

Actualia Mededingingsrecht

15 juni 2022

Jan Bocken & Kim Gillade



Inhoudstafel

Belgische mededingingsrecht	1
“Verticale” herzieningen	2
“Horizontale” herzieningen	3

Inhoudstafel

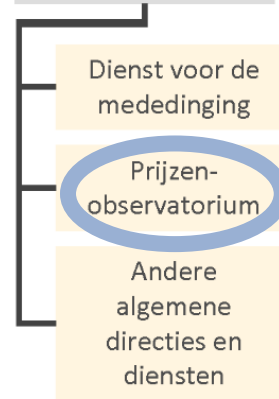
Belgische mededingingsrecht	1
“Verticale” herzieningen	2
“Horizontale” herzieningen	3

Belgische Mededingingsautoriteit (BMA)

Belgische Mededingingsautoriteit
Directiecomité:
voorzitter, auditeur-generaal, directeur economische zaken, directeur juridische zaken



FOD Economie



Dienst van de voorzitter
voorzitter

Auditoraat
auditeur-generaal

Mededingingscollege
voorzitter (z
+ 2 assessoren)

Auditoraat
auditeur-generaal,
auditeur, auditeur-adviseur

Prijzenobservatorium heeft opdracht tot analyse van prijsniveaus, prijsverloop en marktwerking, en bezorgt deze (o.a.) aan BMA

- Monistische structuur
 - Europees model
 - Intern twee onderscheiden diensten
- Mededingingscollege**
 - Beslissingsorgaan
 - Onder leiding van voorzitter
- Auditoraat**
 - Onderzoeksorgaan
 - Onder leiding van auditeur-generaal
- Directiecomité
 - Dagelijks bestuur, beleidsprioriteiten en richtsnoeren

Prioriteitenbeleid BMA voor 2022 – 16 mei 2022

- **Strategische prioriteiten**

- Implementatie van de ECN+ omzettingwet: verduidelijkingen en aanmeldingsfee concentraties
 - Budgetstijging van € 1,4 mio (20%) zal o.a. leiden tot speciaal concentratietoezichtteam, mogelijkheid tot ex officio onderzoeken en bijzondere aandacht naar misbruik economische afhankelijkheid
- Specifieke aandacht voor impact covidcrisis op distributiemarkten, agro-voedingswaardeketen, financiële diensten en de zorgsector
- Toepassing van het mededingingsbeleid in context van groene en circulaire economie (in het bijzonder de toepassing op duurzaamheidsvereenkomsten)

- **Prioritaire sectoren**

- Dienstverlening aan bedrijven en consumenten
- Agro-voedingsindustrie
- Energiesector
- Farmaceutische sector
- Digitalisering van de economie
- Telecommunicatiesector
- Mededinging in de sportwereld

Wet van 28 februari 2022 tot omzetting van ECN+ Richtlijn

- Doel is het vergemakkelijken van het werk van de Nationale Mededingingsautoriteiten
 - Gemeenschappelijke “toolbox” voor de verschillende autoriteiten, inclusief ruimere onderzoeks- en sanctiebevoegdheden
 - Uitbreiding van huiszoekingsbevoegdheden van het auditoraat van de BMA
 - Verruimen van situaties waarin de BMA boetes en dwangsommen kan opleggen
 - Versterking van nationale clementieregelingen
 - Wijzigingen in de toepassingsmodaliteiten van de clementieprocedure
 - Bijkomende garanties voor de onafhankelijkheid van de verschillende autoriteiten
- Bovendien gaat de ECN+ omzettingwet verder dan een loutere omzetting, zoals door het invoeren van een aanmeldingsfee bij concentratiecontroles:
 - Vereenvoudigde procedure: € 17.450
 - Andere concentraties: € 52.350
- Waar in andere landen vergelijkbare vergoedingsmechanismen bestaan, heeft het forfaitair bepaalde (vrij aanzienlijke) bedrag aanleiding gegeven tot enige kritiek

Belgische mededingingsrecht

- Naar model van het Europese mededingingsrecht
 - **Art. IV.1 WER:** mededingingsbeperkende overeenkomsten (*art. 101 VWEU*)
 - **Art. IV.2 WER:** misbruik van machtspositie (*art. 102 VWEU*)
 - **Art. IV.9 (e.a.) WER:** concentratiecontrole

