

Artikel

Herziening van de Groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten: relevantie voor distributieovereenkomsten

Mr. B. de Rijke en mr. L.E. de Vries*

1. Inleiding

De marktrealiteit is de laatste decennia aan flinke verandering onderhevig geweest. Een razendsnelle opkomst van online winkelen – nog groter dan voorzien in het eerste decennium van deze eeuw – leidt tot nieuwe mogelijkheden en nieuwe uitdagingen. Noodzakelijkerwijs heeft dit ertoe geleid dat ondernemingen behoefte hebben aan flexibelere distributiemodellen waarin online handel en fysieke winkels naast elkaar bestaan en verschillende rollen spelen. Toezichthouders en wetgevers staan voor de uitdaging om in deze steeds veranderende marktomgeving voor duidelijke en toekomstbestendige regelgeving te zorgen – zo ook op het gebied van mededinging.

Tegen die achtergrond heeft de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie) op 10 mei 2022 de herziene Groepsvrijstellingsverordening voor verticale overeenkomsten¹ (GVO) en de herziene Richtsnoeren inzake

verticale beperkingen² (kortweg de Richtsnoeren) gepubliceerd. Deze herziene documenten vervangen de GVO³ en Richtsnoeren⁴ uit 2010 en introduceren een aantal belangrijke wijzigingen voor alle verticale overeenkomsten, waaronder distributieovereenkomsten. Op sommige vlakken vormt dit een flexibilisering, terwijl op andere vlakken de Commissie de riemen juist strakker aantrekt.

In dit artikel gaan wij in op de belangrijkste wijzigingen en duiden wij wat de gevolgen hiervoor zijn voor het opstellen van distributieovereenkomsten. Dit gaat allereerst om wijzigingen ten aanzien van distributiestelsels: waar het systeem van exclusieve en selectieve distributiestelsels wordt geflexibiliseerd, kijkt de Commissie juist kritischer naar sommige aspecten van duale distributiestelsels. Ten tweede zullen we kijken naar wijzigingen ten aanzien van online verkopen: het is leveranciers toegestaan om maatregelen te nemen die verkoop via het internet aan bepaalde vereisten verbinden of die een verschil maken tussen online en offline verkoop, maar dit mag niet leiden tot een feitelijke verhindering van de distributeur om effectief de goederen via het internet te verkopen. Ten slotte kijken we naar enkele andere onderwerpen waar de Commissie wijzi-

39

* Mr. B. de Rijke is partner en advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam en Brussel. Mr. L.E. de Vries is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek in Amsterdam.

1 Verordening 2022/720 van de Commissie van 10 mei 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (de GVO), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0720&from=EN>, laatst geraadpleegd op 16 februari 2023.

2 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2022/C 248/01) (de Richtsnoeren), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC0630(01)&from=NL), laatst geraadpleegd op 16 februari 2023.

3 Verordening 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

4 Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01).

gingen heeft geïntroduceerd: non-concurrentiebedingen, pariteitsclausules en verticale prijsbinding.

2. Toepassingsbereik van de GVO

De herziene GVO biedt, evenals haar voorganger, een veilige haven voor bepaalde verticale overeenkomsten voor de toepassing van het kartelverbod, zoals neergelegd in artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 6 Mededingingswet.⁵ Verticale overeenkomsten worden hierbij gedefinieerd als overeenkomsten tussen partijen die actief zijn op verschillende niveaus van de productie- of distributieketen – bijvoorbeeld een producent en een distributeur. Een distributieovereenkomst valt dus doorgaans onder deze definitie.

Verticale overeenkomsten dienen normaal getoetst te worden aan het kartelverbod. Dit betekent dat zij geen bepalingen of afspraken tussen ondernemingen mogen bevatten die de concurrentie vervalsen. Het gevolg van een schending van het kartelverbod is dat de betreffende bepaling of zelfs de hele overeenkomst van rechtswege nietig is.

