoop in het exclusieve gebied (...), gereserveerd voor de leverancier of door de leverancier aan een andere afnemer toegewezen, wanneer deze beperking niet de verkoop door

²² PB nr. C101/2 van 13 april 1984.

²³

Art. 4(b) heeft enkel betrekking op afspraken die direct of indirect tot doel hebben om een gebiedsbeperking op te leggen. Deze bepaling doelt dan ook niet op die situaties waarin een afspraak een gebiedsbeperking tot gevolg heeft, zonder dit tot doel of oogmerk te hebben.

²⁴

Hoewel de tekst van VO nr. 2790/99 dit niet uitdrukkelijk bepaalt, neemt de Commissie aan dat enkel gebiedsbeperkingen die hun uitwerking binnen de EER hebben, onder het toepassingsgebied van art. 4 vallen. Zo zal een verbod om te exporteren buiten de EER in de regel niet vallen onder het verbod van art. 4 (zie tevens § 46 van de Richtsnoeren).

de klanten van de afnemer belemmert». Een verbod op actieve verkoop is dus verzoenbaar met de Verordening, maar slechts onder bepaalde voorwaarden.

24. De eerste voorwaarde die vervuld moet zijn, is dat het verbod betrekking dient te hebben op een gebied dat exclusief is voorbehouden aan de leverancier of exclusief is toebedeeld aan een andere afnemer. Deze voorwaarde vloeit rechtstreeks voort uit de tekst zelf van art. 4(b), eerste streepje. Het exclusief voorbehouden van een gebied voor de leverancier lijkt niet te vereisen dat de leverancier in dat gebied meteen ook zelf verkoopsinspanningen levert. § 50 van de Richtsnoeren spreekt in dit verband immers van een gebied dat «door de leverancier voor zichzelf is gereserveerd». Het lijkt dus mogelijk dat de leverancier een gebied voor zichzelf voorbehoudt, maar niet commercieel werkt, b.v. in afwachting van het vinden en aanduiden van een geschikte dealer. § 50 verduidelijkt verder dat de exclusieve toewijzing van een gebied aan een andere afnemer vereist dat de leverancier zich ertoe verbonden heeft om zijn producten slechts aan één afnemer te leveren met het oog op de distributie in een bepaald gebied. Een gebied waarin de leverancier zich ertoe verbindt om slechts twee afnemers aan te duiden (gedeelde exclusiviteit), komt dus niet in aanmerking. Het dient te gaan om een enkele verdeler per betrokken gebied.

25. De tweede voorwaarde vloeit naar onze mening totaal niet voort uit de tekst zelf van art. 4(b) VO nr. 2790/99, maar wordt door de Commissie toegevoegd in § 50 van de Richtsnoeren. Daarin stelt zij dat een gebied enkel als exclusief toegewezen wordt beschouwd indien «de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkoop in zijn gebied (...) door de leverancier en door alle andere afnemers van de leverancier binnen de Gemeenschap». Deze toevoeging (met verstrekkende praktische gevolgen) doet de vraag rijzen naar de juridische aard en de rechtsgevolgen van de Richtsnoeren. Meer algemeen rijst de vraag naar de mogelijkheid voor de Commissie om via de omweg van richtsnoeren voorwaarden te introduceren in een groepsvrijstelling die in de tekst van de verordening zelf (in casu VO nr. 2790/99) niet worden vermeld. Hierover later meer (nrs. 43-49).

26. § 50 van de Richtsnoeren introduceert als voorwaarde voor de vrijstelling van een verbod op actieve verkoop, de verplichte oplegging van een verbod aan alle afnemers van de «leverancier» binnen de Gemeenschap (in de praktijk: de EER) en aan de leverancier zelf. Een verbod op actieve verkoop ontsnapt dus maar aan het verbod van art. 4 als zowel de leverancier als alle andere afnemers van de leverancier een verplichting op zich nemen om niet actief te verkopen in het betrokken exclusieve gebied. Verder in dit artikel verwijzen we soms naar deze voorwaarde als de «parallele oplegging van het verbod van actieve verkoop.»

Als een multinational werkt met een onafhankelijke invoerder per land, dan mag worden aangenomen dat deze tweede voorwaarde dient te worden bekeken op twee gescheiden niveaus. Er zal in de eerste plaats nagegaan moeten worden of de multinational een verbod op actieve verkoop mag opleggen aan zijn onafhankelijke invoerders.

Dit is het eerste niveau. Op dit niveau is de betrokken multinational de «leverancier». De vraag of aan de voorwaarden van art. 4(b) VO nr. 2790/99 en § 50 van de Richtsnoeren is voldaan, dient afzonderlijk op dit niveau

nagegaan te worden. Het tweede niveau is dat waar de onafhankelijke invoerder fungeert als «leverancier» ten opzichte van zijn eigen dealers. Dit is een niveau dat afgescheiden van het eerste niveau bekeken moet worden. Het antwoord op de vraag of een verbod op actieve verkoop opgelegd kan worden op dit tweede niveau, hangt af van het antwoord op de vraag of de leverancier (d.i. de onafhankelijke invoerder in het betrokken land) op dit niveau aan de voorwaarde van parallele oplegging (art. 4(b) VO nr. 2790/99 en § 50 van de Richtsnoeren) voldoet.