- Alsook
 - **Art. IV.2/1 WER:** misbruik van economische afhankelijkheid

➤ Deze bijzondere, nationale bevoegdheid wordt van naderbij bekeken op de volgende slides

Herkomst – situering – doelstelling

De “b2b-wet” van 4 april 2019 voert Misbruik van economische afhankelijkheid van een onderneming in

- De “b2b-wet” van 4 april 2019
 - Onrechtmatige bedingen
 - Oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen
 - **Misbruik van economische afhankelijkheid van een onderneming**
- 3^e type restrictieve mededingingspraktijk in boek IV WER
- *“Het huidig wetsontwerp beoogt de vrijheid van ondernemen met inachtneming van een marge en in het algemeen belang, te beperken door oneerlijke gedragingen die voortvloeien uit posities van economische afhankelijkheid te sanctioneren” (Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, 8)*
- België was hiermee een *laatkomer*
 - Duitsland, Oostenrijk, Cyprus, Spanje, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Portugal, Roemenië, Polen.

Toepassingsgebied

Artikel IV.2/1 WER:

“Het is verboden in hoofde van één of meer ondernemingen misbruik te maken van een positie van economische afhankelijkheid waarin één of meerdere ondernemingen zich bevindt, waardoor de mededinging kan worden aangetast op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan”

Personeel: bestaan van “economische afhankelijkheidsverhouding”

Materieel: b2b-relaties – ongeacht omvang ondernemingen – geen uitzondering voor financiële diensten en overheidsopdrachten (zie onrechtmatige bedingen).

Temporeel: vanaf 1 juni 2020 van toepassing op lopende contracten/praktijken

Territoriaal

3 toepassingsvoorwaarden

1. Economische afhankelijkheid
2. Misbruik
3. Aantasting van de mededinging (op de Belgische markt of een wezenlijk deel ervan)

Economische afhankelijkheid

- Artikel I.6, 17° WER: *“positie van onderworpenheid van een onderneming ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door ...*

Afhankelijke onderneming (AO)

de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, ...

Causaal
verband

Dominerende onderneming (DO) (≠ “dominante onderneming”)

die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale omstandigheden”

Economische afhankelijkheid

Afhankelijke onderneming (AO)

de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, ...

Moet DO hiervan (redelijkerwijs) kennis hebben om “misbruik” te kunnen vaststellen en sanctioneren?

- Belangrijk aandeel DO in omzet AO;
- Toegang tot hulpbronnen of essentiële infrastructuur;
- Vrees ernstig economisch nadeel, sancties of beëindigen contractuele relatie (de “fear factor”);
- DO krijgt geregeld bijzondere voorwaarden van AO (bv. kortingen) die anderen niet krijgen;
- Weloverwogen of verplichte keuze van AO om zichzelf in “EA” te plaatsen.

Economische afhankelijkheid

Dominerende onderneming (DO)

die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale omstandigheden”

- Marktaandeel DO
- Technologie / knowhow van DO
- Bekendheid merk DO, schaarste van het product, bederfelijke aard product of loyaal koopgedrag van consumenten

Misbruik

- Verkrijgt de dominerende onderneming prestaties of voorwaarden van de afhankelijke onderneming die deze in normale marktomstandigheden niet zou hebben verkregen?
- Niet-limitatieve opsomming in artikel IV.2/1 WER van situaties waarin er “indicatie” is van misbruik (~ idem IV.1 en IV.2)
 - Onbillijke prijzen of andere contractuele voorwaarden opleggen
 - Ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toepassen
 - Sluiten van overeenkomst koppelen aan ongerelateerde bijkomende prestaties
 - Productie, afzet of technische ontwikkeling beperken ten nadele van verbruikers
 - Weigering van koop/verkoop of van andere transactievoorwaarden (NIEUW!)
- Mogelijkheid van objectieve rechtvaardiging (idem IV.1 en IV.2)

Mededingingsaantasting (op de Belgische markt of een wezenlijk deel ervan)

- “Het is verboden in hoofde van één of meer ondernemingen misbruik te maken van een positie van economische afhankelijkheid waarin één of meerdere ondernemingen zich bevindt, waardoor de mededinging kan worden aangetast op de betrokken Belgische markt of op een wezenlijk deel daarvan”

(potentiële) mededingingsaantasting, op voorwaarde dat aantasting voldoende waarschijnlijk is op basis van juridische en feitelijke elementen.