Door toepassing van de GVO zijn bepaalde verticale overeenkomsten echter bij voorbaat veiliggesteld van het kartelverbod, ook als zij mogelijk mededingingsbeperkende effecten hebben – mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden komen er kort gezegd op neer dat (1) beide partijen bij de verticale overeenkomst een marktaandeel onder de 30% hebben op de relevante markt (dat wil zeggen: de leverancier heeft een marktaandeel van onder de 30% op de afzetmarkt en de afnemer heeft een marktaandeel van onder de 30% op de inkoopmarkt), en (2) de overeenkomst geen zogenoemde ‘hardcore beperkingen’ bevat. Deze hardcore beperkingen staan uitputtend beschreven in artikel 4 GVO en zullen door ons in het vervolg van dit artikel nader worden toegelicht, daar waar ze zijn gewijzigd, maar ze komen in het kort erop neer dat (1) verticale prijsbinding en (2) marktverdelingsafspraken niet zijn toegestaan (met hierop bepaalde uitzonderingen).

Indien een verticale overeenkomst niet aan deze voorwaarden voldoet en dus niet onder het toepassingsbereik van de GVO valt, betekent dit niet automatisch dat de overeenkomst een mededingingsschending met zich meebrengt. In een dergelijk geval moet er een *self-assessment* plaatsvinden. De herziene Richtsnoeren bieden, evenals hun voorganger, richtlijnen om te bepalen of er sprake is van een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU en, zo ja, of deze gebruik kan

maken van de individuele uitzonderingsgrond neergelegd in artikel 101 lid 3 VWEU.⁶

Ten slotte kan zich een situatie voordoen waar de overeenkomst als geheel weliswaar onder het toepassingsbereik van de GVO valt, maar dat één of meer bepalingen uitgesloten zijn van de veilige haven. Deze uitgesloten bepalingen staan uitputtend beschreven in artikel 5 GVO en zullen door ons in het vervolg van dit artikel nader worden toegelicht, daar waar ze zijn gewijzigd. Kort gezegd ziet dit op bepaalde vormen van non-concurrentiebedingen gedurende of na de looptijd van de overeenkomst. In tegenstelling tot bij de hardcore beperkingen valt in geval van een uitgesloten beperking de rest van de overeenkomst nog altijd binnen het toepassingsbereik van de GVO, maar dient alleen de uitgesloten bepaling te worden getoetst aan artikel 101 VWEU.

3. Distributiemodellen: flexibilisering, maar ook aanscherping

3.1 Uitbreiding van de mogelijkheden

In de herziene GVO komt de Commissie tegemoet aan de wens van veel leveranciers om hun distributiesystemen flexibeler te kunnen inrichten. Nieuw is daarom allereerst dat in een exclusief distributiemodel sprake mag zijn van gedeelde exclusiviteit tot maximaal vijf distributeurs in een bepaald grondgebied of voor een bepaalde klantengroep,⁷ waar dit voorheen beperkt was tot slechts één distributeur per gebied of klantengroep. In de herziene Richtsnoeren legt de Commissie uit dat dit nog altijd beperkt is tot vijf afnemers, om de prikkel voor distributeurs om te investeren in de promotie en verkoop van de goederen in stand te houden en om het risico op gratis meeliften (‘freeriding’) op elkaars investeringen te beperken. Hoe meer afnemers, hoe groter dat risico op ‘freeriding’, waardoor de efficiëntie die wordt beoogd met exclusieve distributie verloren zou gaan.⁸

De herziene GVO geeft daarnaast de mogelijkheid om selectieve en exclusieve distributiesystemen te combineren in verschillende grondgebieden. Hieraan wordt bescherming gegeven, doordat leden van een selectief distributiestelsel in één grondgebied verboden kunnen worden om actief te verkopen in het grondgebied waarin één of meer distributeurs exclusief bevoegd zijn of dat is voorbehouden aan de leverancier.⁹ Andersom mag de leverancier verbieden dat een exclusieve distributeur actief of passief verkoopt aan onbevoegde distributeurs in een grondgebied waar de leverancier gebruikmaakt van een selectief distributiestelsel. Hierdoor is het dus niet

5 In het vervolg van dit artikel zullen wij telkens enkel spreken over art. 101 VWEU, maar dit zal doorgaans gelijke toepassing hebben voor art. 6 Mededingingswet.

