

Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels op verticale afspraken (Vervolg op het Groenboek betreffende verticale afspraken)

(98/C 365/03)

(Voor de EER relevante tekst)

HOOFDSTUK I — INLEIDING

1. Tekortkomingen van het huidige beleid

Het communautaire concurrentiebeleid ten aanzien van verticale afspraken heeft een geschiedenis van bijna veertig jaar achter zich. Hoewel dit beleid succesvol is geweest, is het nu aan een herziening toe. De redenen hiervoor werden uitvoerig beschreven in het Groenboek betreffende verticale afspraken⁽¹⁾, hierna „het Groenboek” genoemd. Daarin werd op een aantal tekortkomingen van het huidige beleid gewezen, die als volgt kunnen worden samengevat:

Ten eerste behelzen de huidige groepsvrijstellingsverordeningen vrij strikte, op de vorm gerichte voorwaarden en worden zij daarom als te legalistisch beschouwd en hebben zij een verstikkende werking. Dit is vooral een probleem gezien de ingrijpende veranderingen die de distributiemethoden hebben ondergaan en nog steeds ondergaan. De verticale afspraken die, soms met moeite, onder de huidige groepsvrijstellingsverordeningen vallen, moeten aan zoveel voorwaarden voldoen dat nodeloze rechtsonzekerheid wordt veroorzaakt. Ondernemingen zonder aanzienlijke marktmacht hebben te lijden onder onnodige reglementering, hetgeen hen zelfs ervan kan weerhouden van verticale afspraken gebruik te maken om hun concurrentiepositie op de markt te verbeteren.

Ten tweede bestaat bij die afspraken die onder de groepsvrijstellingsverordeningen vallen, een reëel risico dat de Commissie concurrentie vervalsende afspraken vrijstelt. Omdat de groepsvrijstellingsverordeningen op de vorm in plaats van op de uitwerking zijn gericht en er daarin geen marktaandeellimieten zijn opgenomen, kunnen ondernemingen met aanzienlijke marktmacht daarvan voordeel genieten. De sanctie van intrekking wordt in dit verband niet als werkelijk afschrikkend ervaren, omdat deze slechts werking voor de toekomst heeft. Ze worden door de huidige groepsvrijstellingsverordeningen bijvoorbeeld tot een marktaandeel van wel 100 % concurrentieverboden vrijgesteld, hoewel deze een ernstige marktafsluitende uitwerking kunnen hebben en ten nadele van de consument tot meer dan concurrentiële prijzen op de markt kunnen leiden.

Ten derde zijn de huidige groepsvrijstellingsverordeningen slechts van toepassing op verticale afspraken betreffende de wederverkoop van eindproducten, en niet op intermediaire producten of op diensten⁽²⁾, zodat een aanzienlijk gedeelte van alle verticale afspraken niet onder de huidige groepsvrijstellingen valt, zelfs wanneer de betrokken ondernemingen geen marktmacht hebben. Hierdoor kan in beginsel een nodeloos groot aantal verticale afspraken aan een onderzoek worden onderworpen, hetgeen tot rechtsonzekerheid leidt en tot onnodige kosten voor rechtshandhaving.

2. Noodzaak van een meer economisch gerichte benadering

Om deze drie tekortkomingen te verhelpen en de concurrentie beter te beschermen, hetgeen het voornaamste doel van het communautaire concurrentiebeleid is, is een meer economische benadering vereist. Een dergelijke benadering moet op de effecten op de markt berusten; verticale afspraken moeten in hun marktcontext worden geanalyseerd. Slechts wanneer de „interbrand”-concurrentie zwak is en er marktmacht bestaat, wordt het belangrijk op verticale afspraken toezicht uit te oefenen. Dit moet een versoepeling van de op de vorm gebaseerde voorwaarden bevorderen, ervoor zorgen dat minder afspraken door artikel 85, lid 1, worden bestreken en naar afspraken tussen ondernemingen met aanzienlijke marktmacht een grondiger onderzoek wordt ingesteld. Dit kan als volgt worden weergegeven:

Marktmacht

<p>Individueel onderzoek Aanzienlijke marktmacht</p>
<p>Groepsvrijstelling/De minimis</p>

Alle soorten verticale afspraken

Op de meeste markten heerst er een vrij behoorlijke concurrentie met ondernemingen die geen marktmacht hebben. Het aantal gevallen bijgevolg waarin een onderzoek

⁽¹⁾ Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie, COM(96) 721 def., op 22.1.1997 door de Commissie aangenomen.

⁽²⁾ Slechts de groepsvrijstellingsverordening (EEG) nr. 4087/88 van 30.11.1988 betreffende franchiseovereenkomsten.

noodzakelijk kan zijn, zoals hieronder weergegeven, zal dan ook betrekkelijk klein zijn. Dit wordt bevestigd door een analyse van recente concentratiezaken ⁽¹⁾.

Aantal
verticale
afspraken

Individueel onderzoek
Groepsvrijstelling/De minimis

Alle soorten verticale afspraken

De Commissie streeft met de hierziening van het communautaire concurrentiebeleid op het gebied van verticale afspraken de volgende doelstellingen na:

- het voornaamste doel van het communautaire concurrentiebeleid is de bescherming van de concurrentie, omdat hierdoor het welzijn van de consument toeneemt en voor een doeltreffende allocatie van middelen wordt gezorgd;
- de marktintegratie blijft in het licht van de uitbreiding een tweede belangrijke doelstelling bij de beoordeling van concurrentievraagstukken.

Daarnaast moet rekening worden gehouden met de uitwerking op het algemene niveau van de rechtszekerheid voor het bedrijfsleven, met de kosten van de rechtshandhaving voor het bedrijfsleven en voor de mededingingsautoriteiten en met de mogelijkheden om tot een betere decentralisatie te komen.

Het in deze mededeling beschreven beleidsvoorstel is op een meer economische benadering gebaseerd. Zoals hierboven uiteengezet, is dit noodzakelijk om de tekortkomingen van het huidige beleid te verhelpen. Voor situaties waarin geen aanzienlijke marktmacht speelt, moet een „veilige zone” worden gecreëerd waarmee een vermoeden van wettigheid wordt geboden voor die verticale afspraken die waarschijnlijk geen netto negatief effect zullen hebben. Verticale afspraken die buiten de „veilige zone” vallen, zullen niet worden vermoed onwettig te zijn, maar kunnen een individueel onderzoek behoeven.

⁽¹⁾ In meer dan 80 % van concentratiezaken die in 1997 op grond van de concentratieverordening werden behandeld, waren de marktaandelen van de afzonderlijke betrokken ondernemingen geringer dan 25 %. Omdat het in deze concentratiezaken steeds om grote ondernemingen gaat en omdat, om de concentratie te kunnen toestaan, in de eerste fase van het onderzoek vaak van de engste marktomschrijving wordt uitgegaan, mag worden verwacht dat gemiddeld in de economie de marktaandelen van ondernemingen nog lager liggen.

In de context van individueel onderzoek zal op de Commissie de last rusten om te bewijzen dat de betrokken afspraak inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, en zal zij moeten nagaan of de afspraak al dan niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet.

De voorgestelde „veilige zone” wordt gevormd door één breed overkoepelende groepsvrijstellingsverordening die alle verticale afspraken voor de distributie van producten en diensten bestrijkt ⁽²⁾. In deze verordening worden marktaandeeldrempels gehanteerd om onderscheid te maken tussen afspraken die wel of niet als groep worden vrijgesteld. Door in beginsel van een „zwarte lijst” van clausules uit te gaan, d.w.z. door te bepalen voor welke clausules de groepsvrijstelling niet in plaats van te bepalen voor welke clausules zij wél geldt, wordt het „verstikkende” effect vermeden en wordt de vereenvoudiging van de toepasselijke regels vergemakkelijkt. Dit beleid zal ervoor zorgen dat de overgrote meerderheid van de verticale afspraken waarvan geen netto negatief effect te verwachten valt, niet langer een individueel onderzoek behoeft, zodat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zich op de belangrijke zaken kunnen concentreren. Verschillende vormen van verticale afspraken die gelijkaardige effecten hebben, worden op een gelijkaardige wijze behandeld, zodat in het beleid geen ongerechtvaardigd onderscheid tussen vormen of sectoren wordt gemaakt en ondernemingen bij de keuze van hun distributiefomules hierdoor niet oneigenlijk worden beïnvloed. Om een voldoende niveau van rechtszekerheid te behouden, zal de groepsvrijstellingsverordening worden aangevuld met richtsnoeren waarin zal worden uiteengezet welk beleid de Commissie zal voeren met betrekking tot individuele onderzoeken boven de markt-aandeeldrempels en de mogelijke intrekking van de groepsvrijstelling beneden die drempels.

3. Structuur van de mededeling

Deze mededeling is als volgt gestructureerd:

- in hoofdstuk II worden de opmerkingen over het Groenboek samengevat die de Commissie heeft ontvangen;
- hoofdstuk III bevat een economische beoordeling van verticale afspraken en de effecten ervan;
- in hoofdstuk IV worden het vraagstuk van de markt-aandeeldrempels en dat van de rechtszekerheid behandeld;

⁽²⁾ De distributie van motorvoertuigen is de enige sector die buiten de voorgenomen herziening valt (zie het Groenboek betreffende verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie, blz. 2, voetnoot 2).

- in hoofdstuk V wordt het voorgestelde nieuwe beleid beschreven;
- in hoofdstuk VI wordt beschreven welke etappes de procedure zal doorlopen die tot de vaststelling van het voorgestelde beleid zal leiden.

HOOFDSTUK II — SAMENVATTING VAN DE REACTIES OP HET GROENBOEK

1. Schriftelijke reacties op het Groenboek

De Commissie heeft in het kader van het overleg over het Groenboek 227 schriftelijke reacties ontvangen. Het overgrote deel hiervan (64 %) was afkomstig van ondernemingen en ondernemingsverenigingen. Er kwamen slechts zes reacties binnen van consumentenorganisaties. Bij de ondernemingen en de verenigingen ervan die opmerkingen hebben gemaakt, was er een groot percentage (31 %) uit de sectoren bier en benzine. In de meeste commentaren (37 %) was de rechtszekerheid het centrale thema. Slechts in 41 commentaren (18 %), vooral van academici en nationale autoriteiten, lag de klemtoon op de bescherming van de concurrentie.

De meeste commentatoren zijn van mening dat het huidige systeem te legalistisch is, en zijn voorstander van een meer economische benadering. De opvatting is dat een op de economische effecten gebaseerde benadering voor een dynamische sector als de distributie beter geschikt is dan een op contractsclausules gebaseerde benadering. Het huidige systeem tendeert tot negatieve effecten op de ontwikkeling van de distributie, omdat het ondernemingen belet nieuwe en innovatieve distributiefomules te introduceren die belangrijke efficiency-verbeteringen zouden kunnen opleveren. Van degenen die hierover opmerkingen hebben gemaakt, is 95 % voorstander van een meer economische benadering, terwijl 97 % meent dat het huidige systeem te verstikkend werkt. Van degenen die opmerkingen hebben gemaakt over de effecten van verticale afspraken op de concurrentie, is 42 % van oordeel dat deze effecten overwegend positief zijn, en 50 % dat zij zowel positief als negatief kunnen zijn. Als mogelijke negatieve effecten werden marktafscherming en verzwakking van de concurrentie genoemd, waarbij het eerste als het grootste probleem wordt beschouwd.

Over de noodzaak van een meer economische benadering is er een algemene consensus, maar over de prakti-

sche verwezenlijking ervan bestaat geen overeenstemming. Bijna de helft (41 %) van degenen die opmerkingen hebben gemaakt over marktaandeelcriteria, zijn van mening dat marktaandelen een goede indicator van marktmacht zijn. De meeste commentatoren hebben er echter op gewezen dat het moeilijk is markten af te bakenen en marktaandelen te bepalen. Deze moeilijkheden, zo werd gezegd, veroorzaken veel rechtsonzekerheid, en de meesten die zich hierover hebben uitgelaten, waren een marktaandeelplafond niet gunstig gezind. In de loop van het overleg groeide de steun voor het gebruik van een marktaandeelcriterium, maar de ondernemingen vroegen de Commissie voldoende begeleidende maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat zo'n criterium werkbaar is.

In het Groenboek werden vijf opties beschreven:

1. Optie I: behoud van het huidige systeem;
2. Optie II: extensievere groepsvrijstellingen zonder marktaandeelplafond;
3. Optie III: restrictievere groepsvrijstellingen met een marktaandeelplafond van [40 %].
4. Optie IV-I: vermoeden van negatieve verklaring tot [20 %] en daarboven extensievere groepsvrijstellingen zonder marktaandeelplafond, en
5. Optie IV-II: vermoeden van negatieve verklaring tot [20 %] en daarboven extensievere groepsvrijstellingen met een marktaandeelplafond van [40 %].

In het Groenboek werd duidelijk gesteld dat de lijst van voorgestelde opties niet uitputtend was. Het is dan ook niet verwonderlijk dat verschillende belanghebbenden drie andere opties naar voren hebben gebracht (¹):

6. een overkoepelende, d.w.z. algemene, groepsvrijstelling: één ruime groepsvrijstelling, gebaseerd op een „zwarte lijst” en zonder marktaandelen;
7. richtsnoeren: geen groepsvrijstelling, maar enkel richtsnoeren waarin wordt uiteengezet hoe de Commissie artikel 85 in individuele gevallen zal toepassen;
8. een systeem van toezicht op misbruiken: alle verticale afspraken zouden a priori worden vermoed wettig te zijn, waarbij de Commissie de bevoegdheid heeft het positieve vermoeden slechts voor de toekomst op te heffen.

(¹) Er werden individueel nog andere opties voorgesteld, zoals een op marktaandelen gebaseerd marktafschermingscriterium.