In welke mate \neq van vereiste in art. IV.1, §1 WER (“merkbaar” verhinderen, beperken of vervalsen van de mededinging)?
Hoewel marktaandeel op zich niet bepalend, toch vereiste van aantasting ‘op de betrokken markt’ – geldt *de minimis* als ondergrens?

Misbruik en mededingingsaantasting moeten niet plaatsvinden op dezelfde markt als degene waarop er sprake is van een economische afhankelijkheid.

Bevoegde instanties – sancties

- Bevoegde instanties
 - BMA
 - Belgische hoven en rechtbanken
- Sancties
 - Publieke handhaving
 - Onderzoek Mededingingsautoriteit kan leiden tot vaststelling inbreuk
 - Geldboete: max. 2% omzet boekjaar voorafgaand aan beslissing (artikel IV.79, §2 WER) + eventueel dwangsom (artikel IV.79, §2 WER)
 - Voorlopige maatregel (artikel IV.71 WER) met (eventueel) dwangsom: max. 2% gemiddelde dagelijkse omzet per dag vertraging (artikel IV.81, §2 WER)
 - Private handhaving
 - Nietigverklaring
 - Stakingsbevel (boek XVII, titel 1 WER)
 - Schadevergoeding voor inbreuken op het mededingingsrecht (boek XVII, titel 3 WER)
 - Vordering tot collectief herstel (boek XVII.37, titel 2 WER)

Selectie van rechtspraak

Toekenning	Naam	Voorziening	Datum
X	Geberit	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Brussel	15 oktober 2020
✓	The Woody Group	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Gent	28 oktober 2020
X	Fingo	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Antwerpen	3 februari 2021
X	Fingo	Hof van Beroep Antwerpen	20 oktober 2021
X	Geberit	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Brussel	11 februari 2021
✓	Diamantairs	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Brussel	16 maart 2021
✓	Blaser en Mauser	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Tongeren	16 april 2021
X	Defibrillatoren	Voorzitter Ondernemingsrechtbank Leuven	27 april 2021

➤ In tegenstelling tot deze (weliswaar beperkte) rechtspraak, zijn er nog geen beslissingen door de BMA

Voorlopig besluit

- Open toepassingsvoorwaarden + gebrek aan richtlijnen/concrete voorbeelden in parlementaire voorbereiding
 - garantie op betwisting (bv “redelijk” alternatief, “redelijke” voorwaarden, “redelijke” termijn).
 - rechtspraak zal draagwijdte moeten bepalen en zal (al dan niet succesvolle) toepassing bepalen.
- Voorwaarde van (potentiële) – en eventueel merkbare – mededingingsaantasting mogelijk obstakel voor toepassing misbruik economische afhankelijkheid (relatieve vs. absolute machtspositie).
- Nog geen beslissingen door de BMA, doch een 15-tal dossiers zijn hangende
- Reeds 9 beslissingen door de Belgische hoven (2) en rechtbanken (7)
 - Kritiek op de toepassing door de rechtbanken, voornamelijk wat de voorwaarde van mededingingsaantasting betreft

Inhoudstafel

Belgische mededingingsrecht	1
“Verticale” herzieningen	2
“Horizontale” herzieningen	3

Out with the old, in with the new?

De herziene groepsvrijstellingsverordening inzake verticale overeenkomsten (GVVO) en de verticale *guidelines* (VG) van de Commissie zijn op 1 juni 2022 in werking getreden en vervangen daarmee de oude groepsvrijstellingsregeling inzake verticale overeenkomsten

- Hoewel de nieuwe regels enkele belangrijke veranderingen meebrengen, **blijft het basissysteem ongewijzigd**
- Verticale overeenkomsten worden geacht niet in strijd te zijn met het mededingingsrecht indien
 1. afnemer en leverancier **geen concurrenten** zijn,
 2. hun individuele marktaandelen **niet meer dan 30%** bedragen en
 3. de overeenkomst geen *hardcore* beperking of uitgesloten beperking vormt
- Overeenkomsten die buiten de *safe harbour* vallen, worden niet geacht concurrentiebeperkend te zijn, maar vereisen een individuele analyse
- De belangrijkste wijzigingen hebben betrekking op
 - Duale distributie
 - Online verkoopbeperkingen
 - Dubbele prijszetting online/offline
 - Beperkingen van actieve verkopen
 - Pariteitsclausules (MFN)
 - RPM
 - Niet-concurrentiebeding
 - Agentuur