6 Par. 1 en 2 Richtsnoeren.

7 Art. 1 lid 1 punt e GVO.

8 Par. 121 Richtsnoeren.

9 Art. 4 punt b onder ii) GVO.

meer nodig om in alle landen hetzelfde distributiemodel te hanteren, maar kan hierin worden gevarieerd. Het combineren van een exclusief en selectief distributiemodel in *hetzelfde* grondgebied valt nog altijd niet onder het toepassingsbereik van de GVO: zo kan een leverancier niet op wholesale-niveau gebruikmaken van een exclusief stelsel en op retail-niveau van een selectief stelsel.¹⁰

Behalve aan onbevoegde distributeurs in een gebied waar sprake is van een selectief distributiestelsel, mag onder de herziene GVO, evenals onder haar voorganger, passieve verkoop in een ander grondgebied of aan een andere groep klanten niet worden verboden; dit is in alle gevallen een hardcore beperking.¹¹ Wanneer er sprake is een passieve of een actieve verkoopbeperking, is expliciet uitgewerkt in de herziene GVO. Bij actieve verkoop is sprake van het actief benaderen van klanten door directe communicatie of door middel van gerichte reclame en promotie. De herziene GVO verduidelijkt dat verkoop via een website in beginsel passieve verkoop is, tenzij de website een topleveldomein heeft dat overeenkomt met bepaalde gebieden, of de website wordt aangeboden in een taal die verschilt van de talen die gebruikelijk zijn in het gebied waar de distributeur gevestigd is.¹² Zo zou, bij wijze van voorbeeld, een Spaanse website die tevens de Nederlandse taal gebruikt, gezien kunnen worden als actieve verkoop in het Nederlandse grondgebied, terwijl een Engelse versie van een Nederlandse webshop gebruikelijk is en niet gauw zal worden gezien als actieve verkoop aan klanten in Engelstalige gebieden.

Een belangrijke uitbreiding is dat een leverancier aan zijn exclusieve distributeurs mag verplichten om actieve verkoopbeperkingen door te geven aan diens directe klanten. Voorheen was dit niet toegestaan. Een verplichting om actieve verkoopbeperkingen nog verder in de distributieketen door te geven is echter niet mogelijk en zal een hardcore beperking opleveren.¹³

Gezien de hiervoor geschetste flexibilisering is dit een zeer geschikt moment voor iedere leverancier om zijn distributiestelsel nader te overwegen. Andere stelsels kunnen in verschillende grondgebieden of voor verschillende groepen klanten commercieel aantrekkelijk zijn en kunnen nu eenvoudiger gecombineerd worden. Ook de benoeming van meerdere exclusieve distributeurs in een grondgebied kan gunstig zijn. Blijf hierbij wel letten op het verbieden van passieve verkoop in andere grondgebieden of aan andere groepen klanten; dit zal bijna altijd een hardcore beperking opleveren en de gehele distributieovereenkomst aan de veilige haven van de GVO onttrekken.

3.2 Aanscherping voor duale distributiestelsels

Mede door de opkomst van online verkopen hebben duale distributiestelsels – dat wil zeggen: distributiestelsels waarbij de (upstream) leverancier tevens horizontaal concurreert met de afnemers op de (downstream) afzetmarkt – in de afgelopen jaren aan populariteit gewonnen. Zo kan een leverancier bijvoorbeeld voor fysieke verkoop gebruikmaken van distributeurs, maar zelf ook een webshop opzetten voor verkoop aan consumenten. Bij de herziening van de GVO is daarom de vrijstelling voor duale distributie onder de loep genomen. Allereerst is de definitie uitgebreid: deze bevat nu ook expliciet duale distributie door groothandelaren en importeurs.¹⁴ Deze kunnen daarmee ook gebruikmaken van de veilige haven van de GVO.