27. Afgaand op de bewoordingen van § 50 van de Richtsnoeren geldt de voorwaarde van de parallele oplegging van een verbod op actieve verkoop enkel voor verboden op actieve verkoop gericht op gebieden waarin een dealer werd aangesteld. Hoewel dit niet meteen logisch lijkt, verwijzen de Richtsnoeren (§ 50) niet naar de noodzaak van parallele oplegging van een verbod van actieve verkoop gericht op gebieden die door de leverancier voor zichzelf gereserveerd zijn. Veiligheidshalve wordt dit in de contracten best wel bedongen, maar naar onze mening zou het (bij ontstentenis van een aanknopingspunt in de Verordening of in de Richtsnoeren) ongepast zijn mocht de Commissie de rechtsgeldigheid van een verbod op actieve verkoop van dit punt laten afhangen.

28. Samengevat komen de twee voorwaarden van § 50 van de Richtsnoeren dus op het volgende neer:

a. De vraag of een dealer al dan niet exclusief werd aangeduid in zijn contractgebied is volstrekt irrelevant geworden bij de beoordeling of aan hem al dan niet een verbod op actieve verkoop opgelegd kan worden. De door VO nr. 2790/99 en de Richtsnoeren gestelde voorwaarden hebben immers uitsluitend betrekking op het territorium waarop het verbod slaat (d.i. het doelgebied).

b. Een verbod op actieve verkoop mag slechts opgelegd worden aan een dealer indien dit verbod slaat op een territorium dat de leverancier voor zichzelf heeft gereserveerd of waarin de leverancier zich ertoe verbonden heeft om slechtse dealer te aanduiden. Dithoudt derhalve dat een verbod op actieve verkoop niet verzoenbaar is met VO nr. 2790/99 indien het betrekking heeft op:

± een territorium waarin de leverancier geen enkele dealer heeft aangeduid, maar dat hij ook niet voor zichzelf heeft gereserveerd;

± een territorium waarin de leverancier weliswaar slechts één dealer heeft aangeduid, maar er zich niet toe verbonden heeft om geen bijkomende dealers aan te duiden; en

± een territorium waarin de verdeler reeds verscheidene dealers heeft aangeduid.

c. De oplegging van een verbod op actieve verkoop aan een welbepaalde dealer dient gepaard te gaan met de oplegging van eenzelfde verbod aan de leverancier zelf en aan alle andere dealers binnen de EER van de betrokken leverancier. 29. Enkele praktische voorbeelden kunnen het bovenstaande illustreren. Stel dat een invoerder van stereoketens in de Benelux over een distributienetwerk beschikt dat in vijf gebieden is onderverdeeld. Het Waalse en Brusselse Gewest heeft de invoerder voor zichzelf voorbehouden. In het Vlaamse Gewest heeft hij gedeelde exclusiviteit toegekend aan twee dealers, één gevestigd te Gent en één te Hasselt. In het Groothertogdom Luxemburg beschikt hij over een dealer, maar de invoerder heeft zich contractueel

het recht voorbehouden om bijkomende dealers aan te duiden. Nederland bestaat uit twee gebieden. Het noordelijke gedeelte heeft hij toebedeeld aan een distributeur, maar de invoerder heeft in dat gebied zelf ook een aantal eigen verkooppunten. In het zuidelijke gedeelte van Nederland heeft de invoerder slechts één dealer aangesteld en heeft hij zich ertoe verbonden om geen bijkomende dealers aan te stellen en om er zelf geen actieve verkoop te doen. In deze voorbeeldsituatie zal een verbod op actieve verkoop maar in overeenstemming zijn met de Verordening indien het verbod betrekking heeft op het Waalse en Brusselse Gewest (voorbehouden voor de invoerder) en het zuidelijke gedeelte van Nederland (contractueel engagement van de invoerder om geen bijkomende dealers aan te duiden en om er niet zelf aan actieve verkoop te doen). Niet verzoenbaar met de Verordening zou een verbod op actieve verkoop zijn dat betrekking heeft op het Vlaams Gewest (meer dan één dealer is er aangesteld), Luxemburg (de invoerder heeft zich het recht voorbehouden om bijkomende dealers aan te stellen) en het noordelijke deel van Nederland (de invoerder doet er zelf aan actieve verkoop).

Wil de invoerder een verbod op actieve verkoop opleggen voor het zuidelijke deel van Nederland, dan moet hij dit opleggen aan zichzelf en aan al zijn dealers binnen de EER.

Stel dat de invoerder enkel actief is in de Benelux, dan moet hij een verbod op actieve verkoop dat slaat op het zuidelijke deel van Nederland opleggen aan zichzelf en aan alle Vlaamse dealers, de Luxemburgse dealer en de dealer in het noordelijke gedeelte van Nederland. Maar, als de invoerder ook is aangesteld om de betrokken stereoketens te verdelen in Spanje, dan moet hij het verbod op actieve verkoop tevens opleggen aan zijn Spaans netwerk.