Onderstaande tabel geeft een statistisch overzicht van de steun voor de onderscheiden bovengenoemde opties:

Opties	Voorstander	Geen voorstander	Geen commentaar
1. Optie I (behoud van het huidige systeem)	16,6 %	51,6 %	31,8 %
2. Optie II (extensievere groepsvrijstellingen zonder marktaandeelplafond)	46,2 %	23,3 %	30,5 %
3. Optie III (restrictievere groepsvrijstellingen met een marktaandeelplafond van [40 %])	6,7 %	59,6 %	33,7 %
4. Optie IV-I (vermoeden van negatieve verklaring tot [20 %] en daarboven extensievere groepsvrijstellingen zonder marktaandeelplafond)	20,2 %	59,5 %	20,3 %
5. Optie IV-II (vermoeden van negatieve verklaring tot [20 %] en daarboven extensievere groepsvrijstellingen met een marktaandeelplafond van [40 %])	8,1 %	82,4 %	9,5 %
6. Algemene groepsvrijstelling zonder marktaandelen	17 %	4,9 %	78,1 %
7. Uitsluitend richtsnoeren	1,8 %	10,8 %	87,4 %
8. Systeem van toezicht op misbruiken	10,8 %	6,3 %	82,9 %

2. Hoorzitting

Op 6 en 7 oktober 1997 heeft de Commissie ten behoeve van het bedrijfsleven en andere belanghebbenden een hoorzitting over het Groenboek gehouden, waarop de ondernemingen, verenigingen, advocatenkantoren, consumentenorganisaties enz., die schriftelijke opmerkingen hadden ingediend, werden uitgenodigd. De meeste lidstaten, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, Noorwegen, IJsland en een groot aantal landen uit Midden- en Oost-Europa zonden waarnemers.

De deelnemers waren het er in ruime mate over eens dat verticale afspraken negatieve effecten kunnen hebben wanneer er sprake is van marktmacht en een vermindering van de „interbrand“-concurrentie. Er bestond ook overeenstemming over dat de Commissie een meer economisch gericht beleid moet gaan voeren om een einde te maken aan het huidige legalisme en de verstikkende uitwerking dat dit heeft. De meesten waren ook van mening dat er een verband bestaat tussen marktmacht en marktaandeel, maar zij beklemtoonden dat de twee niet synoniem zijn.

Omdat een marktaandeelcriterium meer rechtsonzekerheid met zich zou brengen voor degenen die thans van de bestaande groepsvrijstellingsverordeningen profiteren, was een ruime meerderheid tegenstander van een dergelijk criterium om de toepassing van groepsvrijstellingen te beperken. Een beperkt aantal commentatoren benadrukte dat een marktaandeelcriterium haalbaar zou zijn

en dat het de beste beschikbare indicator van marktmacht is. Er werden geen alternatieven voorgesteld.

Met betrekking tot de vraag welke verticale afspraken in elk geval verboden moeten blijven, bestond er overeenstemming over dat prijsbinding en absolute gebiedsbescherming niet onder een groepsvrijstelling mogen vallen en in de meeste gevallen evenmin voor een individuele vrijstelling in aanmerking mogen komen. Er werd echter betoogd dat een individuele vrijstelling niet zonder meer mag worden uitgesloten. Tijdens de hoorzitting werd het standpunt verdedigd dat de oplegging van echte maximumprijzen aan wederverkopers moet worden toegestaan, waarbij evenwel werd erkend dat moeilijk valt uit te maken wat een echte maximumprijs is.

Over de redenering dat verticale afspraken ertoe kunnen bijdragen „free-rider“-problemen te verhelpen, d.w.z. ervoor te zorgen dat degene die een inspanning doet, daarvan alle vruchten kan plukken, waren de meningen verdeeld. Tijdens de hoorzitting voerden sommigen aan dat „free-rider“-problemen zich vrij vaak voordoen, vooral door het optreden van detailhandelaren buiten het net van erkende distributeurs. Dit argument werd naar voren gebracht door vertegenwoordigers van, onder meer, de sectoren auto's, parfum, benzine, consumentenelektronica en speelgoed. Zij pleitten voor maatregelen om „lekken“ in het distributiestelsel te dichten, met inbegrip van de mogelijkheid om parallelvoer te verbieden. Het werd echter niet duidelijk gemaakt of „free-riding“

werkelijk de kern van het probleem is — d.w.z. of „outsiders” echt van de investeringen van het distributienet profiteren — dan wel of het er eigenlijk veeleer om gaat te trachten bepaalde detailhandelaren te weren om de concurrentie te verminderen en de prijzen te verhogen. Dit laatste argument werd naar voren gebracht door verscheidene deelnemers, onder wie distributeurs en grote detailhandelaren. Deze commentatoren beklemtoonden het cruciale belang van parallelinvoer, die hen in staat stelt van prijsverschillen tussen lidstaten gebruik te maken.

Erkend werd dat een meer economische benadering slechts mogelijk is indien die benadering met de behoefte aan rechtszekerheid kan worden verzoend. Een aantal deelnemers was van oordeel dat de meeste verticale afspraken uit een oogpunt van concurrentie onschuldig zijn, of zelfs concurrentiebevorderend. Zij waren dan ook voorstander van hetzij optie II (extensievere groepsvrijstellingen), optie IV-I (idem plus vermoeden van negatieve verklaring) of één zeer ruime groepsvrijstelling, bij voorkeur met alleen een „zwarte lijst”. Enkelen pleiten voor een toekomstig beleid waarbij van marktaandeeldrempels gebruik wordt gemaakt zoals bij optie IV-II (groepsvrijstellingen met een marktaandeelplafond) of van een op marktaandelen gebaseerd markt afschermingscriterium.

Met klem werd gesteld dat, indien marktaandeelcriteria worden ingevoerd, de Commissie ter vrijwaring van de rechtszekerheid in zoveel mogelijk begeleidende maatregelen moet voorzien. Het werd met name noodzakelijk geacht dat de Commissie in dat geval 1) richtsnoeren vaststelt met betrekking tot de toepassing van de regels boven de marktaandeeldrempels, 2) een oplossing vindt voor het probleem van de nietigheid van rechtswege op grond van artikel 85, lid 2, voor het geval dat een onderneming geen aanmelding heeft verricht omdat zij haar marktaandeel onjuist heeft beoordeeld, 3) eventueel een non-oppositieprocedure invoert en 4) de aanmelding vergemakkelijkt.

3. Standpunt van de communautaire instellingen en van de lidstaten

Europees Parlement

In zijn resolutie van 18 juli 1997 merkt het Europees Parlement op dat, de „de minimis”-bekendmaking buiten beschouwing gelaten, het bedrijfsleven tegen een op marktaandelen gebaseerde benadering is gekant en dat marktaandelen niet altijd de beste indicator van marktmacht zijn. Het verzoekt de Commissie bijgevolg de mogelijkheid te onderzoeken andere criteria te hanteren. Het beklemtoont de noodzaak om de KMO's rechtszekerheid te waarborgen, zodat vrijwillige detailhandelsketens op gelijke voet met grote geïntegreerde concerns komen te staan, met name wat het voeren van een gemeenschappelijk prijsbeleid betreft. Het verzoekt de Commissie ook te onderzoeken of het noodzakelijk is dat er een groepsvrijstellingsverordening voor selectieve distributie komt, en het vraagt dat aandacht wordt be-

steed aan de bijzondere commerciële en financiële voordelen van bierleverings- en van tankstationscontracten.

Het Parlement spreekt zijn voorkeur uit voor een systeem waarbij verticale afspraken tussen ondernemingen met een marktaandeel van minder dan 10 % niet onder artikel 85, lid 1, vallen. Boven deze drempel zouden groepsvrijstellingen meer ruimte moeten laten voor flexibiliteit, zonder dat het evenwicht tussen de contractspartijen wordt verstoord. Boven een bepaalde marktaandeeldrempel zou een groepsvrijstelling gemakkelijk moeten kunnen worden ingetrokken. Slechts indien een eenvoudige intrekingsprocedure niet mogelijk is, zou de Commissie moeten denken aan groepsvrijstellingen die boven een bepaalde marktaandeeldrempel niet van toepassing zijn, en dan nog uitsluitend voor ondernemingen met een belangrijke omzet.

Economisch en Sociaal Comité

In zijn advies van 4 juni 1997 erkent het Economisch en Sociaal Comité dat de huidige groepsvrijstellingsverordeningen te rigide en vaak moeilijk te interpreteren zijn. Bij het beoordelen van de effecten van verticale afspraken zou de klemtoon op de marktstructuur en de markteffecten moeten liggen, en niet op de formele inhoud van de overeenkomsten. Het Comité is voorstander van een zodanige verruiming van de groepsvrijstellingen dat zij ook van toepassing zijn op banden hoger in de bedrijfskolom tussen de producenten en de ondernemingen die de producenten hun benodigde input leveren. Hoe ruimer het toepassingsgebied van de groepsvrijstellingen is, des te minder behoeven verticale overeenkomsten individueel te worden aangemeld. Het Comité staat ook positief tegenover de invoering van een non-oppositieprocedure.

Hoewel het geen bezwaar heeft tegen optie II (extensievere groepsvrijstellingen zonder marktaandeelplafond), beveelt het Comité met klem optie IV — variant I (optie II met een vermoeden van negatieve verklaring tot [20 %]) aan. Het heeft bedenkingen bij optie IV — variant II (optie IV-I met een marktaandeelplafond van [40 %]). Mocht de Commissie echter erin slagen optie IV — variant I in te voeren, in combinatie met zeer ruime groepsvrijstellingen, dan zouden er volgens het Comité goede argumenten zijn voor een procedure van toezicht op verticale distributieovereenkomsten tussen ondernemingen met hoge marktaandelen.

Comité van de regio's

In zijn advies van 12 juni 1997 stelt het Comité van de regio's dat het vraagstuk van de verticale afspraken zoveel verschillende facetten vertoont dat het moeilijk is een voorkeur uit te spreken voor één optie, zonder dat die keuze voor een of andere sector ten eerste discutabel is. Voor welke optie ook wordt gekozen, aan bepaalde overeenkomsten — zoals bierleveringscontracten — mag niet worden geraakt. Bij het beoordelen van de voordelen voor de consument moeten de opvattingen van

andere marktpartijen dan producenten en distributeurs in de overweging worden betrokken. Wat de opties III en IV betreft, is de invoering van marktaandeeldrempels slechts zinvol indien de communautaire markt als uitgangspunt wordt genomen. Het Comité is van oordeel dat, alles welbeschouwd, optie I de voorkeur verdient.

Lidstaten

Op één na hebben alle vijftien lidstaten schriftelijk op het Groenboek gereageerd. In vele gevallen hebben hun opmerkingen slechts een voorlopig karakter. Er bestond geen duidelijke consensus over de vraag hoe het toekomstige beleid op dit gebied er moet uitzien. Wat de in het Groenboek beschreven opties betreft, heeft geen van de lidstaten een voorkeur uitgesproken voor optie I of optie III; vier lidstaten verkiezen optie II, drie lidstaten optie IV — variant I en twee lidstaten optie IV — variant II. De overige vijf lidstaten hebben eigen opties naar voren gebracht, die als volgt kunnen worden samengevat:

1. een verordening voor een negatieve verklaring op grond waarvan nagenoeg alle verticale afspraken a priori als wettig worden beschouwd, ongeacht de marktaandelen, met dien verstande dat de Commissie, de nationale autoriteiten en de nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn de verordening met terugwerkende kracht buiten toepassing te verklaren indien er geen daadwerkelijke concurrentie bestaat of indien er hoge barrières voor de toegang tot de markt zijn;
2. één groepsvrijstelling voor alle verticale overeenkomsten, met een marktaandeeldrempel van [25 %]. Boven deze drempel vallen de overeenkomsten onder het systeem van individuele vrijstellingen. Beneden deze drempel is de Commissie bevoegd in problematische gevallen de groepsvrijstelling in te trekken;
3. een verordening voor een negatieve verklaring met twee marktaandeeldrempels. De eerste (25-40 %) geeft aan boven welk marktaandeel een onderneming waarschijnlijk aanzienlijke marktmacht zal uitoefenen. De tweede (60-80 %) welke concurrentiebeperkingen door ondernemingen met een marktaandeel van ten minste 10-15 % kunnen worden veroorzaakt ingeval er sprake is van een cumulatief effect van naast elkaar bestaande netwerken van overeenkomsten.
4. één groepsvrijstelling, gebaseerd op een „zwarte lijst”. De groepsvrijstelling geldt ongeacht het marktaandeel. De Commissie kan een individuele aanmelding verlangen. De groepsvrijstelling verleent verticale overeenkomsten een voorlopige geldigheid verlenen, die slechts voor de toekomst kan worden opgeheven;
5. bredere en flexibeler groepsvrijstellingen, op de toepassing waarvan door de nationale mededingingsautoriteiten achteraf toezicht wordt uitgeoefend.

Het eerste punt waarover de lidstaten het eens zijn, is dat de Commissie haar huidig beleid ten aanzien van verticale afspraken dient te herzien. Het wordt erkend dat, wanneer een meer economisch gericht beleid wordt gevoerd, dit onvermijdelijk zal leiden tot een systeem met minder rechtszekerheid voor ondernemingen met marktmacht die thans van de bestaande groepsvrijstellingsverordeningen profiteren. Het tweede punt waarover overeenstemming bestaat, is dat volgens de jongste economische literatuur verticale afspraken slechts als potentieel schadelijk voor de concurrentie moeten worden beschouwd indien de betrokken ondernemingen een zekere marktmacht hebben. Het derde punt waarover consensus bestaat, is dat bij het beoordelen van verticale afspraken de doelstelling van marktintegratie een belangrijke rol moet blijven spelen, zeker in het licht van de komende uitbreiding.

Uitgaande van deze consensus blijkt dat in twee richtingen wordt gedacht. De eerste opvatting is dat het bestaande systeem eenvoudigweg flexibeler moet worden gemaakt door minder te doen aan een regelgevende benadering van de huidige groepsvrijstellingsverordeningen. De tweede opvatting is dat er behoefte bestaat aan een echte beleidswijziging. Deze laatste opvatting biedt twee hoofdhypothesen. De eerste berust op het behoud van het huidige verbodssysteem van artikel 85, dat zou kunnen worden bijgesteld door de invoering van marktaandeeldrempels aan de hand waarvan op basis van de marktmacht enerzijds zou worden bepaald in welke gevallen er geen reden is om artikel 85, lid 1, toe te passen, en anderzijds wat het toepassingsgebied dient te zijn van één ruime, alle verticale afspraken bestrijkende groepsvrijstelling. De tweede hypothese berust op overgang van een verbodssysteem naar een van toezicht op misbruiken, waarbij voor nagenoeg alle verticale afspraken a priori een vermoeden van verenigbaarheid met artikel 85, lid 1, zou gelden, met dien verstande dat de Commissie dit positieve vermoeden slechts voor de toekomst zou kunnen opheffen.