Duale distributie: beperkte safe harbour

- Overeenkomsten tussen concurrenten zijn uitgesloten van de GVVO, m.u.v. duale distributie
- Valt onder de GVVO indien
 - Leverancier (producent, groothandelaar, importeur) en distributeur (groothandelaar, importeur, kleinhandelaar) niet concurreren op het upstreamniveau (art. 2, lid 4, onder a) of b), GVVO);
 - Is echter uitgesloten: de **uitwisseling van informatie** tussen de leverancier en de afnemer die hetzij niet direct verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst, hetzij niet noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren
 - *Whitelist* en *blacklist* in §99 en 100
- **Uitgesloten van de GVVO: duale distributie door aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten**
 - definitie in artikel 1, e) GVVO:

“onlinetussenhandelsdiensten”: diensten van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 1, lid 1, punt b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad die ondernemingen in staat stellen goederen of diensten aan te bieden: i) aan andere ondernemingen, teneinde het initiëren van directe transacties tussen die ondernemingen te faciliteren, of ii) aan eindconsumenten, teneinde het initiëren van directe transacties tussen die ondernemingen en eindconsumenten te faciliteren, ongeacht of en waar de transacties uiteindelijk worden gesloten”
 - Vb. Amazon, Uber, Airbnb, Booking.com, etc.

Online verkoopbeperkingen

hardcore beperkingen in het licht van recente jurisprudentie

- Een leverancier kan zijn afnemer geen beperking opleggen die direct of indirect tot doel heeft te verhinderen dat de afnemer of zijn klanten het internet daadwerkelijk gebruiken voor de onlineverkoop van zijn goederen of diensten (§203 VG; *blacklist* §206 VG, *whitelist* §208 VG)



Artikel 4 GVVVO

De [...] vrijstelling is niet van toepassing op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben

(e) te beletten dat de afnemer of zijn klanten het internet werkelijk gebruiken om de contractgoederen of -diensten te verkopen, aangezien dit een beperking inhoudt van het gebied waarin, of van de klanten aan wie, de contractgoederen of -diensten mogen worden verkocht in de zin van de punten b), c) of d), onverminderd de mogelijkheid om de afnemer het volgende op te leggen:

- andere beperkingen van de onlineverkoop, of*
- beperkingen op onlinereclame die niet tot doel hebben het gebruik te verhinderen van een volledig onlineadvertentiekanaal;*

Dubbele prijszetting online / offline

*“dual pricing can benefit from the exemption provided by [the VBER] where the **difference** in the wholesale price is **reasonably related to differences in the investments** and costs incurred by the buyer to make sales in each channel. Similarly, the supplier may charge a different wholesale price for products that are to be sold through a combination of offline and online channels, where the price difference takes into account investments or costs related to that type of distribution”*
(§ 209 VG)

- De leverancier rekent een **andere prijs** aan voor producten die bestemd zijn om **online** te worden doorverkocht dan voor producten die bestemd zijn om offline te worden doorverkocht



Distributiesystemen en actieve verkopen (1)

Benadering van actieve (en passieve) verkoopbeperkingen op basis van de categorie van distributiesysteem

- Exclusieve distributie
 - Selectieve distributie
 - Vrije distributie (selectief noch exclusief)
- GVVO definieert nu “actieve verkoop” in art. 1(1)(l)
 - VG preciseert mbt online verkopen:
 - Het aanbieden van taalopties (andere dan Engels) op een website die verschilt van een taal die gebruikelijk is in het gebied van de distributeur, wordt beschouwd als actieve verkoop
 - Het opzetten van een eigen website of webwinkel met een domeinnaam die overeenkomt met een ander gebied dan dat waar de distributeur is gevestigd wordt beschouwd als actieve verkoop

Exclusieve distributie (art. 4, b) GVVO):

- **Regel blijft** dat leverancier **actieve verkoop** door zijn distributeur in een aan een andere distributeur toegewezen **exclusief gebied** of exclusieve klantenkring kan **verbieden**, maar passieve verkoop niet kan verbieden
- **Gedeelde exclusiviteit** voor een gebied of klantenkring wordt mogelijk (max. 5 per gebied)

Selectieve distributie (art. 4, c) GVVO)

- **Regel blijft** dat leverancier erkende distributeur mag **verbieden actief en passief** te verkopen aan **niet-erkende** distributeurs.