Aan de andere kant werden bij de herziening juist ook bepaalde risico's gesignaleerd, met name vanwege de concurrentie tussen de leverancier en de distributeur op de afzetmarkt. Hierdoor zit de leverancier in een ongemakkelijke situatie. Aan de ene kant is er bepaalde informatie die de leverancier in het kader van de verticale relatie wil ontvangen van of verstrekken aan de afnemer en waarvoor ook een gerechtvaardigd belang bestaat. Aan de andere kant zijn de leverancier en de afnemer ook concurrenten. De uitwisseling van informatie tussen concurrenten kan gevoelig zijn en kan in sommige situaties leiden tot een schending van het kartelverbod in artikel 101 VWEU. Om aan deze zorgen tegemoet te komen is in de herziene GVO bepaald dat, in geval van duale distributie, informatie-uitwisseling tussen de leverancier en diens afnemers enkel is toegestaan indien (1) deze direct verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst en (2) noodzakelijk is om de productie of distributie van de betreffende goederen of diensten te verbeteren.

De herziene Richtsnoeren bevatten een niet-uitputtende 'whitelist' van typen informatie die over het algemeen uitgewisseld mogen worden en onder de veilige haven vallen, en een niet-uitputtende 'blacklist' met typen informatie die doorgaans *niet* onder de veilige haven vallen.¹⁵ Informatie die onder de whitelist valt, is onder andere technische en logistieke informatie, maar ook bijvoorbeeld informatie over aanbevolen prijzen of historische prijzen die de afnemer rekent voor de contractgoederen, mits dit niet gebruikt wordt om de afnemer te beperken in diens vrijheid om zijn verkoopprijs vast te stellen of om feitelijk een vaste of minimumverkoopprijs af te dwingen. De blacklist bevat daarentegen commercieel gevoelige zaken zoals toekomstige wederverkoopprijzen van de afnemer en informatie over geïdentificeerde eindgebruikers.

De vrijstelling van de GVO strekt zich ten slotte niet uit tot verticale overeenkomsten betreffende de levering van online tussenhandelsdiensten, wanneer de aanbieder van deze diensten tevens een concurrent is op de

10 Par. 236 Richtsnoeren.

11 Art. 4 punt b en c GVO.

12 Par. 213 Richtsnoeren.

13 Art. 4 punt b onder i) GVO en par. 220 Richtsnoeren.

14 Art. 2 lid 4 GVO.

15 Par. 99 en 100 Richtsnoeren.

afzetmarkt.¹⁶ Aanbieders van online tussenhandelsdiensten betreffen onder andere online marktplaatsen, appwinkels of prijsvergelijkingswebsites.¹⁷ Marktpartijen doen er goed aan zich bewust te blijven van het feit dat dergelijke hybride platforms niet onder de veilige haven van de GVO vallen; gezien de in toenemende mate belangrijke rol van dergelijke platforms zullen mededingingsautoriteiten hier bijzondere aandacht voor hebben.

Gezien de beschreven aanscherping is aan te raden voor iedere leverancier met een duaal distributiestelsel om zijn informatie-uitwisselingen met afnemers, bijvoorbeeld in de vorm van periodieke rapportages, onder de loep te nemen en kritisch te beoordelen welke informatie noodzakelijk is voor de productie en distributie. Om eventuele verdere mededingingsbezwaren, en het risico op een schending van artikel 101 VWEU en de bijbehorende boete, te voorkomen kan tevens worden overwogen om aanvullende maatregelen te nemen, bijvoorbeeld in de vorm van *Chinese walls* tussen de werknemers die betrokken zijn bij de commerciële relaties met leveranciers en de werknemers die betrokken zijn bij de directe verkoop van de goederen.

4. Online

4.1 Eisen aan online verkoop

Waar de Commissie in 2010 nog online handelaren wilde beschermen ten opzichte van de fysieke detailhandel, is dit anno 2023 niet langer noodzakelijk. Als gevolg daarvan zijn bepaalde bepalingen die in de oude GVO nog als hardcore beperkingen werden gezien, nu niet langer vrijwel altijd verboden.

