

**HOF VAN BEROEP ANTWERPEN**

**Zaak 2021/AR/1436**

**TUSSEN**

**BEEVERS KAAS BV**

*Appellante*

Hierna : “Beevers”

**EN**

**ALBERT HEIJN BELGIË NV, KONINKLIJKE AHOLD DELHAIZE NV, ALBERT  
HEIJN BV, AHOLD BELGIË BV**

*Geïntimeerden*

Hierna: “de Supermarkten” of “Albert Heijn”

**EN**

**B.A. COÖPERATIEVE ZUIVELONDERNEMING CONO**

*Vrijwillig tussenkomende partij*

Hierna: “Cono” of de “Producent”

---

**Schriftelijke opmerkingen van de Belgische Mededingingsautoriteit (“BMA”)  
in toepassing van art. IV.88, §1 WER**

**AMICUS CURIAE**

---

## I. Inleiding

### I.1 Procedurele voorgaanden

Bij arrest van 27 april 2022 (het “verwijzingsarrest”) verzoekt het Hof van Beroep te Antwerpen op grond van artikel IV.88 § 1 van het Wetboek van economisch recht (“WER”) de Belgische Mededingingsautoriteit (“BMA”) om binnen een termijn van vier maanden na de kennisgeving van uitspraak van dit arrest (2 mei 2022) schriftelijke opmerkingen te maken over de problematiek geschetst in het motiverend gedeelte van het arrest.

Blijkens het verwijzingsarrest vraagt het Hof van beroep met name assistentie aan de BMA omtrent de correcte lezing van het mededingingsrechtelijk kader dat van toepassing is op de voorliggende zaak.<sup>1</sup> Uit het arrest blijkt met name dat een uitlegging van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening<sup>2</sup> van de Europese Commissie aan de orde is.

Appelante, Beevers, vordert in haar hoger beroep:

“te zeggen voor recht dat Geïntimeerden [Albert Heijn België NV, Koninklijke Ahold Delhaize NV en Albert Heijn] een inbreuk plegen op de eerlijke marktpraktijken in de zin van artikel VI.104 doordat zij activiteiten uitoefenen op het Belgisch grondgebied die rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg hebben dat de exclusiviteitsrechten van Beevers onder de alleenverkoopovereenkomst van onbepaalde duur met CONO worden geschonden, hoewel Geïntimeerden weten dat CONO gebonden is door dergelijke alleenverkoopovereenkomst met Beevers.”

Op 17 december 2021 is Cono vrijwillig tussen gekomen aan de zijde van Beevers. Albert Heijn verzoekt het Hof de vorderingen van Beevers integraal af te wijzen.

Het Hof van Beroep van Antwerpen heeft de BMA verzocht om haar opmerkingen neer te leggen op de griffie van het Hof.

Op 8 juni 2022 ontving de BMA de tweede en syntheseconclusie van Albert Heijn, samen met de stukkenbundel en een begeleidend schrijven.

Op 10 juni 2022 ontving de BMA de laatste conclusie van Beevers in hoger beroep dd. 22 november 2021, samen met de stukkenbundel en een begeleidend schrijven.

Op 13 juni 2022 ontving de BMA het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst van Cono dd. 17 december 2021, samen met haar stukkenbundel.

Op 14 juni 2022 heeft de BMA gemeld aan de partijen in de procedure voor het Hof van Beroep van Antwerpen dat zij bij de opstelling van haar schriftelijke opmerkingen zich enkel zal baseren op de documenten die door de partijen werden neergelegd in de procedure voor het Hof van Beroep. Na de

---

<sup>1</sup> Verwijzingsarrest, blz. 14.

<sup>2</sup> Commissie, Verordening (EU) Nr. 330/2010 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, 20 april 2010, *Pb. EU* 23 april 2010, L 102/1 (hierna: “Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2010”).

neerlegging van deze schriftelijke opmerkingen hebben de partijen overeenkomstig artikel IV.88 WER de gelegenheid om daarop te antwoorden in de procedure voor het Hof.