In de loop van het overleg zijn de standpunten van de lidstaten ten aanzien van het Groenboek geëvolueerd en is er een grotere consensus ontstaan over het in deze mededeling beschreven beleidsvoorstel, te weten één ruime groepsvrijstellingsverordening, beperkt door één/twee marktaandeeldrempel(s).

HOOFDSTUK III — ECONOMISCHE ANALYSE VAN VERTICALE AFSPRAKEN

1. Verticale afspraken en marktmacht

Zoals in de inleiding gezegd, houdt de economische wetenschap ons voor dat verticale afspraken slechts concurrentieproblemen kunnen veroorzaken indien er onvoldoende „interbrand”-concurrentie is, d.w.z. indien er

sprake is van een zekere mate van marktmacht. Enerzijds is het, naarmate de „interbrand“-concurrentie feller is, waarschijnlijker dat verticale afspraken geen negatief effect of althans een netto positief effect hebben. Anderzijds is het, naarmate de „interbrand“-concurrentie zwakker is, waarschijnlijker dat verticale afspraken een netto negatief effect hebben. Dit betekent dat dezelfde verticale afspraak verschillende effecten kan hebben, afhankelijk van de marktstructuur en van de marktmacht van de onderneming die zich van de verticale afspraak bedient.

In de economische wetenschap wordt marktmacht gewoonlijk omschreven als het vermogen om de verkoopprijs te verhogen boven het door concurrentie bepaalde peil (op korte termijn de marginale kostprijs, op lange termijn de gemiddelde totale kostprijs). Met andere woorden, een onderneming heeft marktmacht indien zij een merkbare invloed kan uitoefenen op de prijs waartegen zij kan verkopen, en indien zij, door een prijs te vragen boven het door concurrentie bepaalde peil, althans op korte termijn in staat is bovennormale winst te maken. De meeste economen zullen het ermee eens zijn dat een onderneming marktmacht kan hebben beneden het niveau waarop volgens de definitie van het Hof van Justitie van een machtspositie kan worden gesproken. Dit werd ook gesteld in het Groenboek⁽¹⁾, om duidelijk te maken dat verticale afspraken ook beneden het voor een machtspositie vereiste niveau schadelijk voor de concurrentie kunnen zijn, zodat artikel 86 en de concentratiecontrole op zich niet volstaan. Artikel 85 dient te worden toegepast op verticale afspraken, vooral op oligopolioïde markten waar geen enkele afzonderlijke onderneming een machtspositie inneemt.

Ook wordt algemeen erkend dat verticale afspraken in doorsnee minder schadelijk voor de concurrentie zijn dan horizontale afspraken. De voornaamste reden om een verticale afspraak welwillender te behandelen dan een horizontale, is dat er bij een horizontale afspraak sprake kan zijn van een overeenkomst tussen concurrenten die substitueerbare producten of diensten produceren, terwijl het bij een verticale afspraak gaat om een overeenkomst tussen een leverancier en een afnemer van een bepaald product of van een bepaalde dienst. Bij een horizontale verhouding zal, wanneer één onderneming marktmacht uitoefent (hogere prijs voor haar product), dit in het voordeel van haar concurrenten spelen. Dit kan ertoe leiden dat concurrenten elkaar tot concurrentiebeperkend gedrag gaan aanzetten. Bij een verticale verhouding is de „output“ van de ene onderneming de „input“ van de andere, zodat de uitoefening van marktmacht door hetzij de „upstream“-onderneming, hetzij de „downstream“-onderneming normaal de vraag naar de „output“ van de andere onderneming ongunstig zal beïnvloeden. Er kan dus voor elk van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen een prikkel bestaan om de andere onderneming te beletten marktmacht uit te

oefenen (men noemt dit het „zelfdisciplinerend karakter“ van verticale afspraken).

Deze zelfbeperkende werking mag echter niet worden overschat. Wanneer een onderneming geen marktmacht heeft, kan zij slechts haar winst trachten te verhogen door haar productie- en distributieproces te optimaliseren, al dan niet met behulp van verticale afspraken. Heeft zij wél marktmacht, dan kan zij echter ook ten nadele van haar directe concurrenten haar winst trachten te verhogen door hun kosten te doen stijgen, en ten nadele van haar afnemers of de consumenten door te proberen zich een gedeelte van hun surplus toe te eigenen. Hiervan kan sprake zijn, wanneer de „upstream“- en de „downstream“-onderneming de extra winst onderling verdelen of wanneer een van de twee de verticale afspraak oplegt en zich aldus alle extra winst toeëigent.

2. Negatieve effecten

2.1. Afzonderlijke verticale afspraken

De mogelijke negatieve markteffecten van concurrentiebeperkende verticale afspraken, die het communautaire mededingingsrecht beoogt te verhinderen, zijn:

- uitsluiting van hetzij andere leveranciers, hetzij andere afnemers;
- verslechtering van de prijsvoorwaarden en andere voorwaarden voor de consumenten, hetzij bij één bepaald merk (vermindering van de „intra-brand“-concurrentie), hetzij tussen verschillende merken (vermindering van de „inter-brand“-concurrentie);
- door verticale afspraken vergemakkelijkte collusie tussen leveranciers of afnemers;
- belemmering van de marktintegratie, waaronder in de eerste plaats beperking van de vrijheid van de Europese consumenten om in de lidstaat van hun keuze zich een product of een dienst aan te schaffen.

Dergelijke negatieve effecten kunnen bij verticale afspraken van uiteenlopende aard optreden. Hier moet een grote zorgvuldigheid aan de dag worden gelegd, want overeenkomsten die naar de vorm verschillen, kunnen in wezen dezelfde weerslag op de concurrentie hebben. Om deze mogelijke negatieve effecten te analyseren is het dienstig verticale afspraken in vier categorieën in te delen: alleenverkoop, merkexclusiviteit, prijsbinding en marktverdeling. De negatieve effecten op de concurrentie lijken binnen elke categorie van verticale afspraken gelijkaardig te zijn.

Alvorens de vier categorieën te beschrijven, moet een aantal algemene opmerkingen worden gemaakt. Ten eerste geldt de analyse voor zowel producten als diensten,

⁽¹⁾ Zie het Groenboek, punt 303.

al komen bepaalde afspraken vooral voor bij de distributie van producten. Daarom worden overal in deze tekst met de term „product(en)” zowel product(en) als dienst(en) bedoeld, tenzij anders aangegeven. Ten tweede kunnen verticale afspraken betrekking hebben op intermediaire of op eindproducten en diensten. Tenzij anders aangegeven, hebben de analyse en argumentatie in deze tekst betrekking op alle handelsniveaus, waarbij de neutrale termen „leverancier” en „afnemer” worden gebruikt. Wanneer slechts een bepaald niveau wordt bedoeld, wordt dit aangegeven. Ten derde is de classificatie gebaseerd op hetgeen zou kunnen worden omschreven als de basiscomponenten van verticale afspraken. In de praktijk wordt bij vele verticale afspraken van meer dan één van deze componenten gebruik gemaakt. Bij alleenverkoop bijvoorbeeld wordt gewoonlijk het aantal afnemers beperkt aan wie de leverancier mag verkopen, en vaak tegelijkertijd ook het gebied waarbinnen de afnemers mogen opereren; de eerste component kan tot uitsluiting van andere afnemers leiden, de tweede tot verdeling van de markt.

Alleenverkoop

Tot de categorie alleenverkoop behoren die afspraken/componenten waarvan het belangrijkste kenmerk is dat de producent slechts aan één afnemer of een beperkt aantal afnemers verkoopt. De bedoeling hiervan kan zijn het aantal afnemers in een bepaald gebied of voor een bepaalde groep van klanten te beperken, dan wel slechts aan een bepaald type van afnemers te leveren. Tot deze categorie behoren onder meer alleenverkoop als zodanig en klantenexclusiviteit, waarbij de leverancier voor een bepaald gebied of een bepaalde groep van klanten slechts aan één afnemer verkoopt. Zij omvat ook exclusieve levering en leveringsquotering, waarbij tussen de leverancier en de afnemer een verplichting of een systeem van prikkels wordt overeengekomen ten gevolge waarvan de leverancier op een bepaalde markt uitsluitend of hoofdzakelijk aan één afnemer verkoopt. Voorts wordt selectieve distributie tot deze categorie gerekend, waarbij de voorwaarden die aan de geselecteerde wederverkopers worden opgelegd of met hen worden overeengekomen, hun aantal kunnen beperken.

De belangrijkste effecten op de concurrentie zijn tweemaal: 1) bepaalde afnemers op de betrokken markt kunnen niet langer van die bepaalde leverancier kopen, d.w.z. het komt, vooral in het geval van exclusieve levering, tot markt afscherming, en 2) wanneer het om de distributie van eindproducten gaat, zal ook de „intra-brand”-concurrentie verminderen omdat minder distributeurs het betrokken product zullen aanbieden. Wanneer de exclusiviteit betrekking heeft op grote gebieden of in het geval van klantenexclusiviteit, is het mogelijk dat de „intra-brand”-concurrentie volledig wordt uitgeschakeld. Wanneer van een selectieve distributieovereenkomst op vrije wijze gebruik wordt gemaakt, zodat slechts we-

nig winkels het product kunnen voeren, leidt dit ook tot een vermindering van „in-store”-concurrentie en tot geringere „interbrand”-concurrentie. Bovendien beperkt selectieve distributie de wederverkoop, omdat de erkende distributeurs slechts aan eindgebruikers en aan andere erkende distributeurs mogen verkopen.

Merkexclusiviteit

Tot de categorie merkexclusiviteit behoren die afspraken/componenten waarvan het belangrijkste kenmerk is dat de afnemer ertoe wordt aangezet zijn bestellingen van een bepaald type van product bij één leverancier te plaatsen. Tot deze categorie behoren onder meer concurrentieverbod en afnamequotering, waarbij tussen de leverancier en de afnemer een verplichting of een systeem van prikkels wordt overeengekomen ten gevolge waarvan de afnemer een bepaald product of een bepaalde dienst en substituten hiervan uitsluitend of hoofdzakelijk van die leverancier koopt.

De belangrijkste effecten op de concurrentie zijn tweemaal: 1) andere leveranciers op de betrokken markt kunnen niet aan die bepaalde afnemers verkopen, d.w.z. de markt wordt voor concurrerende leveranciers afgesloten, en 2) wanneer het om de distributie van eindproducten gaat, zullen de betrokken detailhandelaren slechts één merk verkopen, zodat er in hun winkels geen „in-store”-concurrentie zal zijn. In beide gevallen kan dit tot een vermindering van de „interbrand”-concurrentie leiden.

De vermindering van de „interbrand”-concurrentie kan worden verzacht door een fellere concurrentie in een eerder stadium, namelijk tussen de leveranciers bij het sluiten van merkexclusiviteitscontracten, maar hoe langer de looptijd van die contracten is, des te waarschijnlijker is het dat het effect hiervan niet sterk genoeg zal zijn om het gebrek aan „interbrand”-concurrentie volledig te compenseren.

Prijsbinding

Tot de categorie prijsbinding behoren die afspraken/componenten waarvan het belangrijkste kenmerk is dat de afnemer ertoe wordt verplicht of aangezet niet beneden een bepaalde prijs, tegen een bepaalde prijs of niet boven een bepaalde prijs te verkopen. Deze categorie omvat het opleggen van minimumprijzen, vaste prijzen of maximumprijzen, alsook prijsaanbevelingen. Hoewel het in theorie onwaarschijnlijk is dat zij negatieve effecten hebben, kunnen maximumprijzen en aanbevolen prijzen dezelfde uitwerking hebben als vaste prijzen. Omdat prijsbinding betrekking heeft op de wederverkoopsprijs, is hiervan vooral sprake bij de distributie van eindproducten.

De belangrijkste effecten op de concurrentie van het opleggen van minimumprijzen of vaste prijzen zijn tweemaal: 1) de distributeurs kunnen met betrekking tot dat be-

paalde merk niet langer prijsconcurrentie voeren, waardoor de „intra-brand“-prijsconcurrentie volledig wordt uitgeschakeld, en 2) de prijzen worden transparanter en prijswijzigingen zijn gemakkelijker te traceren, hetgeen horizontale collusie tussen producenten of distributeurs vergemakkelijkt, althans op geconcentreerde markten. De vermindering van de „intra-brand“-concurrentie veroorzaakt een afname van de neerwaartse druk op de prijs van het betrokken product en kan hierdoor indirect een vermindering van de „intra-brand“-concurrentie tot gevolg hebben.

Marktverdeling

Tot de categorie marktverdeling behoren die afspraken/componenten waarvan het belangrijkste kenmerk is dat het de afnemer niet vrijstaat te beslissen waar hij een bepaald product koopt of doorverkoopt, dan wel dat het de leverancier niet vrijstaat te beslissen aan wie hij zijn product verkoopt. Tot deze categorie behoort exclusieve afname, waarbij tussen de leverancier en de afnemer een verplichting of een systeem van prikkels wordt overeengekomen ten gevolge waarvan de afnemer een bepaald product of een bepaalde dienst uitsluitend van die leverancier koopt, maar waarbij het de afnemer vrijstaat concurrerende producten of diensten te kopen en te verkopen. De categorie omvat ook beperking van het afzetgebied, beperking van de klantenkring, beperking van de verkoop op de vervangingsmarkt, verbod van wederverkoop, en koppelverkoop.

Het belangrijkste effect op de concurrentie is een vermindering van de „intra-brand“-concurrentie, hetgeen de leverancier of de afnemer (in geval van beperking van de verkoop op de vervangingsmarkt) kan helpen de markt te verdelen en aldus de marktintegratie tegen te werken. Dit kan prijsdiscriminatie vergemakkelijken. Koppelverkoop is enigszins een geval apart. Het belangrijkste effect hiervan is dat de afnemer voor het product dat hij gedwongen wordt te kopen, misschien een hogere prijs betaalt dan onder normale omstandigheden het geval zou zijn, maar koppelverkoop kan ook tot uitsluiting van andere leveranciers en tot een vermindering van de „intra-brand“-concurrentie op de markt van het verplicht af te nemen product leiden.

2.2. Combinaties van verticale afspraken

De volgende vraag die moet worden behandeld, is of het combineren van verschillende verticale afspraken de negatieve effecten doet toenemen. In het Groenboek wordt een vrij belangrijke plaats ingeruimd voor de redenering dat bepaalde combinaties van verticale afspraken beter voor de concurrentie zijn dan die afspraken afzonderlijk⁽¹⁾. Hoewel dit wel eens het geval kan zijn, lijkt het niet de regel te zijn. Over het algemeen lijkt het

tegedeel waar te zijn en verergert een combinatie de mogelijke negatieve effecten.