30. Gezien de strikte voorwaarden waaraan het verbod op actieve verkoop wordt onderworpen in het raam van de Groepsvrijstelling, is de kans op mistasten bijzonder groot. Stel dat in ons eerdere voorbeeld de invoerder vergeet een verbod op actieve verkoop naar het Zuid-Nederlandse gebied op te leggen aan zijn Spaanse dealer te San Juan de Los Terreros. In dat geval is niet voldaan aan de voorwaarde van parallelle oplegging. Het gevolg is dat het verbod op actieve verkoop dat werd opgelegd aan de Vlaamse, Luxemburgse en Noord-Nederlandse dealers naar Zuid-Nederland niet langer aan de voorwaarden van VO nr. 2790/99 voldoet. Immers, een zodanig verbod is maar toelaatbaar als het parallel wordt opgelegd aan alle dealers van de invoerder.

De gevolgen van dit mistasten in Spanje zijn derhalve bijzonder zwaar. In de eerste plaats heeft het tot gevolg dat de in Vlaanderen, Luxemburg en Noord-Nederland opgelegde verboden op actieve verkoop naar Zuid-Nederland niet langer voldoen aan de nieuwe groepsvrijstellingsvoorwaarden en dus niet langer afdwingbaar zijn. Aangezien territoriale verkoopbeperkingen bovendien op de zwarte lijst staan (en in casu, wegens de niet-naleving van de voorwaarde van de parallelle oplegging, geen aanspraak kan worden gemaakt op een in de Verordening bepaalde uitzondering), zit de invoerder bovendien opgescheept met een schending op de zwarte lijst. Dit heeft tot onmiddellijk gevolg dat de partijen het voordeel van de Groepsvrijstelling wordt ontzegd voor hun integrale dealerovereenkomst.

Dit kan vanzelfsprekend verstrekende gevolgen hebben, omdat hierdoor niet alleen het aan deze dealers opgelegde

verbod op actieve verkoop onafdwingbaar wordt, maar eveneens alle andere, door art. 81(1) EG beoogde, mededingingsbeperkingen (b.v. locatieclausules en niet-concurrentiebedingen, in de mate dat deze clausules of bedingen aan de voorwaarden van art. 81(1) EG voldoen).

31. Laten we dezelfde problematiek vanuit een andere invalshoek bekijken. Een dealer wordt door zijn invoerder op de vingers getikt, geconfronteerd met een leveringsstop of zijn contract wordt zelfs beëindigd wegens de niet-naleving van een niet-concurrentiebeding. Als de invoerder aan deze dealer een verbod op actieve verkoop heeft opgelegd, kan er in dat geval een uitermate complex dispuut ontstaan. De betrokken dealer heeft er immers alle belang bij om na te gaan of dat verbod op actieve verkoop wel rechtsgeldig is. Het is voor hem van goudwaarde om een verkeerde toepassing van de eerste voorwaarde (karakteristieken van de doelgebieden) of de tweede voorwaarde (parallelle oplegging) te kunnen aantonen. Hierdoor belandt immers het aan hem opgelegde verbod op actieve verkoop meteen op de zwarte lijst en kan de invoerder zich niet langer op VO nr. 2790/99 beroepen om de afdwingbaarheid van de niet-concurrentieclausule te bepleiten.

De bewijsproblematiek dreigt in het raam van een dergelijke betwisting danig uit de hand te lopen. Stel dat de invoerder vergat om een uitdrukkelijk verbod op actieve verkoop te bedingen in één van zijn contracten. In een dergelijk geval heeft de dealer minstens een argument om te twifelen aan de rechtsgeldigheid van zijn verbod. Dit kan echter niet het einde van de oefening zijn. Immers, vanuit kartelrechtelijk oogpunt is het zonder meer onverdedigbaar dat men zich zou blindstaren op het al dan niet voorhanden zijn van geschreven clausules. Het dient de invoerder m.a.w. vrij te staan om aan te tonen dat er weliswaar geen geschreven verbod is, maar dat er in de praktijk een ongeschreven afspraak is dat de dealer zich zal onthouden van actieve verkoop naar de exclusieve gebieden. Omgekeerd, als de invoerder wel degelijk de nodige clausules heeft opgenomen, kan de dealer proberen aan te tonen dat de invoerder het niet zo nauw nam met deze verplichting en in de praktijk toeliet dat dealers aan actieve verkoop deden in de exclusieve territoria. Als dit debat op het scherp van de snee wordt uitgevochten, zien we niet goed in hoe de Commissie, de Raad voor de Mededinging

of een rechtbank of hof hieruit wijs kunnen geraken.

32. Eéndigstaatechternvast, endat is dat de Commissie, met de twee voorwaarden die zij voorschrijft, een ongemeen grote portie onzekerheid heeft geëjecteerd in de toepassing van de Groepsvrijstelling. Er lijken ons twee mogelijke oplossingen te zijn om de toepasselijkheid ervan veiliger te stellen.