Distributiesystemen en actieve verkopen (2)

❖ Flexibiliteit

- ❖ De nieuwe regels staan uitdrukkelijk toe dat selectieve en exclusieve distributie in verschillende gebieden binnen de EU worden gecombineerd
- ❖ Meer **bescherming** van exclusieve en selectieve distributiesystemen
- ❖ Leverancier mag distributeurs en hun klanten verbieden actief en passief te verkopen aan niet-erkende distributeurs die gevestigd zijn in een gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel toepast
- ❖ **Passing-on** van verkoopbeperkingen
- ❖ Leverancier kan en distributeur en zijn (directe) klanten verbieden actief te verkopen in een gebied of aan een klantenkring die exclusief is toegewezen, of actief of passief te verkopen aan een niet-erkende distributeur in een gebied waar de leverancier een selectief distributiestelsel toepast.

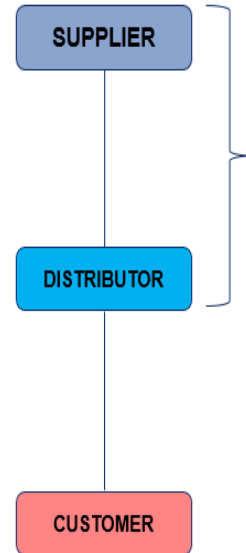
Pariteitsclausules (MFN)

- MFN's vereisen dat een afnemer goederen of diensten aanbiedt tegen dezelfde of betere voorwaarden als die welke worden aangeboden op een ander verkoop-/marketingkanaal (bv. platformen; “brede” MFN) of op het directe verkoopkanaal van de leverancier (bv. de eigen website; “enge MFN”)
 - Vrijgesteld onder de oude GVVO
 - “*Across-platform*” MFNs vormen nu een uitgesloten beperking (art. 5, 1. (d) GVVO; § 238 VG)
 - Onlinetussenhandelsdiensten
 - Voor goederen / diensten aan eindgebruikers
 - Betreft voorwaarden in brede zin
 - Digital Markets Act is strenger voor *gatekeepers*
 - Wet van 30 juli 2018 – tariefvrijheid logies
- Andere pariteitsclausules blijven van de vrijstelling genieten (§253 - 255 VG; §§ 356-378 VG)
 - Mogelijkheid tot individuele intrekking van vrijstelling, in het bijzonder “enge” MFN's



RPM: Commissie houdt harde lijn aan

- Het opleggen van verkoopprijzen blijft een *hard core* beperking
- Beperkte aanvullende richtsnoeren over efficiëntieverbeteringen en de toepassing van artikel 101, lid 3: (§182 VG)
 - Het op de markt brengen van een nieuw product te vergemakkelijken: *“When a manufacturer introduces a new product, RPM may be an efficient means to induce distributors to better take into account the manufacturer’s interest in promoting that product”* (§197, (a) VG) ;
 - Organiseren van een gecoördineerde korte termijn campagne tegen lage prijzen (van 2 tot 6 weken in de meeste gevallen) (§197, (a) VG);



Supplier cannot impose directly or indirectly a fixed or minimum resale price/price level to be observed by the distributor ✗

=/= maximum or recommended resale price ✓

Provided that these do not in fact lead to a fixed or minimum resale price (by imposing sanctions, delaying or suspending deliveries, terminating agreements, etc.)

Agentuur

- Definitie in VG: *"An agent is a legal or natural person entrusted with the power to negotiate and/or conclude contracts on behalf of another person ('the principal'), either in the agent's own name or in the name of the principal, for the purchase of goods or services by the principal, or the sale of goods or services supplied by the principal"* (§29 VG)
- Indien de agent geen of slechts een onbeduidend financieel of commercieel risico draagt in verband met de contracten die hij sluit of waarover hij onderhandelt voor rekening van de principaal, treedt de agent niet op als onafhankelijke marktdeelnemer en valt de overeenkomst buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1.
- Richtsnoeren voor de wijze van vergoeding van de kosten van een agent om als "echte" agent te worden aangemerkt (§ 35 VG)
- Verduidelijking van de regels volgens dewelke agenten met een dubbele rol als "echte" agenten in aanmerking komen (§ 34-38 VG)
- Flexibiliteit met betrekking tot agenten die tijdelijk, voor een zeer korte periode, de eigendom van de goederen verwerven terwijl zij deze voor rekening van de principaal verkopen. (§33, (a) VG)
- De Commissie verduidelijkt dat aanbieders van online-bemiddelingsdiensten in de ontwerp-VBER als leveranciers worden gecategoriseerd en daarom in principe niet als "echte agenten" in de zin van artikel 101 VWEU kunnen worden beschouwd. (§ 46 VG)