Zo leidt een combinatie van merkexclusiviteit met alleenverkoop tegelijk tot een vermindering van de intra-brand-concurrentie en een vermindering van de „intra-brand“-concurrentie. In het geval van eindproducten ontstaat een markt met lokale merkmonopolisten zonder „in-store“-concurrentie. Bovendien komt het bovenop de marktafscherming op het niveau van de producenten ook tot marktafscherming op het niveau van de detailhandel: wanneer winkels aan één merk gebonden zijn, kan het niet alleen moeilijk voor een producent zijn om een nieuw merk te verkopen, maar ook moeilijk voor nieuwkomers op de detailhandelsmarkt om aan producten van sommige van de leidende merken te geraken. Dit leidt tot een situatie waarin het zowel moeilijk kan zijn om nieuwe verkooppunten te vinden als onrendabel om zelf nieuwe verkooppunten op te richten.

Een ander voorbeeld is de combinatie van een van de afspraken uit de categorie alleenverkoop, zoals selectieve distributie, met prijsbinding. Ten gevolge van de eerste vermindert de „intra-brand“-concurrentie, en ten gevolge van de tweede wordt de „intra-brand“-prijsconcurrentie uitgeschakeld. Dit leidt snel tot een volledige uitschakeling van de „intra-brand“-concurrentie. Deze uitschakeling van de „intra-brand“-concurrentie kan ook een neiging tot collusie tussen producten in de hand werken, hetgeen door de prijsbinding wordt vergemakkelijkt. In de regel heeft deze combinatie ook geen zin uit een oogpunt van efficiency, omdat beide afspraken de marge van de detailhandelaar beschermen. Eén van de twee afspraken zou normaal volstaan om bijvoorbeeld een „free-rider“-probleem tussen detailhandelaren te verhelpen.

Een combinatie van één van de afspraken uit de categorie merkexclusiviteit met prijsbinding kan er enerzijds toe leiden dat door een gebrek aan „in-store“-concurrentie de „inter-brand“-concurrentie vermindert, en anderzijds dat onder invloed van de prijsbinding onderlinge afstemming tussen de producenten gemakkelijker wordt. Onderlinge afstemming kan gemakkelijker worden, omdat het gebrek aan „in-store“-concurrentie, ten gevolge van de prijsbinding ook een verzwakking van de „intra-brand“-concurrentie op.

Tenslotte zijn alle combinaties van verticale afspraken, die arbitrage door eindgebruikers af door distributeurs moeilijker of zelfs onmogelijk maken, negatief uit een oogpunt van marktintegratie. Als voorbeelden kunnen worden genoemd: 1) beperking van het afzetgebied, gecombineerd met selectieve distributie in dezelfde distributiefase; 2) alleenverkoop, gecombineerd met exclusieve afname; en 3) selectieve distributie, gecombineerd met exclusieve afname.

⁽¹⁾ Zie het Groenboek, punt 67.

Ten aanzien van sommige combinaties is evenwel een positievere houding mogelijk, omdat kan worden gesteld dat de ene verticale afspraak de mogelijke negatieve effecten van de andere vermindert. Bij alleenverkoop kan het opleggen van maximumprijzen de leverancier helpen de eventuele neiging van de afnemer te onderdrukken om onder bescherming van zijn gebiedsexclusiviteit zijn prijzen te verhogen. Hetzelfde kan worden gezegd van de combinatie van selectieve distributie met de oplegging van maximumprijzen. De combinatie van alleenverkoop met afnamequota kan dezelfde uitwerking hebben, omdat die quota-oplegging de distributeur kan beletten zijn prijzen te verhogen.

3. Positieve effecten

Beweerd wordt dat in een aantal situaties de gebruikelijke zakelijke transacties tussen een producent en een detailhandelaar, waarbij enkel de prijs en de hoeveelheid worden vastgesteld, tot een suboptimaal investerings- en omzetniveau leiden. Hierover kunnen de volgende algemene opmerkingen worden gemaakt:

1. De eerste en belangrijkste reden waarom dit, namelijk een suboptimaal investerings- en omzetniveau, wordt verondersteld zich voor te doen, is dat er een of andere vorm van „free-rider”-probleem bestaat. Het is mogelijk dat degene die een inspanning doet, niet zelf alle vruchten daarvan kan plukken en bijgevolg geneigd is suboptimaal te investeren. Dit kan het gevolg zijn van het feit dat de ene detailhandelaar een „free ride” maakt op de promotie-inspanningen van de andere. Alleenverkoopafspraken of soortgelijke afspraken of prijsbinding kunnen helpen dit soort „free-riding” te voorkomen. „free-riding” kan zich ook tussen producenten voordoen, wanneer één van hen in de winkels promotie voor zijn merk voert en daardoor ook klanten voor zijn concurrenten aantrekt. Afspraken zoals een concurrentieverbod kunnen ertoe bijdragen „free-riding” van dit laatste type te verhelpen.

Opdat er een probleem zou bestaan, moet er werkelijk sprake zijn van „free-riding”, iets wat niet altijd meteen voor de hand ligt. „Free-riding” tussen detailhandelaren kan slechts betrekking hebben op de „pre-sales-service”, niet op de „after-sales-service”. De producten moeten betrekkelijk nieuw of technisch ingewikkeld zijn, omdat de klant anders op grond van vroegere aankopen waarschijnlijk zeer goed weet wat hij wil. En het moet om een redelijk duur product gaan, omdat het anders niet aantrekkelijk voor een klant is naar de ene winkel te gaan voor informatie en naar een andere om te kopen. Daarbovenop komt nog dat wanneer aan al deze voorwaarden wordt voldaan,

het voor de producent niet doenbaar moet zijn met de detailhandelaren overeenkomsten inzake „pre-sales-service”-verplichtingen te sluiten⁽¹⁾.

Ook tussen producenten kan zich slechts onder vrij strikte voorwaarden „free-riding” voordoen. Wanneer een producent zijn product bevordert door in het gehele land reclame te voeren, bestaat er blijkbaar weinig kans dat het tot „free-riding” komt waarvoor oplegging van een concurrentieverbod aan de distributeurs een oplossing zou kunnen bieden. Enkel wanneer in bepaalde detailhandelszaken promotie wordt gevoerd, zou een afspraak van het type van een concurrentieverbod kunnen helpen daarvan ten volle profijt te trekken. Bovendien kan „free-riding” slechts voorkomen met betrekking tot de „pre-sales-service”, voorzover het onmogelijk is merkgerichte promotie te voeren en indien het om betrekkelijk nieuwe en ingewikkelde producten gaat, omdat de klanten anders waarschijnlijk reeds zeer goed weten wat zij willen.

2. Een tweede algemene opmerking die moet worden gemaakt, betreft de mogelijke divergentie tussen wat uit particulier oogpunt efficiënt is en wat uit een oogpunt van algemene welvaart en uit het oogpunt van de consument efficiënt is. Wat uit particulier oogpunt efficiënt is, is niet altijd bevorderlijk voor de algemene welvaart. Om terug te komen op „free-riding” tussen detailhandelaren of tussen producenten, stel dat er een echt „free-rider”-probleem bestaat en dat door meer „pre-sales-service” de omzet kan worden verhoogd, hoewel hierdoor ook de prijzen stijgen. Wanneer deze extra service door de meerderheid van de consumenten wordt gewaardeerd, is het zeer wel mogelijk dat het resultaat een grotere algemene welvaart is, maar wanneer de inframarginale consumenten (d.w.z. diegenen die reeds bij het huidige prijs/service-niveau kopen) weten wat zij willen en de extra service niet appreciëren, ondervinden zij slechts het nadeel van de hogere prijs, vooral wanneer er onvoldoende „interbrand”-concurrentie is. Het kan uit particulier oogpunt efficiënt zijn de service te verbeteren om meer marginale consumenten aan te trekken en aldus de omzet te verhogen, maar dit kan niettemin ten kosten van de algemene welvaart gaan.
3. Een bijzondere vorm van „free-riding” staat bekend als „*certification free-riding*”. De hypothese is dat bepaalde detailhandelaren een waardevolle dienst

⁽¹⁾ Het geijkte argument tegen het sluiten van overeenkomsten inzake „service”-verplichtingen, is dat de kosten van toezicht en de transactiekosten voor de producent prohibitief kunnen zijn wanneer hij met een groot aantal kleine detailhandelaren te maken heeft.

verrichten door „goede” producten aan te wijzen. Dat deze detailhandelaren een bepaald product verkopen, betekent voor de consument dat het om een goede koop gaat. Deze hypothese kan soms nuttig zijn om de introductie van nieuwe producten te verklaren. Nieuwe, ingewikkelde producten worden het eerst door kwaliteitswinkels in hun assortiment opgenomen welke winkels hoge marges berekenen en waar zij door „avant-garde-consumenten” worden gekocht. Het product krijgt geleidelijk naam, en de vraag groeit zodanig dat het via lageprijzenketens kan worden verkocht. Indien de producent in het begin zijn verkoop niet tot de topwinkels kan beperken, loopt hij het risico dat zijn product uit het assortiment wordt verwijderd en dat de introductie ervan mislukt. Indien dit waar is, rijst een gelijkaardig probleem als bij octrooibeschermt. Een tijdelijke bescherming tegen prijsdiscounters kan noodzakelijk zijn om de introductie van het product te vergemakkelijken. Duurt deze bescherming te lang, dan zal het product echter te laat de rijpe, door prijsconcurrentie gekenmerkte fasen van zijn levenscyclus bereiken, hetgeen in het nadeel van de consument is. Bijgevolg kunnen hooguit gedurende een beperkte periode afspraken zoals alleenverkoop of prijsbinding verantwoord zijn, lang genoeg om de introductie veilig te stellen, maar niet zo lang dat verspreiding op grote schaal wordt belemmerd.

4. Nog een andere bijzondere vorm van „free-riding” is het zogeheten „hold-up”-probleem. Soms zijn specifieke investeringen door ofwel de leverancier ofwel de afnemer noodzakelijk, bijvoorbeeld in speciale uitrusting of opleiding. In zo'n geval wordt, nadat de investeringen zijn gedaan, de investeerder in zekere mate de gevangene van de andere zijde. Er zal een verschuiving in de machtsverhouding optreden. Het gevaar bestaat dat uit vrees hiervoor de noodzakelijke investeringen achterwege blijven, tenzij op voorhand leveringsafspraken kunnen worden gemaakt. De investeerder vreest dat de andere zijde een „free ride” zal maken op zijn investering. Net zoals bij „free-riding” tussen detailhandelaren moet echter aan een aantal voorwaarden zijn voldaan om hier van een reëel risico te kunnen spreken. Ten eerste moet het om een „verzonken” investering gaan, die specifiek is voor de transacties met alleen die andere partij. Ten tweede moet het om een langetermijninvestering gaan, die niet op korte termijn kan worden terugverdiend. En ten derde moet de investering asymmetrisch zijn, d.w.z. de ene partij moet meer investeren dan de andere. Slechts wanneer deze voorwaarden vervuld zijn, kan er een gewettigde reden zijn voor een verticale afspraak gedurende een beperkte termijn, van het type van het concurrentieverbod wanneer de leverancier de investeerder is, en van het type alleenverkoop of exclusieve levering wanneer de afnemer de investeerder is.

5. De laatste oorzaak van suboptimale omzet die moet worden vermeld, is het probleem van „double marginalisation”. Wanneer zowel de producent als de de-

tailhandelaar marktmacht hebben, zal elk van hen zijn verkoopprijs boven zijn marginale kostprijs vaststellen. Beider marge is hoger dan bij concurrentie het geval zou zijn. Dit kan leiden tot een eindprijs die zelfs hoger is dan de monopolieprijs die een geïntegreerde onderneming zou aanrekenen, hetgeen zowel voor hun gezamenlijke winst als voor de consument nadelig is. In dit geval zou het hanteren van afnamequota of het opleggen van een maximumprijs aan de wederverkoper de producent kunnen helpen de prijs tot het monopolieniveau te doen dalen.

6. In de economische literatuur wordt uitgelegd dat de verschillende verticale afspraken in ruime mate substitueerbaar zijn. Dit betekent dat hetzelfde inefficiëncy-probleem door middel van verschillende verticale afspraken kan worden verholpen. Zo kan, zoals hierboven uiteengezet, het probleem van „free-riding” tussen detailhandelaren of het probleem van „certification free-riding” worden verholpen door alleenverkoop of door het opleggen van vaste prijzen of van minimumprijzen aan de wederverkoper. Dit is van belang, omdat de verschillende verticale afspraken elk andere negatieve effecten op de concurrentie kunnen hebben. Dit speelt een rol bij het beoordelen van de onmisbaarheid op grond van artikel 85, lid 3. Omdat prijsbinding over het algemeen als minder aanvaardbaar uit een oogpunt van concurrentie wordt beschouwd, is dit een reden om slechts alleenverkoop of andere afspraken met minder ernstige gevolgen toe te staan, en prijsbinding niet.

4. Algemene regels voor het beoordelen van verticale afspraken

Voor het beoordelen van verticale afspraken uit het oogpunt van het concurrentiebeleid kunnen bepaalde algemene regels worden geformuleerd.

Als eerste algemene regel kan worden gesteld dat verticale afspraken die de „interbrand”-concurrentie verminderen, over het algemeen schadelijker zijn dan verticale afspraken die slechts „intra-brand”-concurrentie verminderen. Zo zal een concurrentieverbod waarschijnlijk alles bij elkaar meer negatieve effecten hebben dan alleenverkoop. Door een concurrentieverbod worden andere merken geweerd, zodat die merken misschien de markt niet bereiken. Bij alleenverkoop worden weliswaar sommige afnemers uitgesloten, maar dit belet doorgaans niet dat het product tot bij de eindgebruiker geraakt.

Een tweede algemene regel is dat exclusieve afspraken over het algemeen nadeliger voor de concurrentie zijn dan niet-exclusieve afspraken. Bij exclusieve afspraken worden krachtens de uitdrukkelijke bewoordingen van het contract of door de werking van de afspraak in de

praktijk uitsluitend of nagenoeg uitsluitend door één van de partijen verplichtingen opgelegd aan de andere partij. Zo leidt een concurrentieverbod ertoe dat de afnemer slechts één merk koopt, terwijl afnamequota de afnemer de mogelijkheid laten concurrerende producten te kopen. De mate van marktafsluiting verschilt dus, terwijl de efficiency-effecten vaak opmerkelijk gelijk zijn.