33. Een eerste oplossing bestaat erin om in de dealercontracten een clausule op te nemen die ervoor zorgt dat, zelfs als er wijzigingen optreden binnen het dealernetwerk (bv. de aanduiding van bijkomende dealers in een gebied dat voorheen exclusief was of het beëindigen van een exclusieve dealer zonder dat hij meteen wordt vervangen), de twee voorwaarden minstens formeel vervuld blijven. Een zodanige clausule zou als volgt kunnen luiden: «De (afnemer) oefent zijn activiteiten uit in (omschrijving van contractgebied). De (afnemer) onthoudt zich van het voeren van een actieve verkoopspolitiek in een gebied dat (of een klantenkring die) op basis van exclusiviteit aan een

andere (afnemer) is toegewezen of door de (leverancier) voor zichzelf is gereserveerd.»

Vanuit het oogpunt van een goed mededingingsbeleid kan men zich afvragen of het wel gepast is dat ondernemingen (in het licht van de complexiteit van de twee voorwaarden) gedreven worden in de richting van dit type van clausules. Aangezien de dealer nooit een sluitende zekerheid heeft aangaande de precieze situatie in de diverse territoria, zou deze clausule er in de praktijk toe kunnen leiden dat hij zich in de toekomst zal onthouden van iedere actieve verkoop buiten zijn territorium. Hierdoor belanden we dus in feite terug in de situatie die bestond ten tijde van de Verordeningen (EEG) nr. 67/67 en 1983/83. Niettemin kan men o.i. de ondernemingen moeilijk verwijten dat zij hun toevlucht nemen tot dit type van clausules, daar zij het loutere gevolg zijn van het creëren van een theoretisch mooi sluitend geheel dat in de praktijk moeilijk toepasbaar is.

34. De tweede oplossing bestaat erin om de risico's verbonden aan het opleggen van een verbod op actieve verkoop gewoonweg te vermijden en geen zodanig verbod te bedingen. Hierdoor lijkt immers de grootste risicofactor weg te vallen die ervoor kan zorgen dat andere (mogelijk belangrijkere) restricties (zoals een locatieclausule of een niet-concurrentiebeding) onafdwingbaar zijn of worden. Tenzij er bijzondere redenen zijn, eigen aan de karakteristieken van het dealernetwerk, die het opleggen van een verbod op actieve verkoop noodzakelijk of nuttig maken, valt er o.i. voor deze radicale oplossing bijzonder veel te zeggen.²⁵

D. Het verbod op actieve verkoop aan een exclusieve klantenkring in het raam van VO nr. 2790/99

35. De Groepsvrijstelling maakt het mogelijk om een klantenkring exclusief toe te wijzen aan een bepaalde dealer of voor te behouden voor de leverancier. In het licht hiervan kan aan de andere dealers, c.q. aan de invoerder, een verbod op actieve verkoop aan deze exclusief toegewezen klantenkring worden opgelegd. De voorwaarden waaraan dit verbod op actieve verkoop moet voldoen, zijn dezelfde als die welke gelden voor een verbod gericht op een bepaald gebied. Het gaat dus opnieuw om de twee voorwaarden van § 50 van de Richtsnoeren. De principes die we in nrs. 23-34 bespraken kunnen dan ook mutatis mutandis worden toegepast op een verbod op actieve verkoop aan een exclusieve klantenkring.

E. De leverancier wil rechtstreeks kunnen blijven verkopen aan klanten

36. Onder de vroegere regimes vormde het geen enkel probleem indien een leverancier het recht wilde voorbehouden om bepaalde klanten zelf te blijven bevoorraden. Vaak ging het dan om klanten die door de leverancier als

²⁵ Het risico dat er iets fout loopt bij het opleggen van het verbod op actieve verkoop neemt toe met de toenemende complexiteit van het dealernetwerk. Deze radicale oplossing is dan ook mogelijk minder aan de orde bij zeer eenvoudige distributiesystemen.

belangrijk werden beoordeeld, zoals overheden of supermarktketens. Onder de Groepsvrijstelling daarentegen leveren rechtstreekse verkopen in combinatie met het verbod op actieve verkoop moeilijkheden op.

37. Als een leverancier zich het recht voorbehoudt om rechtstreeks te verkopen aan bepaalde klanten, eerbiedigt hij immers (minstens wat het betrokken cliënteel betreft) niet de exclusiviteit van de dealer in dat gebied; m.a.w., de leverancier neemt geen algeheel verbod van actieve verkoop op zich in de richting van het exclusieve contractgebied van de dealer. Dit vormt een probleem als de leverancier een verbod op actieve verkoop wil opleggen aan zijn netwerk aangaande de exclusieve gebieden van zijn dealers. Er is op dat moment immers niet langer voldaan aan de voorwaarden van § 50 van de Richtsnoeren (nl. de voorwaarde van parallelle oplegging). Een en ander kan onder VO nr. 2790/99 nog steeds worden gerealiseerd, maar vergt een complexere constructie dan voorheen. Aan te raden is dat de exclusiviteit van de dealer in dat geval wordt uitgedrukt aan de hand van twee parameters: een territoriale en een klantenkring-parameter. De dealer wordt dan exclusief aangeduid in het betrokken contractgebied, maar enkel voor het cliënteel dat de leverancier niet langer

zelf wil kunnen bedienen.