Niet-concurrentiebeding

- Verplichtingen die aan een afnemer worden opgelegd om **meer dan 80%** van de totale behoefte bij de leverancier te betrekken
- Niet-concurrentiebedingen blijven uitgesloten indien zij
 - van onbepaalde duur zijn,
 - de duur ervan meer dan vijf jaar bedraagt
 - Tenzij de contractgoederen of -diensten door de afnemer worden verkocht in ruimten en op terreinen die eigendom zijn van / gehuurd worden door de leverancier, mits de duur van het concurrentiebeding de termijn gedurende welke de afnemer de ruimten en terreinen in gebruik heeft, niet overschrijdt
 - of doorlopen na afloop van de overeenkomst
 - Tenzij onmisbaar voor de bescherming van knowhow; max. 1 jaar na afloop van de overeenkomst; betreft enkel verkooppunt waar de afnemer gedurende de contractperiode werkzaam is geweest
- Niet-concurrentiebedingen die na een periode van vijf jaar **stilzwijgend verlengbaar** zijn, vallen onder de GVO indien de afnemer na het verstrijken van de periode van vijf jaar daadwerkelijk opnieuw over de verticale overeenkomst kan onderhandelen of deze kan opzeggen met inachtneming van een redelijke opzegtermijn en tegen een redelijke kostprijs (§ 234 VG)

De nieuwe GVVO en VG...

- ❖ Bieden grotere flexibiliteit voor distributiesystemen
- ❖ Zijn gebruiksvriendelijker
- ❖ Zijn aangepast aan de digitalisering
 - ❖ Maar zijn strikter ten aanzien van aanbieders van bepaalde online tussenhandeldiensten:
 - ❖ komen niet in aanmerking voor agentuur;
 - ❖ kunnen niet profiteren van de *safe harbour* in geval van dubbele distributie;
 - ❖ kunnen geen gebruik maken van vrijgestelde MFN's; etc.
- ❖ Treden harder op tegen bepaalde clausules of gedragingen en vereisen mogelijks een herziening van bestaande contracten, zoals ivm de uitwisseling van informatie in het kader van duale distributie of pariteitsclausules

Inhoudstafel

Belgische mededingingsrecht	1
“Verticale” herzieningen	2
“Horizontale” herzieningen	3

Herziening horizontale groepsvrijstellingen en richtsnoeren

Op 1 maart 2022 publiceerde de Commissie ontwerpen van de herziene O&O-groepsvrijstelling, specialisatie-groepsvrijstelling en de bijhorende richtsnoeren

- Horizontale groepsvrijstellingen creëren een *safe harbour* van art. 101(1) VWEU voor O&O- en specialisatie-overeenkomsten die aan bepaalde voorwaarden voldoen
 - Horizontale richtsnoeren geven leidraad voor interpretatie en toepassing van die HGVV's en voor de zelfbeoordeling van de naleving van art. 101(1) en (3) VWEU voor:
 - O&O-overeenkomsten
 - Productieovereenkomsten
 - Inkoopovereenkomsten
 - Commercialiseringsovereenkomsten
- Doel van de herziening is o.a. deze documenten aanpassen aan de maatschappelijke en economische ontwikkelingen van afgelopen tien jaar, zoals digitalisering en duurzaamheid