Als derde algemene regel kan worden gesteld dat de mogelijke negatieve effecten van verticale afspraken worden versterkt, wanneer niets slechts één leverancier een bepaalde verticale afspraak met zijn afnemers maakt, maar wanneer ook andere leveranciers en hun afnemers op dezelfde wijze zaken doen. Deze zogenoemde cumulatieve effecten vormen in een aantal sectoren een probleem. Om de effecten van een dergelijke cumulatie van verticale afspraken juist te kunnen beoordelen, moet een sector in zijn geheel worden gezien. Het vraagstuk van de intrekking van de voorgestelde groepsvrijstelling wordt in hoofdstuk V, afdeling 3, besproken en zal in de richtsnoeren nader worden uitgewerkt.

Naast deze drie algemene regels kan nog het volgende worden gesteld:

- Afspraken die betrekking hebben op intermediaire producten, zijn over het algemeen minder schadelijk dan die welke betrekking hebben op de distributie van eindproducten. Omdat intermediaire producten niet aan eindgebruikers worden verkocht maar worden be- of verwerkt, zijn merk en imago minder belangrijk. Hierdoor heeft een mogelijke vermindering van de „intra-brand“-concurrentie minder ernstige gevolgen. Dit onderscheid tussen intermediaire en eindproducten en diensten zal in richtsnoeren worden behandeld.
- Binnen de categorie prijsbinding vormen vaste prijzen en minimumprijzen ernstige restricties. Maximumprijzen en prijsaanbevelingen worden, voorzover het om echte maximumprijzen of echte aanbevelingen gaat, niet als concurrentiebepkend beschouwd.
- Binnen de categorie marktverdeling lijken restricties op de wederverkoop en restricties op de verkoop op de vervangingsmarkt het meest nadelig, omdat de marktverdeling hier niet met een duidelijke efficiency-verbetering gepaard gaat. Koppelverkoop wordt over het algemeen als een iets minder ernstige restrictie beschouwd. Het gaat hier om een mogelijke uitbreiding van marktmacht van één markt tot een andere. Er zijn hier wellicht een paar argumenten aan

te voeren voor een mogelijke efficiency-verbetering („we moeten erop toezien dat de afnemer de juiste soort „input“ gebruikt voor de delicate machine die we hem hebben verkocht, omdat defecten het imago van ons product kunnen schaden” of „gekoppelde levering werkt kostenbesparend”). Exclusieve afname, waarbij de afnemer verplicht is om rechtstreeks van één leverancier te kopen maar hij het recht behoudt om concurrerende merken te verkopen, is binnen deze categorie de minst ernstige restrictie.

- Prijsbinding wordt over het algemeen als meer concurrentiebepkend dan de overige verticale afspraken beschouwd. Voorzover er sprake is van een efficiency-verbetering, kan deze vaak ook worden bereikt door middel van afspraken die de concurrentie minder beperken en toch dezelfde positieve effecten hebben. Dit komt tot uiting in het huidige beleid in de meeste landen, waar men er toe neigt zeer streng op te treden tegen prijsbinding, terwijl alleenverkoop onder bepaalde marktomstandigheden wordt toegestaan.
- In het communautaire concurrentiebeleid, waarin de klemtoon ligt op de noodzaak arbitrage te beschermen en restricties op wederverkoop in het algemeen te verbieden, weerspiegelt zich het doel de marktintegratie te bevorderen.

HOOFDSTUK IV — MARKTAANDEELDREMPELS EN RECHTSZEKERHEID

1. Huidige groepsvrijstellingen

In de huidige groepsvrijstellingsverordeningen (alleenverkoop, exclusieve afname en franchising) wordt een legalistische, op contractbepalingen gebaseerde benadering gevolgd, waarbij de klemtoon op de vrijheid van handelen van de wederverkopers en op de „intra-brand“-concurrentie tussen de tot hetzelfde distributiestelsel behorende wederverkopers ligt. Het systeem van intrekking en de mogelijke toepassing van artikel 86 buiten beschouwing gelaten, gelden de vrijstellingen voor alle ondernemingen, ongeacht hun marktmacht.

Volgens dit systeem geldt de vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1, zonder onderscheid voor ondernemingen met een marktaandeel van 1 tot 100 %, zelfs voor concurrentieverboden en voor bepaalde combinaties van verticale afspraken, zoals alleenverkoop en selectieve

distributie (zie de franchiseverordening). Dit heeft tot gevolg dat kleine marktdeelnemers (het grote merendeel van de ondernemingen) onder een zekere overregulering lijden, terwijl ondernemingen met aanzienlijke marktmacht zichzelf kunnen beschermen door gewoon contractbepalingen zodanig op te stellen dat zij in de bestaande groepsvrijstellingsverordeningen passen.

De Commissie kan deze groepsvrijstellingen slechts voor de toekomst intrekken. Ondernemingen met marktmacht kunnen de meest ernstige restricties toepassen totdat de Commissie een verbodsbeschikking geeft. Op de ondernemingen wordt geen druk uitgeoefend om hun overeenkomsten of gedragingen te wijzigen, omdat hun contracten voorlopig geldig zijn. Hierdoor valt de preventieve werking van het verbodssysteem van artikel 85, lid 1, weg. De concurrentie kan onherstelbare schade lijden zonder dat dit voor het verleden kan worden verholpen (bv. marktafsluiting ten gevolge van exclusieve afspraken). Tegelijkertijd wordt het kleinere marktdeelnemers belet op een innovatieve wijze van verticale afspraken gebruik te maken om hun concurrentiepositie te verstevigen. Dit staat in de weg aan de ontwikkeling van nieuwe, dynamische distributievormen. Daarom kunnen de huidige groepsvrijstellingsverordeningen niet behouden blijven.

2. Economische benadering en marktaanderempels

Uit de in het vorige hoofdstuk beschreven economische theorie kunnen twee beleidsconclusies worden getrokken: ten eerste kan, wanneer er geen sprake is van marktmacht, voor verticale afspraken, met uitzondering van bepaalde „hard-core“-restricties, een vermoeden van wettigheid gelden; ten tweede kan, wanneer er wél sprake is van marktmacht, geen algemeen vermoeden van wettigheid gelden. Het is bijgevolg uit economisch oogpunt zinvol van marktaanderempels gebruik te maken om het toepassingsgebied van een groepsvrijstellingsverordening te beperken.

Het is duidelijk dat marktaandeel geen substituut voor marktmacht is. Normaal moeten in een individueel geval alle aspecten van de marktstructuur en van het marktgedrag in aanmerking worden genomen om met betrekking tot en bepaalde verticale afspraak tot het bestaan van een inbreuk te kunnen concluderen. Een dergelijke marktanalyse brengt echter voor de mededingingsautoriteit hoge kosten voor rechtshandhaving met zich mede en is dus niet in elk afzonderlijk geval mogelijk.

Er kan van twee beleidshypothesen worden uitgegaan om deze marktanalyse te vergemakkelijken. Ten eerste is in de meeste gevallen een marktaandeel van 20 % normaal onvoldoende opdat door één onderneming toegepaste verticale afspraken een netto negatief effect op de concurrentie zouden hebben. Ten tweede kan voor be-

paalde verticale afspraken, wanneer er sprake is van belangrijke efficiency-verbeteringen, aan een vrijstelling tot een marktaandeel van 40 % worden gedacht, een niveau van waaraf het risico van een machtspositie kan ontstaan. Boven dit niveau bestaat er een risico dat niet langer aan de laatste voorwaarde van artikel 85, lid 3, is voldaan. Het gebruik van marktaanderempels in een groepsvrijstellingsverordening leidt bijgevolg niet tot het vaststellen van inbreuken, maar dient om bepaalde categorieën van verticale afspraken op grond van artikel 85, lid 3, van het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, uit te sluiten.

De Commissie is zich bewust van het risico dat, door van deze twee uitsluitend op marktaandelen gebaseerde beleidshypothesen uit te gaan, voor bepaalde afspraken waarvoor dit niet gerechtvaardigd is, een vrijstelling zou kunnen worden verleend. Hoe hoger marktaanderempels zijn die worden gehanteerd, des te groter zal dit risico zijn. De Commissie is van oordeel dat marktaanderempels van 20 en 40 %, gekoppeld aan de aard van de verticale afspraak en het belang van de efficiency-effecten die optreden, voor een toekomstige groepsvrijstellingsverordening passend zijn. De Commissie zal de vraag hoe hoog de marktaanderempels juist moeten zijn en de vraag of in plaats van twee drempels één drempel zou moeten worden gehanteerd, tijdens het overleg over de groepsvrijstelling en de richtsnoeren opnieuw bezien (zie de hiernavolgende uiteenzetting). De Commissie is voornemens het systeem van de intrekking te behouden voor de zeldzame gevallen waarin beneden deze marktaanderempels ernstige concurrentieproblemen kunnen rijzen. Het systeem van de intrekking zal met name worden toegepast in gevallen waarin er sprake is van cumulatieve effecten (hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk V).

Niemand heeft voor gebruik in een groepsvrijstellingsverordening iets beters als indicator kunnen voorstellen dan het marktaandeel. Het enige alternatief zou erin bestaan uitsluitend te werken met richtsnoeren volgens welke bij het beoordelen van verticale afspraken alle marktfactoren in aanmerking zouden kunnen worden genomen. De Commissie is van mening dat dit in het huidige stadium een te radicale wijziging zou betekenen en het bedrijfsleven minder rechtszekerheid zou bieden dan een groepsvrijstelling met marktaanderempels.

Mededingingsregels zijn economische regels, waaraan onvermijdelijk een zekere rechtsonzekerheid inherent is. Ondernemingen met marktmacht lopen het risico dat zij de mededingingsregels overtreden. De Commissie streeft ernaar ten behoeve van het bedrijfsleven voor een redelijke mate van rechtszekerheid te zorgen en dit met een doeltreffende bescherming van de concurrentie te verzoenen. Het gebruik van marktaanderempels maakt het mogelijk een evenwicht tot stand te brengen tussen een meer economische benadering en de behoefte aan rechtszekerheid.

Marktaandeeldrempels zijn in het communautaire mededingingsrecht niet nieuw. Het bedrijfsleven is al jaren vertrouwd met marktaandeeldrempels op grond waarvan ondernemingen een ontheffing van de aanmeldingsverplichting (zie de marktaandeeldrempel van 15 % in artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17), een vermoeden van negatieve verklaring (zie de marktaandeeldrempel van 10 % in de „de minimis”-bekendmaking en die van 25 % in de concentratieverordening) of een groepsvrijstelling (zie de marktaandeeldrempels van 10 en 25 % in Verordening (EEG) nr. 417/85⁽¹⁾ en Verordening (EEG) nr. 418/85⁽²⁾) genieten. Dit heeft voor het bedrijfsleven niet tot een onaanvaardbare rechtsonzekerheid geleid.

3. Marktaandeelplafond als voorwaarde voor een ruimere groepsvrijstelling

Volgens het huidige systeem geldt voor de meeste verticale afspraken geen groepsvrijstellingsverordening. De verordeningen betreffende alleenverkoop, exclusieve afname en franchising gelden uitsluitend voor producten die voor wederverkoop bestemd zijn. Er bestaat geen groepsvrijstelling voor selectieve distributie, behalve voor motovoertuigen. Er bestaat evenmin een groepsvrijstelling voor diensten (met uitzondering van franchising), voor intermediaire producten of voor producten die een be- of verwerking ondergaan. Wanneer een groepsvrijstelling van toepassing is, is zij in de eerste plaats gebaseerd op een „witte lijst” van vrijgestelde clausules, met als gevolg dat voor al het overige geen vrijstelling geldt. Deze benadering beperkt de werkingssfeer van de huidige groepsvrijstellingen en leidt tot overregulering voor het bedrijfsleven. De meeste ondernemingen kunnen op het ogenblik geen beroep doen op een groepsvrijstelling en aanvaarden dus het risico om hetzij geen aanmelding te verrichten, hetzij een aanmelding te verrichten en in de meeste gevallen met een administratieve brief („comfort letter”) van de Commissie genoegen te nemen.

De Commissie wil hierin verbetering brengen door de huidige groepsvrijstellingen aanzienlijk te verruimen, zodat zij ook van toepassing zijn op diensten, intermediaire producten, producten voor wederverkoop na be- of verwerking en selectieve distributie. Zij wil ook de huidige benadering van de „witte lijst” grotendeels vervangen door een waarbij wordt uitgegaan van een „zwarte lijst”.

⁽¹⁾ Verordening (EEG) nr. 417/85 van de Commissie van 19.12.1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten (PB L 53 van 22.2.1985, blz. 1).

⁽²⁾ Verordening (EEG) nr. 418/85 van de Commissie van 19.12.1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 53 van 22.2.1985, blz. 5).

De Commissie is van oordeel dat dit de ondernemingen uiteindelijk meer rechtszekerheid zal bieden dan de huidige, enge benadering van de groepsvrijstelling komt, zal zij echter niet langer kunnen gelden zonder dat met marktmacht rekening wordt gehouden. Daarom is de Commissie voornemens in haar toekomstige groepsvrijstellingsverordening twee criteria te hanteren: de aard van de verticale afspraak en de mate van marktmacht.

4. Geen vermoeden van onwettigheid boven het marktaandeelplafond

De Commissie geeft zich er rekenschap van dat het gebruik van een marktaandeelplafond een zekere mate van rechtsonzekerheid met betrekking tot de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening voor de ondernemingen met zich zal brengen. Dit heeft zowel te maken met de moeilijkheid om markten af te bakenen en de positie van een onderneming op de relevante productmarkt en geografische markt te beoordelen, als met de onbestendigheid van de marktaandelen, die in de loop van de tijd veranderen.