38. Een praktisch voorbeeld kan dit illustreren. Een invoerder van bureaumateriaal wil een exclusieve dealer aanduiden in de provincie Antwerpen, maar wil het recht behouden om zelf te prospecteren naar ondernemingen met meer dan 150 werknemers. In dat geval wordt de dealer best exclusief aangeduid voor de provincie Antwerpen en voor alle cliënteel, met uitsluiting van de ondernemingen met meer dan 150 werknemers. Hoewel hij in dat geval mag verkopen aan ondernemingen met meer dan 150 werknemers, heeft de dealer geen exclusieve rechten op dit

cliënteel. Het verbod op actieve verkoop dat kan worden opgelegd ten behoeve van de betrokken dealer dient vervolgens (in het raam van de voorwaarde van de parallelle oplegging) beperkt te worden tot het exclusieve cliënteel van de betrokken dealer (d.i. alle klanten, met uitzondering van de ondernemingen met meer dan 150 werknemers) in het contractgebied. § 50 van de Richtsnoeren bepaalt uitdrukkelijk dat deze combinatie van territorium en klantenkring mogelijk is in het raam van de Groepsvrijstelling. Deze combinatie correct verwerken in alle dealercontracten met het oog op de oplegging van het verbod op actieve verkoop is echter geen eenvoudige zaak. Immers, aangezien de dealer geen exclusiviteit geniet binnen zijn contractgebied voor de ondernemingen met meer dan 150 werknemers, kan aan de andere dealers niet het recht worden ontzegd om binnen het contractgebied van de dealer actief te prospecteren naar cliënteel met meer dan 150 werknemers. Anders gezegd, de betrokken dealer zal een zekere (weliswaar beperkte) actieve prospectie door de andere dealers binnen zijn contractgebied moeten dulden. 39. Waarschijnlijk is de meest praktische oplossing ietwat anders. De invoerder (in het hierboven vermelde voorbeeld) zou immers het cliënteel met meer dan 150 werknemers binnen het contractgebied exclusief voor zichzelf kunnen voorbehouden en om die reden een verbod op actieve verkoop kunnen opleggen aan alle dealers met betrekking tot dit gereserveerde cliënteel. De exclusiviteit van de dealer in het betrokken contractgebied

blijft dezelfde als die vermeld in het vorige randnummer (d.i. alle cliënteel in de provincie Antwerpen met uitzondering van de ondernemingen met meer dan 150 werknemers). Zodoende maken het cliënteel dat exclusief is toebedeeld aan de dealer en datgene dat is voorbehouden voor de leverancier samen het integrale cliënteel uit binnen het contractgebied. Dientengevolge komt het verbod op actieve verkoop dat aan de dealers buiten de provincie Antwerpen opgelegd kan worden, erop neer dat die andere dealers geen enkele actieve prospectie mogen verrichten binnen het contractgebied van de exclusieve dealer.

V. HET VERBOD OP ACTIEVE VERKOOP BIJ GELIJKTIJDIGE TOEPASSING VAN VERSCHILLENDE DISTRIBUTIESYSTEMEN

40. Alsof dit alles nog niet complex genoeg was, treden bijkomende complicaties op indien een leverancier een distributiesysteem wil opzetten dat exclusiviteit en selectiviteit combineert. Hier moeten minstens twee scenario's worden onderscheiden.

41. Het eerste scenario is dat waarbij de leverancier de exclusiviteit en selectiviteit wil combineren bij alle dealers.

In een dergelijk geval genieten de dealers, die moeten voldoen aan welbepaalde selectiviteitsvoorwaarden (zoals het naleven van zekere kwalitatieve criteria en de verplichting om de contractgoederen niet door te verkopen aan niet-erkende distributeurs), een territoriale exclusiviteit. Art. 4(c) VO nr. 2790/99 juncto § 53 van de Richtsnoeren laat deze combinatie toe op voorwaarde dat er geen beperking op het vlak van de actieve of passieve verkoop wordt opgelegd aan de betrokken dealers. Wel mag er aan deze dealers een locatieuclausule worden opgelegd.

42. Het tweede scenario is dat waarbij de leverancier in een bepaald territorium (bv. Nederland) wil werken met exclusieve distributie (zonder selectiviteit) en in een ander territorium (bv. België) met een combinatie van exclusiviteit en selectiviteit. Een rechtlijnige toepassing van de principes van de Groepsvrijstelling leidt er in dit scenario toe dat een verbod op actieve verkoop in geen enkele richting mogelijk is. De Commissie (of beter: Directoraat-generaal Concurrentie) houdt er niettemin (minstens informeel) een andere visie op na. Immers, Directoraat-generaal Concurrentie liet ons weten dat in dit scenario een verbod op actieve verkoop opgelegd mag worden aan de dealers in België ten voordele van de dealers in Nederland. Deze zienswijze lijkt moeilijk te verzoenen met de duidelijke tekst van art. 4(c) VO nr. 2790/99. Niettemin is Directoraat-generaal Concurrentie van oordeel dat een andere interpretatie te veel ruimte zou ontnemen aan ondernemingen om in bepaalde territoria (bv. die waarin het netwerk nog niet ver genoeg staat om op basis van selectiviteit te werken) een systeem van exclusieve distributie te kunnen opzetten. Dit soort (toch wel) verrassende interpretaties toont aan dat het bij de toepassing van de Groepsvrijstelling in complexere situaties nuttig kan zijn om het (informele) advies in te winnen van Directoraat-generaal Concurrentie. Probleem blijft echter dat deze informele interpretaties de hoven en rechtbanken niet binden en deze laatste zich dan ook zonder meer kunnen houden aan een striktere lezing van de nieuwe Groepsvrijstelling.