Uitgangspunt blijft wel dat verticale overeenkomsten die tot doel hebben distributeurs te beletten in het effectieve gebruik van het internet om goederen of diensten te verkopen, kwalificeren als een hardcore beperking,¹⁸ zodat zij niet onder de veilige haven van de GVO vallen. Online verkoopbeperkingen zullen vaak minder direct zijn geformuleerd dan een absoluut verbod op online verkoop, maar ook andere – minder verstrekkende – maatregelen kunnen uiteindelijk (indirect) de online verkoop effectief verbieden en daarom een hardcore beperking vormen. Hierbij kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan (1) een passieve verkoopbeperking waarbij klanten die via een website in een bepaald grondgebied binnenkomen automatisch naar de website van een distributeur in hun eigen grondgebied worden omgeleid,¹⁹ (2) maatregelen die een afnemer verplichten online transacties te beëindigen wanneer uit de creditcardgegevens van de klant blijkt dat deze niet woont in het

grondgebied van de afnemer,²⁰ of (3) maatregelen die een afnemer verplichten vooraf toestemming te vragen voor hij individuele online verkooptransacties mag verrichten.²¹

Met andere woorden, het moet iedere distributeur vrij staan om online verkoopkanalen in te zetten. Dit uitgangspunt is echter niet absoluut. Sommige online verkoopbeperkingen kunnen wél profiteren van de vrijstelling. Dit betreft over het algemeen maatregelen die gebruik van het internet niet (effectief) *volledig* uitsluiten, maar zorgen voor een bescherming van de kwaliteit of reputatie van de leverancier. Dit betreft bijvoorbeeld:

- maatregelen die erop gericht zijn om de kwaliteit of een bepaalde uitstraling van de webwinkel van de afnemer te garanderen,²² of vereisten ten aanzien van de presentatie van de contractgoederen in de online winkel.²³
- maatregelen die gericht zijn op het beperken van een *specifiek* online verkoopkanaal. Zo kan een leverancier zijn distributeurs verbieden om zijn producten via online marktplaatsen te verkopen.²⁴ Dit kan gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld omdat de leverancier het imago en de positionering van het merk wil beschermen. Deze beperkingen mogen zelfs zover gaan dat zij *alle* online marktplaatsen uitsluiten, of slechts die online marktplaatsen die niet aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen.
- maatregelen die erop gericht zijn dat een distributeur die zijn spullen online verkoopt *tevens* een fysieke winkel beheert of een minimumvolume offline verkoopt, mits dit niet een zodanig hoog volume betreft dat dit het effectief gebruik van het internet belet.²⁵
- vereisten dat de distributeur geen gebruik maakt van de diensten van bepaalde aanbieders van online advertenties, mits dit niet het effectieve gebruik van een volledig online advertentiekanaal verhindert.²⁶ Het moet bijvoorbeeld een distributeur niet absoluut verhinderd worden om gebruik te kunnen maken van prijsvergelijkingsstools of zoekmachine-advertenties. Ook kan het verbieden van het gebruik van de meest gebruikte reclamediensten in het online reclamekanaal onder omstandigheden neerkomen op een hardcore beperking, indien dit er feitelijk voor zorgt dat de afnemer niet effectief zijn online winkel kan adverteren.

4.2 Dubbele prijsstelling en het gelijkwaardigheidsbeginsel

Een aanzienlijke wijziging ten opzichte van de oude regels is dat dubbele prijsstelling niet langer verboden is. Onder de oude GVO was het een hardcore beperking om

16 Art. 2 lid 6 GVO.

17 Par. 64 Richtsnoeren.

18 Art. 4 punt e GVO.

19 Par. 206 onder (a) Richtsnoeren. Overigens mag de afnemer wél worden verplicht om links aan te bieden naar de online winkels van de leveranciers of andere verkopers.

20 Par. 206 onder (b) Richtsnoeren.

21 Par. 206 onder (d) Richtsnoeren.

22 Par. 209 onder (a) Richtsnoeren.

23 Par. 209 onder (b) Richtsnoeren.

24 Par. 209 onder (c) Richtsnoeren.

25 Par. 209 onder (d) en (e) Richtsnoeren.

26 Par. 206 onder (g) Richtsnoeren.

in een verticale overeenkomst verschillende groothandelprijzen te hanteren voor producten die bestemd waren voor online en offline verkoop. De herziene Richtsnoeren verduidelijken dat dit thans wél onder de vrijstelling kan vallen.²⁷ Rationale hierachter is dat online en offline kanalen verschillende niveaus van investeringen kunnen hebben. Waar in het verleden de Commissie nog online verkoop wilde stimuleren en wilde voorkomen dat prijzen online hoger waren dan offline, kan het nu andersom het geval zijn dat een passend niveau van investeringen in een offline kanaal moet worden gestimuleerd of beloond door middel van een relatief lagere groothandelprijs. Het verschil in prijsstelling mag echter niet tot doel hebben de verkoop in bepaalde grondgebieden of aan bepaalde groepen afnemers te voorkomen of effectieve verkoop via het online kanaal te verhinderen; in dat geval valt de bepaling alsnog onder de hardcore beperkingen van artikel 4 GVO.