Deze rechtsonzekerheid wordt echter verzacht door de volgende twee elementen:

— Het gebruik van marktaandeeldrempels creëert geen vermoeden van onwettigheid boven het marktaandeelplafond. De marktaandeeldrempel zal slechts dienen als een „veilige zone”, om de afspraken die worden vermoed wettig te zijn, van die welke een individueel onderzoek kunnen vereisen, te onderscheiden. Wat deze laatste betreft, zal de Commissie het bewijs moeten blijven leveren dat de afspraak in strijd is met artikel 85, lid 1, en moeten onderzoeken of deze aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet. Dit is normaal bij een afspraak die niet onder een groepsvrijstellingsverordening valt. Er kunnen zich boven de drempel dus drie situaties voordoen: een negatieve verklaring, een individuele vrijstelling, of een verbod „ex tunc” indien de voorwaarden van artikel 85, lid 3, niet vervuld zijn.

— De ondernemingen zullen moeten weten welk beleid de Commissie boven de drempels gaat voeren. De Commissie is dan ook voornemens richtsnoeren vast te stellen, waarin vooral de drie volgende punten dienen te worden bestreken: het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, boven het marktaandeelplafond; het beleid van de Commissie op grond van artikel 85, lid 3; en haar beleid ten aanzien van de intrekking van de groepsvrijstelling, vooral in gevallen waarin er sprake is van cumulatieve effecten. Deze richtsnoeren

moeten zo duidelijk en eenvoudig zijn dat ondernemingen in de meeste gevallen tot een eigen toetsing aan artikel 85, leden 1 en 3, in staat zijn. Het doel moet zijn de kosten van de rechtshandhaving voor het bedrijfsleven te verminderen en zoveel mogelijk te vermijden dat overeenkomsten worden aangemeld die geen ernstige concurrentieproblemen doen rijzen.

Het gebruik van marktaandeeldrempels in de groepsvrijstellingsverordening zal, in combinatie met een meer economische benadering van verticale afspraken, ertoe leiden dat minder afspraken onder toepassing van artikel 85, lid 1, vallen. Een consequente toepassing van de richtsnoeren en de publicatie van de belangrijkste beschikkingen zullen voor nog meer rechtszekerheid ten behoeve van het bedrijfsleven zorgen.

5. Herziening van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17

Wanneer een onderneming zich bij het beoordelen van haar marktaandeel vergist, moet zij niet worden gestraft omdat zij haar overeenkomst niet heeft aangemeld. Op het ogenblik kan de Commissie slechts een vrijstelling verlenen met terugwerkende kracht tot de dag van de aanmelding. Wanneer een overeenkomst in strijd is met artikel 85, lid 1, en niet is aangemeld, kan een nationale rechter bijgevolg die overeenkomst nietig verklaren op de enkele grond dat deze niet is aangemeld, ook al is aan alle voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldaan.

Om dit te verhelpen, zal een zodanige wijziging van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 noodzakelijk zijn dat voor alle verticale distributieovereenkomsten met terugwerkende kracht een vrijstelling kan worden verleend, wanneer de aanmelding op een latere datum gebeurt. Een dergelijke wijziging zal een aantal positieve gevolgen hebben:

- wanneer een onderneming zich bij het beoordelen van haar marktaandeel heeft vergist en niet onder de groepsvrijstelling valt, zal de Commissie haar met terugwerkende kracht een vrijstelling kunnen verlenen, mits van het begin af aan alle voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldaan was;
- het zal niet meer tot artificiële processen voor de nationale rechter komen, waar vaak een beroep op de mededingingsregels wordt gedaan om aan contractuele verplichtingen te ontsnappen, ook al doet zich niet echt een concurrentieprobleem voor; dit zal bijdragen tot een betere civielrechtelijke handhaving van overeenkomsten, doordat de klemtoon op de bescherming van de concurrentie zal komen te liggen, in plaats van op de bescherming van particuliere belangen die vaak niets met concurrentie te maken hebben;
- het aantal aanmeldingen die nu worden verricht om rechtszekerheid te verkrijgen, zal afnemen; ondernemingen zullen niet op voorhand een aanmelding behoeven te verrichten om voor een individuele vrijstelling in aanmerking te kunnen komen, maar zij zullen tot een eigen beoordeling op grond van artikel 85, leden 1 en 3, in staat zijn en de kosten van een aan-

melding kunnen vermijden, tenzij zij werkelijk twijfelen of artikel 85, lid 3, van toepassing is; dat een dergelijke afname van het aantal aanmeldingen zeer waarschijnlijk is, blijkt uit het feit dat die overeenkomsten welke nu reeds onder artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 vallen, normaal niet worden aangemeld. Hierdoor zal de Commissie minder energie moeten spenderen aan het op aanmeldingen gebaseerde toezicht vooraf en zal zij zich tezamen met de mededingingsautoriteiten van de lidstaten op de belangrijker zaken kunnen concentreren, wat de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsregels zal verhogen. Doel is de kosten van de rechtshandhaving voor het bedrijfsleven te verminderen en zoveel mogelijk te vermijden dat aanmeldingen worden verricht in gevallen waarin geen ernstige concurrentieproblemen aan de orde zijn.

Verder zullen ook nog de volgende elementen de rechtszekerheid ten goede komen:

- wanneer sprake is van cumulatieve effecten van netwerken van verticale afspraken, zal hierop slechts het systeem van de intrekking worden toegepast, en dit alleen voor de toekomst;
- ingeval een systeem met twee drempels wordt ingevoerd, zal op afspraken tussen KMO's het hoogste marktaandeelplafond van toepassing zijn, met dien verstande evenwel dat ook in dit geval de vrijstelling kan worden ingetrokken en „hard-core”-restricties verboden blijven;
- voor de berekening van de marktaandeeldrempels zullen de volgende regels gelden:
 - i) de toepassing van de toekomstige groepsvrijstelling zal zijn gebaseerd op de relevante markt, zoals omschreven in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de markt ⁽¹⁾;
 - ii) het marktaandeel zal zijn gebaseerd op de gegevens betreffende het voorgaande boekjaar;
 - iii) wanneer onvoldoende gegevens over de waarde van de omzet voorhanden zijn, kan het marktaandeel op basis van het omzetvolume worden berekend;
 - iv) de afspraken blijven gedurende twee jaar onder toepassing van de groepsvrijstellingsverordening vallen, mits de drempel niet met meer dan 5 % wordt overschreden;
 - v) in geval van overschrijding van de drempel, met inbegrip van de in punt iv) bedoelde stijging met

⁽¹⁾ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 3).

5 %, zal een „gratietermijn” van één jaar gelden, gedurende welke de groepsvrijstellingsverordening van toepassing blijft; de „gratietermijn” begint in het jaar dat volgt op het boekjaar waarin de drempel werd overschreden;

- meestal zal enkel het marktaandeel van de leverancier moeten worden vastgesteld, omdat het van dit marktaandeel afhangt of een afspraak al dan niet onder de groepsvrijstelling valt. In het geval van exclusieve levering kan het evenwel aangewezen zijn het marktaandeel van de afnemer de relevante indicator te laten zijn. Bovendien zal in richtsnoeren worden uiteengezet hoe de Commissie bij de analyse van afzonderlijke gevallen met de marktpositie van de afnemer rekening zal houden.

De Commissie is zich ervan bewust dat deze maatregelen niet voor absolute rechtszekerheid zullen zorgen. Een meer economische benadering is echter niet met absolute rechtszekerheid in overeenstemming te brengen. Doel van de huidige herziening is tot een nieuw evenwicht te komen tussen een meer economische benadering en een redelijke mate van rechtszekerheid. Deze nieuwe benadering komt uiteindelijk ten goede aan kleinere marktdeelnemers zonder marktmacht, die het overgrote deel van de ondernemingen uitmaken. Zij zal ook ten goede komen aan grotere ondernemingen die werkzaam zijn op markten waar concurrentie heerst. Ondernemingen met aanzienlijke marktmacht die zich van concurrentie beperkende verticale afspraken bedienen, zullen echter aan een strengere toezicht worden onderworpen, hetgeen bevorderlijk zal zijn voor de concurrentie en in het voordeel van hun concurrenten en uiteindelijk in dat van de consument zal uitwerken.

6. Grotere decentralisatie

De huidige groepsvrijstellingsverordeningen laten zeer weinig ruimte voor een decentrale toepassing van de communautaire mededingingsregels. Wanneer een onderneming haar overeenkomst in overeenstemming met de groepsvrijstellingsverordeningen opstelt, kan het niet tot toepassing van artikel 85, lid 2, door de nationale mededingingsautoriteiten of de nationale rechterlijke instanties komen, omdat alle ondernemingen tot een marktaandeel van 100 % onder die verordeningen vallen en alleen de Commissie bevoegd is het voordeel van de groepsvrijstellingen te ontzeggen. Zolang de huidige groepsvrijstellingsverordeningen van kracht blijven, is dus het enige wat derden kunnen ondernemen het indienen van een klacht bij de Commissie.

De voorgestelde nieuwe groepsvrijstellingsverordening zal de weg openen voor een decentrale toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties boven de in die verordening vastgestelde marktaan-

deeldrempel(s). Bovendien wordt voorgesteld de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid toe te kennen om het voordeel van de groepsvrijstelling op hun grondgebied te ontzeggen, indien niet langer aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, is voldaan.

De Commissie zal nauw met de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties samenwerken om hen voor de veelvuldiger wordende toepassing van artikel 85 bij te staan. Deze samenwerking gebeurt reeds in de praktijk sinds de Commissie haar mededeling betreffende de samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten⁽¹⁾ en haar bekendmaking betreffende de samenwerking met de nationale rechterlijke instanties⁽²⁾ heeft aangenomen.

HOOFDSTUK V — BELEIDSVOORSTEL

1. Verschillende opties

Tijdens het overleg over het Groenboek werden in hoofdstuk II beschreven beleidsopties (zie i.h.b. de tabel in hoofdstuk II.1) gezien. De meeste zijn niet acceptabel, omdat zij de drie grote tekortkomingen van het huidige beleid niet zouden verhelpen: op de vorm gebaseerde regulering met een verstikkend effect, veronachtzaming van de marktmacht en te enge groepsvrijstellingen. Bij optie I in het Groenboek blijven al deze tekortkomingen bestaan. Bij de opties II en IV-I vermindert het verstikkend effect maar wordt de marktmacht nog meer veronachtzaamd. Bij een algemene groepsvrijstelling zonder marktaandeedrempels wordt de veronachtzaming van de marktmacht tot het uiterste gedreven. Bij de opties III en IV-II wordt wel degelijk rekening gehouden met de marktmacht, maar het blijft te zeer een systeem van enge groepsvrijstellingen die verstikkend werken.

Twee andere opties, die fundamenteel verschillen van die welke hieronder wordt voorgesteld, zouden de belangrijkste tekortkomingen van het huidige beleid niet oplossen. De eerste, welke op een enkele „zwarte lijst”-groepsvrijstelling zonder marktaandeedrempels berust, zou voorlopige geldigheid verschaffen aan verticale afspraken, slechts onderworpen aan een intrekking met werking voor de toekomst. Deze oplossing zou tot gevolg hebben dat de preventieve werking, welke inherent is aan het in artikel 85 voorziene systeem en gestoeld is

⁽¹⁾ Mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de behandeling van onder de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag vallende zaken (PB C 313 van 15.10.1997, blz. 3).

⁽²⁾ Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB C 39 van 13.2.1993, blz. 6).

op de nietigheid „ex tunc” van concurrentiebeperkende praktijken, wegvalt. Er dient aan herinnerd te worden dat een dergelijke preventieve werking een fundamentele rol speelt bij het waarborgen dat de ondernemingen een en ander daadwerkelijk naleven en uiteindelijk, bij het waarborgen van gezonde concurrentievoorwaarden. De tweede optie die niet acceptabel is, bestaat erin uit te gaan van het vermoeden dat verticale afspraken (met uitzondering van „hard-core”-restricties) over het algemeen niet concurrentiebeperkend zijn en dus onder een brede verordening kunnen vallen volgens welke automatisch een negatieve verklaring geldt, die met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken indien de afspraak tot concurrentievervalsing leidt zonder dat compenserende efficiency-effecten optreden. Een dergelijk algemeen positief vermoeden vindt geen steun in de economische leer, noch in de ervaring op het gebied van de handhaving van de mededingingsregels. Verder zou dit resulteren in meer rechtsonzekerheid voor het bedrijfsleven. In feite, aangezien er geen marktaandeeldrempels zouden zijn die een „veilige zone” zouden creëren, zouden zowel de nationale rechterlijke instanties en de nationale mededingingsautoriteiten als de Commissie bij eender welk niveau van marktmacht aan de negatieve verklaring met terugwerkende kracht haar werking kunnen ontnemen.

2. Voorgesteld nieuw beleid

Zoals in de inleiding uiteengezet, moet het toekomstige beleid de drie grote tekortkomingen van het huidige beleid verhelpen. Het nieuwe beleid moet eerst en vooral de concurrentie en de marktintegratie beschermen. Voorts moet het ten behoeve van het bedrijfsleven voor een redelijke mate van rechtszekerheid zorgen, ertoe leiden dat de kosten van de rechtshandhaving voor het bedrijfsleven en voor de mededingingsautoriteiten aanvaardbaar zijn, en moet het de decentralisatie bevorderen.