Duurzaamheidsovereenkomsten met concurrenten

- ❖ **Basisprincipe** is dat handhaving van het mededingingsrecht op zich reeds bijdraagt aan duurzame ontwikkeling door daadwerkelijke mededinging te waarborgen
- ❖ Het wordt erkend dat individuele productie- en consumptiebeslissingen negatieve effecten kunnen hebben (bijvoorbeeld op het milieu), waarmee onvoldoende rekening wordt gehouden
- ❖ Dergelijk marktfalen kan worden aangepakt op verschillende manieren:
 - ❖ [Overheidsbeleid](#)
 - ❖ [Sector specifieke regels](#)
 - ❖ [Samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen](#)
- Verschillende soorten samenwerkingsovereenkomsten kunnen gebruikt worden om duurzaamheidsdoelstellingen na te streven
- Overeenkomsten die de mededinging beperken, kunnen zich niet aan het verbod van art. 101 onttrekken om de enkele reden dat ze noodzakelijk zijn voor het nastreven van een duurzaamheidsdoelstelling of dat ze hiertoe “aangemoedigd” worden door overheidsinstanties

Duurzaamheidsovereenkomsten zonder invloed op mededinging

Wanneer de overeenkomsten niet van invloed zijn op concurrentieparameters, kunnen ze, in principe, geen mededingingsrechtelijke bezwaren opleveren

→ Concurrentieparameters: prijs, kwantiteit, kwaliteit, keuze of innovatie

➤ Bijvoorbeeld:

- Overeenkomsten beperkt tot intern ondernemingsgedrag: bv. beperken hoeveel er per dag wordt geprint, weren van wegwerpplastic uit de bedrijfsruimten...
- Opzetten van bedrijfstakbrede voorlichtingscampagnes, zonder neer te komen op gezamenlijke reclame voor specifieke producten: bv. campagne om consumenten bewust te maken van de ecologische voetafdruk van hun consumptie
- Overeenkomsten voor de totstandbrenging van een database over duurzame leveranciers, zonder van de partijen te verlangen dat zij bij die leveranciers kopen: hetzelfde geldt voor bv. duurzame distributeurs, zo lang niet wordt verlangd dat de partijen aan die distributeurs verkopen

Duurzaamheidsovereenkomsten met invloed op mededinging

Standaard aanpak in twee stappen: 1) Beperkt de overeenkomst de mededinging
2) Indien ja, kan het efficiëntieverweer worden toegepast

- Duurzaamheidsovereenkomsten moeten worden geanalyseerd volgens dezelfde principes als alle andere soorten samenwerkingsovereenkomsten
 - Commissie geeft een leidraad voor O&O overeenkomsten, productieovereenkomsten, inkoopovereenkomsten, commercialiseringsovereenkomsten, informatie-uitwisseling, standaardvoorwaarden en standaardiseringsovereenkomsten
- Commissie geeft specifieke houvast – inclusief een “zachte” *safe harbour* – voor standaardiseringsovereenkomsten voor duurzaamheidsnormen, zoals overeenkomsten om niet-duurzame producten uit te faseren, of verpakkingsformaten en productinhoud te harmoniseren om afval te verminderen

Duurzaamheidsovereenkomsten met invloed op mededinging

Standaard aanpak in twee stappen: 1) Beperkt de overeenkomst de mededinging
2) Indien ja, kan het efficiëntieverweer worden toegepast

- “Zachte” *safe harbour*: zeven cumulatieve voorwaarden
 1. Procedure voor ontwikkeling van duurzaamheidsnorm is transparant en open voor iedereen
 2. Ondernemingen zijn vrij om niet deel te nemen en om de norm niet in acht te nemen
 3. Deelnemers zijn vrij om voor zichzelf een strengere duurzaamheidsnorm vast te stellen
 4. Uitwisseling van commercieel gevoelige informatie is beperkt tot wat noodzakelijk is voor de ontwikkeling, vaststelling of aanpassing van de norm
 5. Effectieve en niet-discriminerende toegang tot de resultaten van de standaardisering
 6. Norm mag niet leiden tot significante prijsstijging of significante vermindering in keuze
 7. Mechanisme om te verzekeren dat ondernemingen die de duurzaamheidsnorm invoeren ook daadwerkelijk aan de eisen van de norm voldoen