Verwant hieraan is dat ook het zogenoemde gelijkwaardigheidsbeginsel flexibeler is geworden. Onder de oude GVO was het nog een hardcore beperking om niet gelijkwaardige voorwaarden op te leggen voor selectieve distributie voor online en offline verkoop. In de herziene Richtsnoeren wordt verduidelijkt dat de criteria voor selectieve distributie voor online en offline verkoop niet langer geheel gelijkwaardig hoeven te zijn, zolang de beperkingen niet tot doel hebben het effectieve gebruik van het internet door de afnemer of zijn klanten om de contractgoederen te verkopen te verhinderen.²⁸ De leverancier mag bijvoorbeeld eisen stellen om kwaliteitsnormen voor online verkoop te garanderen, bijvoorbeeld het opzetten van een online helpdesk of een verplichting om de kosten van retour gezonden producten te dekken.

De herziening van de GVO is hiermee een goede aanleiding voor leveranciers om hun vereisten bij online verkoop door afnemers opnieuw onder de loep te nemen. Het is aan te raden om altijd te bedenken of de maatregel in verhouding staat tot het nagestreefde belang, bijvoorbeeld het garanderen van de kwaliteit of uitstraling van de webwinkel. Let er bovendien altijd op dat de maatregelen nooit zover mogen gaan dat zij het de afnemer in feite onmogelijk of (financieel) onhaalbaar maken om de contractgoederen online te verkopen.

5. Overige belangrijke wijzigingen

5.1 Meer mogelijkheden voor non-concurrentiebedingen

De Commissie blijft in de herziene GVO vasthouden aan een maximumtermijn van vijf jaar voor non-concurrentiebedingen gedurende de looptijd van de overeen-

komst. In tegenstelling tot de oude situatie mag nu echter in overeenkomsten worden opgenomen dat een dergelijk non-concurrentiebeding stilzwijgend verlengd mag worden, mits de afnemer daadwerkelijk opnieuw over het beding kan onderhandelen of het beding kan beëindigen met een redelijke opzegtermijn en tegen redelijke kosten.²⁹ Als het beding voor een langere termijn dan vijf jaar loopt, of effectief niet kan worden heronderhandeld of opgezegd, is het beding een *uitgezonderde* beperking, waardoor het beding (maar niet de rest van de overeenkomst) niet onder de veilige haven van de GVO valt.³⁰

Een overeenkomst bevat al een non-concurrentiebeding in de zin van de GVO wanneer er een regeling in is opgenomen dat de afnemer meer dan 80% van zijn totale aankopen van de contractgoederen of -diensten (en substituten daarvan) bij de leverancier of bij een door de leverancier aangewezen andere onderneming koopt. Let dus bij het opstellen van een distributieovereenkomst op de daadwerkelijke bewoording en uitkomst van een dergelijke bepaling; dat de regeling niet expliciet wordt aangeduid als non-concurrentiebeding, is niet doorslaggevend. Wanneer het beding is uitgesloten van de toepassing van de GVO, kan dit tot risico's leiden indien een mededingingsautoriteit of een rechter beoordeelt dat het beding mededingingsbeperkende effecten kan hebben.

5.2 Pariteitsclausules

Pariteitsclausules (ook wel 'meest begunstigde natie'-clausules) zijn bedingen die leveranciers verplichten op een bepaald verkoopkanaal goederen of diensten aan te bieden onder voorwaarden die even gunstig of gunstiger zijn dan de voorwaarden die de verkoper aan bepaalde andere partijen of via bepaalde andere kanalen aanbiedt. Pariteitsclausules kunnen smal zijn (de verkoper moet even gunstige of gunstigere voorwaarden bieden dan het directe verkoopkanaal van de verkoper) of ruim (de verkoper moet even gunstige of gunstigere voorwaarden bieden dan op enig ander verkoop- of marketingkanaal of het directe verkoopkanaal van de verkoper).