Om de genoemde tekortkomingen te verhelpen en een juist evenwicht tussen de genoemde doelstellingen tot stand te brengen, is een grondige beleidswijziging noodzakelijk. De belangrijkste kenmerken van het voorgestelde beleid zijn:

- De basis is één zeer ruime groepsvrijstellingsverordening die van toepassing is op alle verticale afspraken die op intermediaire en op eindproducten alsmede op diensten betrekking hebben, met uitzondering van een beperkt aantal „hard-core”-restricties. Hierdoor wordt het nadeel van te enge groepsvrijstellingen weggenomen.
- In beginsel wordt uitgegaan van een „zwarte lijst”, d.w.z. van een definitie van datgene waarvoor de vrijstelling niet geldt, veeleer dan van een definitie van datgene waarvoor zij wél geldt. Dit neemt het verstikkend effect weg.
- Gebruik wordt gemaakt van marktaandeelplafonds om de vrijstelling aan de marktmacht te koppelen. Of één dan wel twee marktaandeeldrempels moeten worden gehanteerd, is nog niet uitgemaakt. Een systeem met één drempel biedt het voordeel dat het duidelijk en eenvoudig is⁽¹⁾. Een systeem met twee drempels biedt de mogelijkheid een economisch verantwoorde gradatie in de behandeling van verticale afspraken aan te brengen en op die manier rekening te houden met de verschillen tussen de concurrentiebeperkende effecten die zij waarschijnlijk zullen hebben. Beneden die drempels wordt aangenomen dat verticale afspraken geen significant netto negatief effect hebben. Dit betekent dat de afspraken hetzij niet onder toepassing van artikel 85, lid 1, vallen, hetzij, wanneer zij wél onder toepassing van artikel 85, lid 1, vallen, met uitzondering van de „hard-core”-restricties voor de groepsvrijstelling in aanmerking kunnen komen. Bij de „hard-core”-restricties gaat het voornamelijk om prijsbinding en restricties op wederverkoop, die vanwege de nagestreefde marktintegratie worden geacht niet voor een groepsvrijstelling in aanmerking te kunnen komen.
- In het geval van een systeem met één marktaandeeldrempel zou die drempel tussen 25 en 35 % liggen, duidelijk beneden hetgeen gewoonlijk wordt beschouwd als het niveau waarop er sprake is van een machtspositie. In het geval van een systeem met twee drempels zou het eerste en belangrijkste marktaandeelplafond rond 20 % liggen. Boven de drempel van 20 % is er ruimte voor vrijstelling van bepaalde verticale afspraken tot een hoger niveau van rond 40 %. Door een dergelijke benadering op basis van (een) marktaandeeldrempel(s) wordt het bezwaar van veronachtzaming van de marktmacht verholpen. Bovendien zal in het overgrote deel van de gevallen, waarschijnlijk 80 tot 90 %, de aanmelding wegvallen, zodat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zich op de belangrijke zaken zullen kunnen concentreren.
- Door de nieuwe benadering zal een „veilige zone” ontstaan, in die zin dat afspraken die worden vermoed wettig te zijn, worden onderscheiden van die welke een individueel onderzoek kunnen vereisen. Verticale afspraken die buiten de „veilige zone” vallen, worden niet vermoed onwettig te zijn, maar kunnen aanleiding geven tot een individueel onderzoek. Bij afspraken die buiten de groepsvrijstelling vallen, zal de Commissie het bewijs moeten blijven leveren dat de afspraak in strijd is met artikel 85, lid 1, en moeten blijven leveren dat de afspraak in strijd is met

⁽¹⁾ Tijdens het overleg over dit document heeft een meerderheid van de lidstaten zich voorstander verklaard van een systeem met één drempel.

artikel 85, lid 1, en moeten onderzoeken of deze aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldoet. Dit is normaal bij een afspraak die niet onder een groepsvrijstellingsverordening valt. Boven de drempel kunnen zich drie situaties voordoen: een negatieve verklaring, een individuele vrijstelling, of een verbod indien de voorwaarden van artikel 85, lid 3, niet vervuld zijn. In het kader van het voorgestelde beleid zullen richtsnoeren worden vastgesteld waarin het beleid van de Commissie zal worden uiteengezet ten aanzien van individuele negatieve verklaringen, vrijstellingen of verbodsbeschikkingen boven de marktaandeeldrempels en ten aanzien van de mogelijke in-trekking van de groepsvrijstelling beneden de drempels.

- Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, zal een aantal begeleidende maatregelen worden getroffen. De belangrijkste hiervan is dat artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 tot alle verticale distributieovereenkomsten zal worden uitgebreid⁽¹⁾. Tezamen met de overige elementen van het voorstel, namelijk dat de nieuwe, zeer ruime groepsvrijstelling van toepassing zal zijn op vele afspraken die thans niet onder een groepsvrijstelling vallen, de mogelijke gradatie van de vrijstelling en de richtsnoeren, zal dit de rechtszekerheid ten behoeve van het bedrijfsleven verhogen.
- Het nieuwe beleid zal verenigbaar zijn met een grotere decentralisatie. De nationale rechterlijke instanties en de nationale mededingingsautoriteiten zullen de groepsvrijstelling en, met behulp van de richtsnoeren, artikel 85, lid 1, boven de marktaandeeldrempels kunnen toepassen. Bovendien zal, wanneer artikel 85, lid 1 niet van toepassing is omdat de handel tussen lidstaten of de mededinging niet in merkbare mate wordt beïnvloed, de groepsvrijstelling niet gelden. Voorts wordt voorgesteld de nationale mededingingsautoriteiten op grond van duidelijk omschreven criteria de bevoegdheid te verlenen om met betrekking tot hun grondgebied de groepsvrijstelling in te trekken.

Deze meer economische benadering berust op het ten behoeve van het Groenboek verrichte onderzoek, een zorgvuldige analyse van alle ontvangen opmerkingen over het Groenboek, de ervaring van de Commissie op het gebied van verticale afspraken, de uitspraken van de communautaire rechterlijke instanties en een studie van de relevante economische en rechtsliteratuur.

⁽¹⁾ Tezamen met deze mededeling wordt een ontwerp van de desbetreffende verordening van de Raad ingediend.

3. Specifieke opmerkingen

In verband met het voorgestelde nieuwe beleid kunnen de volgende specifieke opmerkingen worden gemaakt:

- Het voorstel zal een lijst bevatten van „hard-core”-restricties die steeds buiten de groepsvrijstelling vallen. Afspraken betreffende de oplegging van minimumprijzen of vaste prijzen aan de wederverkoper en afspraken die absolute gebiedsbescherming waarborgen, zullen in elk geval in deze lijst worden opgenomen. Voorts is de Commissie voornemens de mogelijkheid van arbitrage door intermediaire en eindafnemers in ruimere mate te vrijwaren en te dien einde meer in het algemeen restricties op wederverkoop op de „zwarte lijst” te plaatsen, voorzover die restricties voortvloeien uit factoren waarop de partijen vat hebben. Zo zullen de volgende restricties als „hard-core”-restricties buiten de groepsvrijstelling vallen:

1. het opleggen van vaste wederverkooprijzen
2. het opleggen van maximumwederverkooprijzen of het richten van prijsaanbevelingen tot de wederverkoper, indien, als gevolg van druk uitgeoefend door één van de partijen uitgeoefende druk, dit in de praktijk tot vaste wederverkooprijzen of minimumwederverkooprijzen leidt;
3. het verhinderen of bekerpen van actieve of passieve wederverkoop aan, of van invoer of uitvoer bestemd voor, eind- of andere afnemers, met uitzondering van a) het beperken van actieve verkoop in het gebied van een andere alleenverkoper, b) in het geval van klantenexclusiviteit, het beperken van actieve verkoop aan de klanten die aan een andere distributeur zijn toegewezen, c) in het geval van een selectief distributiestelsel, het beperken van verkoop door erkende distributeurs aan niet-erkende distributeurs, en d) het beperken van verkoop, door de afnemer van intermediaire producten of diensten, van deze producten of diensten aan andere directe of indirecte afnemers van de leverancier;
4. het verhinderen of beperken van kruiselingse leveringen tussen distributeurs in dezelfde distributiefase of in verschillende distributiefasen binnen een alleenverkoopstelsel of een selectief distributiestelsel of tussen distributeurs die tot deze verschillende stelsels behoren, d.w.z. alleenverkoop of selectieve distributie gecombineerd met exclusieve afname;
5. het combineren, in dezelfde distributiefase, van selectieve distributie en alleenverkoop, indien dit gepaard gaat met het verbieden of beperken van actieve verkoop;
6. het combineren, in dezelfde distributiefase, van selectieve distributie en klantenexclusiviteit;

7. het aanvaarden, door de leverancier van een intermediair product, van de verplichting om hetzelfde product niet op de onafhankelijke vervangingsmarkt voor herstellings- of vervangingsdoeleinden te verkopen.
- Ingeval voor een systeem met één drempel wordt gekozen, vallen alle verticale afspraken die niet tot de categorie van de „hard-core”-restricties behoren, beneden deze drempel onder de groepsvrijstelling.
 - Ingeval voor een systeem met twee drempels wordt gekozen, geldt voor de verticale afspraken die niet tot de categorie van de „hard-core”-restricties behoren, waaronder die welke het meest ingrijpend zijn, de eerste en belangrijkste marktaandeeldrempel—van 20 %. Het betreft hier onder meer de afspraken die tot een vorm van exclusiviteit leiden, zoals exclusieve levering, klantenexclusiviteit en concurrentieverbod. Zoals in hoofdstuk III uiteengezet, zijn bij exclusieve verticale afspraken belangrijke concurrentie beperkende effecten over het algemeen waarschijnlijker dan bij niet-exclusieve afspraken, terwijl deze laatste vaak dezelfde efficiency-effecten opleveren. In zoverre selectieve distributie onder toepassing van artikel 85, lid 1, valt, geldt ook daarvoor deze drempel, omdat hier een groot risico van vermindering van zowel de „intrabrand” — als de „interbrand”-concurrentie bestaat. Koppelverkoop valt eveneens onder deze drempel. De eerste drempel is van toepassing op alle mogelijke verticale afspraken en combinaties van combinaties van verticale afspraken, tenzij anders aangegeven.
 - Nog steeds in de veronderstelling dat voor een systeem met twee drempels wordt gekozen, zal de tweede drempel van 40 % gelden voor verticale afspraken die volgens de economische leer of op grond van de in het verleden opgedane ervaring tot minder ernstige concurrentie beperkingen leiden. Hiertoe behoren in de eerste plaats niet-exclusieve afspraken zoals het opleggen van afname- of leveringsquota. Omdat deze ruimte laten om met anderen zaken te doen, zijn zij minder ingrijpend dan hun exclusieve tegenhangers. Twee soorten exclusieve afspraken vallen eveneens onder deze drempel: 1) alleenverkoop, omdat de „interbrand”-concurrentie niet direct wordt geschaad en er vaak efficiency-effecten optreden, en 2) exclusieve afname, omdat dit niet tot marktafsluiting, noch direct tot een vermindering van de „interbrand”-concurrentie leidt. Tenslotte zal deze drempel ook voor afspraken tussen KMO's gelden.
 - Voorgesteld wordt aan concurrentieverboden een tijdslimiet te stellen, omdat deze in ernstige mate tot marktafsluiting kunnen leiden. De Commissie overweegt ook aan exclusieve afname, gecombineerd met de oplegging van afnamequota, een tijdslimiet te stellen. Voorts denkt de Commissie eraan de tijdslimieten niet te laten gelden in die bijzondere gevallen waarin de leverancier eigenaar is van de bedrijfsruimte van de afnemer of in vergelijkbare situaties. In de richtsnoeren zal rekening worden gehouden met de speciale verhouding tussen lange termijn investeringen en tijdslimieten.
 - Van een aantal verticale afspraken wordt over het algemeen aangenomen of zal in de toekomst over het algemeen worden aangenomen dat zij buiten het toepassingsgebied van artikel 85 vallen. Hiertoe behoren kwalitatieve selectieve distributie en de oplegging van serviceverplichtingen, alsook het opleggen van maximumprijzen en het doen van prijsaanbevelingen, dit laatste mits het niet op het opleggen van vaste prijzen neerkomt.
 - Zoals aan het einde van hoofdstuk III vermeld, worden de mogelijke negatieve effecten van verticale afspraken versterkt wanneer een aantal leveranciers en hun afnemers een bepaalde verticale afspraak toepassen. Deze cumulatieve effecten kunnen in een aantal sectoren een probleem vormen. Om de effecten van een dergelijke cumulatie van verticale afspraken juist te kunnen beoordelen, moet een sector in zijn geheel worden gezien. Doorgaans kan dergelijke informatie over een gehele sector, die voor individuele ondernemingen niet gemakkelijk verkrijgbaar is, enkel door een mededingingsautoriteiten worden verzameld. Het lijkt ook billijk alle ondernemingen op dezelfde wijze te behandelen, indien zij in aanzienlijke mate aan het totale effect bijdragen. Dergelijke gevallen waarin een cumulatief effect optreedt, en waarin de individuele leveranciers onder de groepsvrijstelling vallen, zullen worden aangepakt door die vrijstelling voor de toekomst in te trekken. Voorgesteld wordt dat behalve de Commissie ook de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd zullen zijn de groepsvrijstelling in te trekken.
- De Commissie zal aangeven wanneer intrekking onwaarschijnlijk is en wanneer deze waarschijnlijk is. Voorgesteld wordt dat intrekking onwaarschijnlijk zal zijn wanneer de door soortgelijke afspraken veroorzaakte marktafsluiting niet een bepaalde omvang bereikt, en ook wanneer het marktaandeel van de individuele onderneming beneden een bepaald niveau ligt.
- Uit ervaring van de Commissie blijkt dat de mogelijk negatieve uitkomst als gevolg van het cumulatieve effect van hetzelfde type verticale afspraken juist op het terrein van selectieve distributie ligt. Om aan dit probleem iets te doen wordt voorgesteld dat de groepsvrijstelling buiten toepassing verklaard kan worden voor ondernemingen die een selectief distributiesysteem hanteren op een markt waarin meer dan $\frac{2}{3}$ van de totale verkoop over parallelle netwerken van selectieve distributie wordt geleid. Aangezien de betrokken ondernemingen waarschijnlijk niet over dergelijke sectorbrede informatie beschikken, wordt

voorgesteld deze voorwaarde niet automatisch te laten gelden. De toekomstige groepsvrijstellingsverordening zou erin voorzien dat Commissie, op eigen initiatief, zou vaststellen dat met betrekking tot een specifieke markt aan de bovengenoemde voorwaarde werd voldaan en een overgangperiode zou bepalen na afloop waarvan de groepsvrijstelling op selectieve distributieovereenkomsten met betrekking tot die markt niet langer van toepassing zou zijn. Een dergelijke overgangperiode zou niet korter dienen te zijn dan zes maanden. De Commissie zal een dergelijke beschikking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekend maken.