VI. JURIDISCHE AARD EN RECHTSGEVOLGEN VAN DE RICHTSNOEREN

43. De Richtsnoeren die de nieuwe Groepsvrijstelling vergezellen, werden door de Commissie een tiental maanden na de nieuwe Groepsvrijstelling gepubliceerd. Naar eigen zeggen van de Commissie zetten de Richtsnoeren de beginselen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan art. 81 EG uiteen.²⁶ Het doel van de Richtsnoeren is volgens de Commissie ondernemingen te helpen bij het maken van hun eigen beoordeling van verticale overeenkomsten in het licht van de communautaire mededingingsregels. Daarbij sluit de Commissie een mechanische toepassing van de Richtsnoeren uit: de criteria van de Richtsnoeren zijn m.a.w. geen oekaze, maar moeten worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak en tegen de achtergrond van de eigen feitelijke toedracht ervan. De Commissie zelf stelt dat ze de Richtsnoeren op redelijke en flexibele wijze zal toepassen.²⁷

44. De Richtsnoeren streven derhalve ontegensprekelijk een lovenswaardig doel na, namelijk de criteria die de Commissie hanteert in haar beoordeling van verticale overeenkomsten te expliciteren en zodoende een leidraad te vormen voor ondernemingen en hun juridische adviseurs, teneinde met meer zekerheid te kunnen bepalen of een bepaalde overeenkomst al dan niet het voordeel van de nieuwe Groepsvrijstelling kan genieten. Moeilijker wordt het echter wanneer de Richtsnoeren zich niet beperken tot het toelichten van de bepalingen van de nieuwe Groepsvrijstelling, maar er criteria aan toevoegen. Een voorbeeld hiervan, met een rechtstreekse incidentie op het verbod van actieve verkoop, werd hierboven (zie nrs. 25 e.v.) reeds gegeven. Terwijl volgens art. 4(b), eerste streepje, VO nr. 2790/99 een verbod op actieve verkoop mogelijk is indien het een gebied betreft dat is gereserveerd voor de leverancier of door de leverancier aan een andere afnemer is toegewezen, voegt § 50 van de Richtsnoeren hieraan toe dat de exclusieve afnemer bovendien beschermd dient te worden tegen actieve verkoop door de leverancier en door alle andere afnemers van de leverancier in de Gemeenschap (de EER, zie voetnoot 24). In de veronderstelling dat een leverancier heeft nagelaten deze laatste voorwaarde in zijn distributieovereenkomsten in te lassen, schendt hij alvast in het licht van de Richtsnoeren een verbod dat op de zwarte lijst staat en loopt hij het reële risico het voordeel van de nieuwe Groepsvrijstelling in zijn geheel te verliezen.

45. Een dergelijke situatie doet evident de vraag naar de juridische aard en de rechtsgevolgen van de Richtsnoeren rijzen. Wat het eerste (het juridisch gehalte) betreft, behoren de Richtsnoeren tot het groeiende corpus van soft law in het gemeenschapsrecht in het algemeen en het mededingingsrecht in het bijzonder. In dit opzicht zijn de Richtsnoeren gelijk te schakelen met «gedragscodes», «interinstitutionele akkoorden» en beter nog met «mededelingen», die doorgaans ook slechts door een instelling

²⁶ § 1 van de Richtsnoeren, die ook vermeldt dat de Richtsnoeren de parallelle toepassing van art. 82 EG op verticale overeenkomsten niet uitsluit.

²⁷ § 3 van de Richtsnoeren.

worden uitgevaardigd.²⁸ Ingevolge de rechtspraak van het Hof dient voor de rechtsgevolgen van soft law een onderscheid te worden gemaakt tussen de rechtsgevolgen t.o.v. de instelling(en) die het desbetreffende soft law instrument opstelde(n) («de betrokken instellingen») en de rechtsgevolgen t.o.v. derden. In het voorliggende geval kunnen deze derden andere gemeenschapsinstellingen zijn, in het bijzonder het Gerecht van eerste aanleg («het Gerecht») en het Hof van Justitie («het Hof»), nationale overheden (de nationale rechter of de nationale mededingingsautoriteiten) of nog individuele ondernemingen.