Door de opkomst van online platforms zijn pariteitsclausules veelgebruikt geworden en dit is aanleiding geweest tot toenemende handhaving ten aanzien van dergelijke clausules.³¹ Naar aanleiding hiervan heeft de Commissie de aanpak ten aanzien van pariteitsclausules herzien. Onder de oude GVO vielen pariteitsclausules in beginsel volledig onder het toepassingsbereik van de

²⁹ Par. 248 Richtsnoeren.

³⁰ Art. 5 lid 1 GVO.

³¹ Een bekend voorbeeld zijn handhavingsbesluiten opgelegd aan verschillende hotelboekingsplatforms, die een ruime pariteitsclausule kenden waarbij zij hotels verplichten op hun platform ten minste net zo gunstige of gunstigere voorwaarden te bieden dan op alle andere verkoopkanalen, inclusief de eigen website van het hotel. Zie bijv. Autorité de la Concurrence, besluit van 21 april 2015, 15-D-06; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, besluit van 21 april 2015, 1779; Konkurrensverket, besluit van 21 april 2015, 596/2013; en Bundeskartellamt, besluit van 23 december 2015, B 9-121/13.

²⁷ Par. 209 Richtsnoeren.

²⁸ Par. 235 Richtsnoeren.

GVO indien aan de overige vereisten voor toepassing van de GVO was voldaan. Onder de nieuwe GVO is dit nog steeds het geval voor zowel smalle als ruime pariteitsverplichtingen, met uitzondering van één soort: ruime platformoverschrijdende retail-pariteitsclausules opgelegd door leveranciers van online tussenhandelsdiensten zijn een uitgesloten beperking, waardoor de clause (maar niet de rest van de overeenkomst) niet onder de veilige haven van de GVO valt.³² Smalle platformoverschrijdende retail-pariteitsclausules vallen dus wél nog onder de GVO.

5.3 Minimumverkoopprijzen en verticale prijsbinding

Het opleggen van minimumverkoopprijzen was en blijft een hardcore beperking. De herziene Richtsnoeren bevatten wel nuttige aanvullende uitleg over dit onderwerp. Allereerst verduidelijken de herziene Richtsnoeren dat het opleggen van minimum advertentiepunten zal worden gezien als het indirect opleggen van een minimumprijs en dus als hardcore beperking.³³ Ook verduidelijken de Richtsnoeren dat er geen sprake kan zijn van verticale prijsbinding als een leverancier en een distributeur een uitvoeringsovereenkomst aangaan met als doel om een eerder aangegane overeenkomst met een eindklant uit te voeren; wel moet dan de leverancier (en niet de klant) de uitvoerende distributeur kiezen waar de eindklant het product of de dienst moet afnemen.³⁴

6. Conclusie

De herziene GVO en Richtsnoeren bieden een welkome verduidelijking en flexibilisering op bepaalde onderwerpen, vooral waar het gaat om het inrichten van een distributiestelsel en om maatregelen om online en offline verkoop verschillend te behandelen. Desondanks is het ook opletten geblazen: bepaalde zaken zijn juist aangescherpt, waaronder (1) informatie-uitwisseling bij duale distributiestelsels, (2) duale distributie via hybride platforms, en (3) ruime platformoverschrijdende pariteitsclausules.

De GVO is een nuttig middel om rechtszekerheid te krijgen wanneer de marktaandeelen van partijen op de relevante markten de 30% niet overschrijden. Maar ook als de GVO niet van toepassing is, bieden de Richtsnoeren mogelijkheden om duiding te krijgen over de rechtsgeldigheid van een distributieovereenkomst. In een dergelijk geval is het altijd zaak om het beoogde doel en de effecten van de betreffende afspraken in kaart te brengen.

32 Art. 5 lid 1 punt d GVO.

33 Par. 189 Richtsnoeren.

34 Par. 193 Richtsnoeren.