- Gekozen werd één ruime groepsvrijstellingsverordening voor te stellen, in plaats van verschillende verordeningen voor specifieke vormen van verticale afspraken of voor bepaalde sectoren. In zoverre verschillende vormen van verticale afspraken dezelfde effecten hebben, worden zij dus ook op dezelfde wijze behandeld; er wordt geen ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt tussen vormen of sectoren. Hierdoor wordt in de mate van het mogelijke vermeden dat ondernemingen door het beleid bij de keuze van hun distributiefomules oneigenlijk worden beïnvloed. De keuze van de onderneming moet op commerciële overwegingen berusten, en niet op ongerechtvaardigde verschillen ten aanzien van de mogelijkheid om voor een vrijstelling in aanmerking te komen. Dit heeft een aantal consequenties, waarop in de volgende punten wordt ingegaan.
- Voorgesteld wordt selectieve distributie onder de nieuwe groepsvrijstellingsverordening te doen vallen. Ervoor werd zorg gedragen zo dicht mogelijk bij het huidige beleid te blijven, zoals dit in eerdere beschikkingen van de Commissie en in uitspraken van de communautaire rechterlijke instanties is vastgelegd. Dit impliceert dat de leverancier, om onder de groepsvrijstelling te vallen, niet a priori bepaalde distributievormen mag uitsluiten en slechts selectieve distributie mag toepassen op voorwaarde dat de aard van het product of de dienst een dergelijke distributievorm vereist en dat de selectiecriteria objectief en op niet discriminerende wijze worden toegepast. De leverancier mag evenmin bepalen welke concurrerende merken door zijn erkende distributeur mogen worden verkocht.
- Verticale overeenkomsten betreffende de vervaardiging van producten, vooral wanneer dit gepaard gaat met het gebruik van knowhow of van octrooien, vallen niet onder de toekomstige groepsvrijstellingsverordening. Licentieovereenkomsten als bedoeld in Verordening (EG) nr. 240/96⁽¹⁾ betreffende de overdracht van technologie zullen eveneens buiten het toepas-

singsgebied van de nieuwe verordening vallen. Hetzelfde geldt voor toeleveringsovereenkomsten als bedoeld in de desbetreffende bekendmaking van 1979⁽²⁾. De nieuwe groepsvrijstellingsverordening zal echter wél van toepassing zijn op verticale overeenkomsten betreffende de levering van producten die worden vervaardigd volgens de door de afnemer aan de leverancier verstrekte specificaties maar zonder dat daarbij van knowhow of van octrooirechten van de afnemer gebruik wordt gemaakt.

- Wat verticale overeenkomsten betreffende de distributie of de levering van producten of diensten betreft, wordt voorgesteld dat de nieuwe groepsvrijstellingsverordening van toepassing is op intellectuele eigendomsrechten, voorzover deze geen betrekking hebben op de vervaardiging van producten en mits 1) zij onmisbaar zijn voor of complementair zijn aan de overeenkomsten die zijn vrijgesteld, en 2) daaraan geen verplichtingen verbonden zijn die de mededinging meer beperken dan de verticale afspraken waarvoor op grond van de nieuwe verordening een vrijstelling geldt. Dit heeft betrekking op beperkingen aan het gebruik en de toepassing van intellectuele eigendomsrechten in de context van verticale overeenkomsten die onder de toekomstige groepsvrijstellingsverordening vallen.
- Overeenkomsten waarbij de afnemer van software deze aan de eindgebruiker doorverkoopt zonder dat hij daarop het auteursrecht verkrijgt, worden voor de toepassing van de nieuwe groepsvrijstellingsverordening beschouwd als overeenkomsten betreffende de levering van voor wederverkoop bestemde producten. Voor het overige zal over de behandeling van softwareovereenkomsten nog verder moeten worden nagedacht.
- Franchising valt onder de nieuwe groepsvrijstellingsverordening, maar zal op grond daarvan geen voorkeusbehandeling genieten, omdat het om een combinatie van verticale afspraken gaat. Franchising bestaat meestal in een combinatie van selectieve distributie met een concurrentieverbod. Soms komen daar nog andere elementen bij, zoals een clause inzake een vaste vestigingsplaats of de toewijzing van een exclusief verkoopgebied. Deze combinaties zullen worden behandeld overeenkomstig de algemene criteria die in de nieuwe verordening zullen worden vastgesteld.

Bij bepaalde distributievormen, waaronder franchising, brengen het in licentie geven van intellectuele eigendomsrechten mede. Bij franchising is de over-

⁽¹⁾ Verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie van 31.1.1996 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten betreffende technologieoverdracht (PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2).

⁽²⁾ Bekendmaking betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2).

dracht van intellectuele eigendomsrechten een wezenlijk bestanddeel van deze distributiefomule, waarmee wordt beoogd de commerciële methoden van de franchisenemer zoveel mogelijk met die van de franchisegever in overeenstemming te brengen. Bij dit in licentie geven kunnen restricties worden opgelegd die noodzakelijk zijn voor, of complementair zijn aan, de verticale restricties op de verkoop van producten of diensten. Terwijl verticale afspraken betreffende de producten belangrijk zijn uit een oogpunt van concurrentie en ertoe kunnen leiden dat een franchiseovereenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, valt, moeten deze noodzakelijke of complementaire afspraken worden onderzocht in het licht van de noodzaak om de verstrekte know-how te beschermen of de identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden⁽¹⁾.

- De groepsvrijstellingsverordening zal niet gelden voor verticale afspraken tussen huidige of potentiële concurrenten, met uitzondering van niet-wederkerige overeenkomsten waarbij geen van de partijen een jaaromzet heeft van meer dan 100 miljoen ECU.
- Voorts wordt voorgesteld dat de nieuwe groepsvrijstellingsverordening van toepassing is op de verticale afspraken van verenigingen van onafhankelijke detailhandelaren, voor zover de individuele leden van de vereniging kleine of middelgrote ondernemingen zijn, zoals gedefinieerd in de bijlage bij Aanbeveling 96/280/EG van de Commissie. In het geval van een systeem met twee drempels zullen deze afspraken onder de laagste drempel vallen. Hier wordt gedacht aan detailhandelaren die zich verenigen om volgens een gemeenschappelijke formule aan eindgebruikers te verkopen. Erkend wordt dat dergelijke verenigingen horizontale aspecten vertonen, en zij zullen slechts onder de groepsvrijstelling vallen op voorwaarde dat die horizontale aspecten niet in strijd zijn met artikel 85.
- Omwille van de samenhang en eenheid van het beleid wordt voorgesteld geen bijzondere voorschriften voor de sectoren bier en benzine behouden⁽²⁾. Er bestaan onvoldoende economische of juridische redenen om voor deze sectoren een speciale regeling te behouden. In zoverre een branchespecifieke behandeling verantwoord is, zal daarmee in de richtsnoeren rekening worden gehouden.
- Voorgesteld wordt geen toepassing te maken van de scheidbaarheidsregel, maar de vrijstelling slechts te laten gelden indien de afspraak aan alle voorwaarden van de nieuwe verordening voldoet.

⁽¹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 28.1.1986 in zaak 161/84, *Pronuptia/Schilligalis*, Jurispr. 1986, blz. 353, rechts-overwegingen 23 en 24.

⁽²⁾ De groepsvrijstellingsverordening voor de motorvoertuigendistributie, die in 2002 verstrijkt, valt buiten het bestek van het huidige voorstel.

- Er zal in een overgangperiode voor de aanpassing van bestaande afspraken aan de nieuwe groepsvrijstellingsverordening worden voorzien, maar de duur hiervan moet nog worden vastgesteld.

4. Conclusies

Het voorgestelde nieuwe beleid zal voor een doeltreffender bescherming van de concurrentie zorgen, doordat de mededingingsautoriteiten zich op die gevallen zullen kunnen toeleppen waarin van marktmacht sprake is. Het verstikkend effect van de huidige regelgeving zal verdwijnen en de kosten van de rechtshandhaving zullen voor het bedrijfsleven lager uitvallen. Dit alles zal, zoals de verhoging van de rechtszekerheid, vooral de kleinere marktdeelnemers ten goede komen.

Het nieuwe beleid rust op vier pijlers:

- één algemene, brede groepsvrijstellingsverordening die zowel op producten als op diensten van toepassing is, met (een) marktaandreedrempel(s) en gebaseerd op een „zwarte lijst”;
- richtsnoeren waarin wordt uiteengezet welk beleid zal worden gevoerd boven de drempels en ten aanzien van de mogelijke intrekking van de groepsvrijstelling;
- aanpassing van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 om het aantal aanmeldingen te verminderen, een einde te maken aan artificiële processen voor de nationale rechter en de civielrechtelijke handhaving van overeenkomsten te verbeteren;
- een grotere rol voor de nationale mededingingsautoriteiten en voor de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van artikel 85, lid 1, boven de marktaandreedrempels en bij de intrekking van de groepsvrijstelling beneden die drempels.

HOOFDSTUK VI — PROCEDURE

1. Wijziging van de regelgeving

De tenuitvoerlegging van het in hoofdstuk V beschreven beleidsvoorstel zal drie nieuwe verordeningen vergen, namelijk twee wijzigingsverordeningen van de Raad, waarvan de ene de bevoegdheden van de Commissie op grond van Verordening nr. 19/65/EEG⁽³⁾ uitbreidt en de andere artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 van 6 februari 1962 wijzigt, en voorts een groepsvrijstellingsverordening van de Commissie die van toepassing zal zijn op alle verticale afspraken in nagenoeg alle distributiesectoren.

⁽³⁾ PB 36 van 6.3.1965, blz. 533/65.

De eerste wijzigingsverordening van de Raad is noodzakelijk om de Commissie de bevoegdheid te verlenen door middel van een groepsvrijstellingsverordening artikel 85, lid 1, buiten toepassing te verklaren voor bepaalde groepen verticale afspraken tussen economische subjecten. De huidige machtigingsverordening geldt immers slechts voor een beperkt aantal verticale afspraken, namelijk alleenverkoop van producten met het oog op wederverkoop, exclusieve afname van producten met het oog op wederverkoop, exclusieve leverings- en afnameverplichtingen met het oog op wederverkoop en beperkingen die worden opgelegd in verband met de verkrijging of het gebruik van rechten van industriële eigendom. Zij geldt ook slechts voor overeenkomsten tussen twee partijen.

De tweede wijzigingsverordening van de Raad betreft de wijziging van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Deze wijziging is noodzakelijk, omdat volgens de huidige regels een vrijstelling niet eerder van kracht kan worden dan op de dag van de aanmelding. De Commissie wil hierin verandering brengen, omdat onder het nieuwe, op een meer economische grondslag berustende stelsel met marktaandeeldrempels ondernemingen zich misschien bij de beoordeling van hun marktpositie zullen vergissen, en zij daarvoor niet mogen worden gestraft. In hoofdstuk IV, afdeling 5, van dit beleidsdocument worden een aantal maatregelen beschreven die noodzakelijk zijn om ten behoeve van de economische subjecten voor een redelijke mate van rechtszekerheid te zorgen. De voorgestelde wijziging van artikel 4, lid 2, van Verordening nr. 17 is de voornaamste van die maatregelen. Volgens Verordening nr. 17 in haar huidige versie is namelijk, op enkele beperkte uitzonderingen na, de vroegste datum waarop een individuele vrijstelling van kracht kan worden, die van de aanmelding en niet die van de sluiting van de overeenkomst. Dit heeft tot gevolg dat vele verticale overeenkomsten die onder artikel 85, lid 1, vallen, hoewel zij aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, voldoen, ingevolge artikel 85, lid 2, van rechtswege nietig zijn totdat zij bij de Commissie worden aangemeld. Dat dergelijke overeenkomsten in afwachting van de aanmelding van rechtswege nietig zijn, heeft twee negatieve gevolgen. Ten eerste leidt het tot een nodeloos hoog aantal aanmeldingen, en ten tweede brengt het mee dat soms een beroep op de mededingingsregels wordt gedaan als manoeuvre om de handhaving van overeenkomsten te verhinderen, terwijl zij eigenlijk zouden moeten dienen om concurrentieproblemen te verhelpen. Het ontwerp van wijzigingsbepaling strekt ertoe de Commissie de mogelijkheid te geven met terugwerkende kracht een vrijstelling te verlenen, wanneer de aanmelding op een latere datum gebeurt. Het praktische gevolg van deze wijziging van de regelgeving is dat ondernemingen niet langer louter omwille van de rechtszekerheid verticale afspraken zullen moeten aanmelden waartegen volgens hen uit een oogpunt van concurrentie geen bezwaar kan bestaan. Ondernemingen zullen integendeel meer waarde hechten aan hun eigen analyse van de economische effecten van de betrokken verticale afspraken, in de

wetenschap dat, mocht het later tot een proces komen, zij nog altijd een verzoek om een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, kunnen indienen.

De huidige groepsvrijstellingsverordeningen van de Commissie op het gebied van de distributie, die op Verordening nr. 19/65/EEG van de Raad gebaseerd zijn, hebben enkel betrekking op alleenverkoop⁽¹⁾, exclusieve afname⁽²⁾, franchising⁽³⁾ en de distributie van motorvoertuigen⁽⁴⁾. Deze verordeningen, met uitzondering van die betreffende de distributie van motorvoertuigen, die buiten het bestek van de huidige herziening valt, kunnen niet op bevredigende wijze zodanig worden aangepast dat zij voor de in deze mededeling voorgestelde beleidswijziging zorgen. Daarom zal, onder voorbehoud van de vaststelling van de twee bovenbeschreven verordeningen van de Raad, een nieuwe verordening van de Commissie worden voorgesteld. Deze verordening zal van toepassing zijn op alle verticale afspraken in alle distributiesectoren, met uitzondering van de distributie van motorvoertuigen, en onder meer op selectieve distributie, op diensten, op intermediaire producten en op overeenkomsten tussen meer dan twee partijen die elk in verschillende fasen van de distributieketen werkzaam zijn. Nu er een nieuwe verordening komt, zal de „de minimis”-bekendmaking misschien moeten worden herzien.

2. Verloop van de procedure en tijdschema

De eerste stap in de procedure zal de vaststelling van de twee nieuwe verordeningen van de Raad zijn. Eerst nadat dat is geschied, kan een aanvang worden gemaakt met de werkzaamheden die tot de vaststelling door de Commissie van een nieuwe groepsvrijstellingsverordening en van richtsnoeren op het gebied van verticale afspraken moeten leiden. De Commissie zal deze twee tezamen voor overleg aan de lidstaten, het bedrijfsleven en andere belanghebbenden voorleggen. Eén en ander in aanmerking genomen, wordt verwacht dat alle wijzigingen van de regelgeving die noodzakelijk zijn om het in deze mededeling beschreven ten uitvoer te leggen, tegen het jaar 2000 verwezenlijkt zullen zijn.

(1) Verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22.6.1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB L 173 van 30.6.1983, blz. 1).

(2) Verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22.6.1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve-alleenverkoopovereenkomsten (PB L 173 van 30.6.1983, blz. 5).

(3) Verordening (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie van 30.11.1988 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen franchiseovereenkomsten (PB L 359 van 28.12.1988, blz. 46).

(4) Verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie van 28.6.1995 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB L 145 van 29.6.1995, blz. 25).