“Zachte” *safe harbour*: een voorbeeld

- “Lege doos” marketing strategie waarbij verpakking groot is, niet omwille van de inhoud, maar louter om er aantrekkelijker en verleidelijker uit te zien voor consumenten
- Gezamenlijke beslissing door alle producenten om de overtolligheid van de verpakkingen van hun producten (bv. ontbijtgranen) te beperken tot maximum 3%
1. Organisatie gebeurde in hun branchevereniging, dewelke transparant en open is
 2. Er is geen verplichting om de norm te implementeren
 3. Producenten blijven vrij om hun verpakkingen verder te reduceren
 4. Er is geen uitwisseling van commercieel gevoelige informatie
 5. Iedereen is vrij om de aanpak toe te passen
 6. Verpakkingskosten (en bijgevolg prijzen) zijn gedaald, zonder enige wijziging in keuze
 7. Naleving van de collectieve beslissing valt eenvoudig te monitoren
- ➔ **Alle voorwaarden zijn vervuld**, ook al bestrijkt de beslissing de voltallige industrie, beïnvloedt deze de mededinging op marketing en heeft deze een effect op de prijs van de producten

Duurzaamheidsovereenkomsten met invloed op mededinging

Standaard aanpak in twee stappen: 1) Beperkt de overeenkomst de mededinging
2) Indien ja, kan het efficiëntieverweer worden toegepast

- Objectieve, concrete en controleerbare efficiëntiewinst: breed spectrum aan mogelijkheden (bv. schonere productie- of distributietechnologieën, mindere vervuiling, producten van betere kwaliteit...)
- Onmisbaarheid: geen praktisch (economisch) haalbare en minder beperkende middelen (wanneer vraag op de markt of overheidsbeleid- en regelgeving het marktfalen reeds oplossen, kan er enkel sprake zijn van onmisbaarheid om de doelstellingen op een kostenefficiëntere wijze te bereiken)
- Doorgeven van een billijk aandeel aan consumenten:
 - Voordelen van individueel gebruik (direct verbeteren van ervaring van gebruikers met het product)
 - Voordelen van individueel niet-gebruik (persoonlijke waardering van duurzame effecten op anderen)
 - Collectieve voordelen (geen individuele, vrijwillige actie want duurzaamheidseffect aan bredere groep)
- Geen uitschakeling van de mededinging voor wezenlijk deel van de betrokken producten: vervuld zolang partijen op ten minste één belangrijk aspect stevig blijven concurreren, zelfs als de overeenkomst de hele industrie dekt, of bepaalde productvarianten of (vervuilende) technologie uitsluit

Efficiëntieverweer: een voorbeeld

- Oudere modellen van wasmachines die meer elektriciteit en water verbruiken, maar goedkoper te produceren zijn en bijgevolg verkocht worden aan lagere prijzen, vergeleken met recentere, geavanceerdere modellen
- Gezamenlijke beslissing van producenten om minst efficiënte modellen uit te faseren
- Dit zal negatieve gevolgen hebben voor de mededinging: **producenten** zullen andere effecten ervaren naar gelang hun huidige modellenaanbod, **consumenten** zullen een vermindering in keuze en een stijging in de gemiddelde prijs ervaren
- Toch kan het efficiëntieverweer vermoedelijk worden toegepast:
 - Efficiëntiewinst: gemiddelde wasmachine wordt meer energie- en waterefficiënt
 - Onmisbaarheid: **moeilijkste** aspect hier, wat met advertentiecampagne of label?
 - Doorgeven aan consumenten: individuele economische en collectieve milieuvoordelen
 - Geen uitschakeling van mededinging: overeenkomst beïnvloedt enkel omvang modellenaanbod, één concurrentieparameter, terwijl concurrentie nog steeds speelt op andere parameters
- ➔ **Alle voorwaarden zijn vervuld** (indien onmisbaarheid kan worden bewezen)

Duurzaamheid: key takeaways



Wanneer overeenkomsten geen concurrentieparameters beïnvloeden, kunnen ze geen mededingingsrechtelijke bezwaren opleveren



Wanneer deze wel mededinging beïnvloeden, is de vraag of ze mededinging beperken en, indien ja, of de voordelen opwegen tegen die beperkingen



Efficiëntiewinsten moeten onmisbaar zijn, doorgaan naar consumenten, en niet mededinging uitschakelen voor een wezenlijk deel van de producten



Transparante en open initiatieven die aanhoudend marktfalen aanpakken, voorlichtingscampagnes, of gedachtewisseling over beste praktijken



Overeenkomsten die duurzaamheidsdoelstellingen gebruiken om prijsafspraken, klantenverdelingen, beperkingen, etc. te verhullen

Voor meer informatie, contacteer:

Jan Bocken

Kim Gillade

Advocaten



Jan.Bocken@Eubelius.com

Kim.Gillade@Eubelius.com



www.eubelius.com