46. Het Gerecht heeft in het verleden reeds geoordeeld dat soft law geen juridisch bindende kracht heeft t.o.v. derden, maar niettemin de betrokken instellingen bindt in hun handelingen t.o.v. derden ingevolge het beginsel *pari in legem quam ipse fecisti*.²⁹ Het tegendeel beweren zou immers betekenen dat de Commissie de legitieme verwachtingen die zij bij de rechtzoekenden schept door de Richtsnoeren uit te vaardigen als leidraad om hun eigen beoordeling van verticale overeenkomsten mogelijk te maken, naast zich kan neerleggen. Het Gerecht en het Hof laten een dergelijke schending niet toe, aangezien de eerbiediging van het beginsel van gewettigd vertrouwen een algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht is.³⁰ De Commissie zelf is derhalve gebonden door de Richtsnoeren die zij opstelde.

47. De Richtsnoeren bepalen uitdrukkelijk dat zij «de eventueel door het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met betrekking tot de toepassing van art. 81 op verticale overeenkomsten gegeven uitlegging onverlet» laten.³¹ Dit houdt in (logisch in het licht van hetgeen hierboven reeds werd betoogd) dat noch het Gerecht noch het Hof gebonden zijn door de Richtsnoeren en dat zij hun eigen oordeel kunnen laten doorwegen op dat van de Commissie. T.o.v. het Gerecht en het Hof hebben de Richtsnoeren derhalve hooguit een interpretatieve kracht. In overeenstemming met een beslissingspraktijk van het Hof kan de gemeenschapsrechter bij de interpretatie van gemeenschapsrecht immers rekening houden met bepaalde verklaringen van de instellingen indien de inhoud ervan toegankelijk is voor de rechtzoekenden.³² Niets weerhoudt het

Gerecht of het Hof er echter van om, in het raam van een beroep tegen een beschikking van de Commissie of in het raam van een prejudiciële procedure, een met de Richtsnoeren strijdig oordeel te vellen. Het moge duidelijk zijn dat de kans op een dergelijk strijdig oordeel realistischer is in die gevallen waarin de Richtsnoeren meer zijn dan een loutere codificatie van een bestaande rechtspraak en beschikkingspraktijk en in de mate dat zij (bewust of onbewust) criteria toevoegen aan de nieuwe Groepsvrijstelling. Indien het Gerecht of het Hof tegen de tekst van de Richtsnoeren in oordelen, zal hun uitlegging van VO nr. 2790/99 ook de Commissie en haar beschikkingspraktijk dienaangaande, binden.

48. Ook t.o.v. nationale instanties (nationale rechters, de Raad voor de Mededinging) hebben de Richtsnoeren hooguit een interpretatieve juridische kracht. Aangezien de Commissie ervoor heeft gekozen de Richtsnoeren autonoom uit te vaardigen, kan art. 10 EG (of de zgn. «loyaliteitsclausule») niet worden ingeroepen om een bindende kracht van de Richtsnoeren t.o.v. nationale instanties voorop te stellen.³³ Dit is niet onbelangrijk in het licht van de nakende decentralisatie van de toepassing van het Europese mededingingsrecht, waarbij een a priori ont-heffingsbeleid door de Commissie zo goed als volledig plaats zal ruimen voor een controle a posteriori door de nationale mededingingsautoriteiten en rechters, en waarbij art. 81(3) EG rechtstreekse werking zal krijgen.³⁴ In de nabije toekomst zal het derhalve in beginsel aan de nationale overheden toekomen om na te gaan of de bepalingen van een distributieovereenkomst rijmen met de nieuwe Groepsvrijstelling. Logischerwijs zullen deze nationale overheden in een eerste fase hoofdzakelijk inspiratie vinden in de Richtsnoeren teneinde een nationaal art. 81(3) beleid op poten te zetten. Het valt niettemin te verhoppen dat diezelfde nationale overheden een voldoende kritische houding t.o.v. de Richtsnoeren zullen bewaren en dat zij argumenten aangaande de verhouding tussen de tekst zelf van de nieuwe Groepsvrijstelling en de Richtsnoeren (bv. aangaande het verbod op actieve verkoop) niet zonder meer naast zich zullen neerleggen om blindelings de Richtsnoeren te volgen. In het geval van gerede twijfel aangaande de draagwijdte van een bepaling van de nieuwe Groepsvrijstelling, kan de nationale rechter de zaak in ieder geval bij wege van prejudiciële vraag voorleggen hetzij aan het Hof van Justitie (in het kader van een art. 81 EG-procedure), hetzij aan het Hof van Beroep te

²⁸ In de sector van staatssteun kan tevens worden verwezen naar de door de Commissie uitgevaardigde kaderregelingen, die «be-sluiten sui generis (zijn), in die zin dat zij niet in art. 189 (nu 249 EG) worden genoemd en bijgevolg in principe niet bindend zijn», Europese Commissie, Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen, Toelichting bij de regels die van toepassing zijn op steunmaatregelen van de staten, Volume IIB, Brussel ± Luxemburg, 1997, 15.

²⁹ Zie, wat betreft de vroegere gedragscode inzake de toegang tot documenten van de Commissie, zaak T-105/95, WWF UK t. Commissie (1997) Jur., II-313, rechtsoverweging 55, waarin het Gerecht oordeelde dat derden rechten konden ontlenuen aan de code, hoewel die slechts een reeks verplichtingen bevatte die de Commissie zich vrijwillig had opgelegd bij wijze van maatregelen van interne organisatie.

³⁰ Zie b.v. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 537, § 14-050 (met verwijzingen).

³¹ § 4 van de Richtsnoeren. Hetzelfde principe is terug te vinden in § 16 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB nr. C3/2 van 6 januari 2001.

³² Zaak C-298/89, Antonissen (1991) Jur., I-745, rechtsoverweging 18; zaak C-25/94, Commissie t/ Raad (1996) Jur., I-1469, rechtsoverweging 38; zaak C-329/95, LaËnsraËtten i Stockholms LaËn (1997) Jur., I-2675, rechtsoverweging 23.

³³ Een dergelijke bindende kracht voor besluiten sui generis bestaat inderdaad slechts «wanneer hierover officieel overeenstemming is bereikt door de Commissie en alle lidstaten tezamen» (zie Europese Commissie, Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen, Toelichting bij de regels die van toepassing zijn op steunmaatregelen van de staten, Volume IIB, Brussel, Luxemburg, 1997, 15).

³⁴ Zie Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1017/68, Verordening (EEG) nr. 2988/74, Verordening (EEG) nr. 4056/86 en Verordening (EEG) nr. 3975/87 («uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag»), COM(2000)582definitief, 27 september 2000.

Brussel (in het Kader van een art. 2(1), juncto art. 8, Wet Economische Mededinging-procedure).³⁵ De Richtsnoeren lijken een dergelijke vraagstelling, zij het impliciet, aan te moedigen, omdat zij uitdrukkelijk verwijzen naar de rol van het Hof van Justitie in het raam van de Richtsnoeren (zie, nr. 47).

49. Ten slotte zijn vanuit juridisch oogpunt de rechtsgevolgen van de Richtsnoeren t.o.v. individuele ondernemingen en hun juridische raadgevers niet anders dan die t.o.v. nationale overheden. Niettegenstaande de Richtsnoeren zich nu net tot doel stellen de ondernemingen te helpen bij het maken van hun eigen beoordeling, geldt ook voor ondernemingen in de eerste plaats de tekst zelf van VO nr. 2790/99. Indien de distributiebeleid van een onderneming derhalve wordt aangevallen op het specifieke punt van het verbod op de actieve verkoop, kan de onderneming zonder meer de bewoordingen van § 50 van de Richtsnoeren contesteren in het licht van art. 4(b), eerste streepje, VO nr. 2790/99. Vanzelfsprekend dient ook niets de betrokken onderneming ervan te weerhouden om aan te tonen dat, zelfs al voldoen haar distributieovereenkomsten formeel niet aan § 50 van de Richtsnoeren, de economische werkelijkheid anders is en dat de Richtsnoeren de facto worden nageleefd. Het is immers goed eraan te herinneren dat het mededingingsrecht geen louter clausulerecht is, waar juridisch-technische discussies aangaande de toepasselijke rechtsregels soms doen vergeten dat het in de eerste plaats de economische realiteit is die beoordeeld moet worden.

VII. PRAKTISCHE CONCLUSIES

50. In het raam van VO nr. 2790/99 stellen wij de volgende benaderingswijze voor inzake het verbod op actieve verkoop:

³⁵ Zie art. 42 en 42 bis Wet Economische Mededinging.

a. Als partijen van oordeel zijn dat het insluiten van een zodanig verbod in hun verticale overeenkomsten niet veel praktische waarde heeft, is er bijzonder veel voor te zeggen om het verbod niet op te nemen. Hiermee wordt de gevaarlijkste klip voor een schending van de zwarte lijst, en het daaruit volgende verlies van het voordeel van de Groepsvrijstelling voor de hele verticale overeenkomst, zonder meer uit de weg gegaan.

b. Als partijen toch het verbod op actieve verkoop willen behouden, opteren ze best voor het inschrijven van een veilige clausule. Dit is een clausule van het type vermeld in nr. 33, die geen aanpassing behoeft bij latere wijzigingen in het distributienetwerk. Een dergelijke clausule dient eventueel terdege rekening te houden met de actieve rechtstreekse verkopen die de leverancier zelf nog wil doen in het contractgebied van een bepaalde dealer (zie nrs. 36-39). Ten slotte nog dit. Terwijl de Commissie publiekelijk een meer economische aanpak van het mededingingsrecht en de groepsvrijstellingen predikt (zie § 7 van de Richtsnoeren), moge het bovenstaande leren dat VO nr. 2790/99 dit objectief niet integraal bereikt en ietwat tussen twee stoelen valt. VO nr. 2790/99 maakt immers op een aantal cruciale punten (o.m. op het hierboven besproken verbod van actieve verkoop) geen einde aan de clausulegerichte benaderingswijze. Het wordt dan ook behoedzaam omspringen met VO nr. 2790/99 op die cruciale punten. Een uiterst zorgvuldige redactie van de clausules in de overeenkomsten blijft in ieder geval meer dan ooit tevoren absoluut noodzakelijk.

Frank WIJCKMANS
Advocaat bij de balie te Brussel
en
Filip TUYTSCHAEVER
Advocaat bij de balie te Brussel
Docent V.U.B.