Op 12 juli 2022 heeft de BMA een uitstel verzocht aan het Hof van Beroep van Antwerpen voor het indienen van haar schriftelijke opmerkingen om de Europese Commissie te raadplegen.

Bij arrest van 7 september 2022 heeft het Hof van Beroep van Antwerpen een termijnverlenging van twee maand toegestaan vanaf de kennisgeving van de uitspraak van het arrest (ontvangen door BMA op 14 september 2022).

Na inwinning van het advies van de Europese Commissie heeft de BMA deze schriftelijke opmerkingen ingediend bij de griffie van het Hof van Beroep.

## **I.2 Draagwijdte van art. IV.88, §1 WER**

Artikel IV.88, §1 WER bepaalt:

*“De Belgische Mededingingsautoriteit kan ambtshalve of op verzoek van het rechtscollege waarbij de zaak aanhangig is, binnen de door het rechtscollege bepaalde termijnen, schriftelijke opmerkingen indienen in verband met de toepassing van artikel IV.1, artikel IV.2 en artikel IV.2/1 of van de artikelen 101 en 102 VWEU.*

*Met de toestemming van het betrokken rechtscollege kan zij ook mondelinge opmerkingen maken.*

*Enkel met het oog op de formulering van haar opmerkingen kan de Belgische Mededingingsautoriteit het betrokken rechtscollege verzoeken haar alle voor de beoordeling van de zaak noodzakelijke stukken toe te zenden of te laten toezenden.*

*Ingeval de Belgische Mededingingsautoriteit opmerkingen indient moeten de andere partijen de gelegenheid worden geboden om op deze opmerkingen te antwoorden.”*

Door de neerlegging van deze schriftelijke opmerkingen wordt de BMA geen tussenkomende partij bij de procedure voor het Hof van Beroep in de zin van het Gerechtelijk Wetboek. Zij stelt deze opmerkingen op als amicus curiae van het Hof met betrekking tot de toepassing van de mededingingsrechtelijke regels.

In deze hoedanigheid heeft de BMA geen onderzoeksbevoegdheden. Zij neemt enkel kennis van de feitelijke informatie zoals overgemaakt door het Hof en de conclusies samen met stukken die door de partijen aan de BMA werden meegedeeld (zie supra I.1).

Tot slot, zij eraan herinnerd dat deze schriftelijke opmerkingen het Hof niet binden en dat de partijen overeenkomstig art. IV.88, §1, alinea 4 de mogelijkheid moeten hebben om te antwoorden op deze opmerkingen.

## **II. De feitelijke context en de vraag voor het Hof van Beroep van Antwerpen**

### **II.1 Feitelijke context**

Voor een samenvatting van de feitelijke en juridische context verwijst de BMA naar het verwijzingsarrest. Zij brengt hieronder enkele elementen in herinnering.

Cono is een Nederlandse onderneming die verschillende soorten kaas produceert, met name "Beemster" en "Oudendijk" kaas.

Cono verkoopt zijn kazen gewoonlijk als eindproduct, behalve in België, waarvoor het op 5 januari 1995 een exclusieve distributieovereenkomst ("de Overeenkomst") heeft gesloten met de Belgische distributeur Beevers. Deze onderneming koopt de kaas wanneer deze nog maar twee weken oud is en zorgt voor het rijpingsproces. Op basis van de Overeenkomst kreeg Beevers het exclusieve recht om de kazen "Beemsterkaas" en "Het Beemsterwapen" door te verkopen op het grondgebied van België en Luxemburg ("Belux").<sup>3</sup>

Cono heeft geen exclusieve distributeur voor Nederland aangewezen. De Nederlandse supermarktketen 'Albert Heijn' koopt sinds 2006 kaas (als eindproduct) van Cono en verkoopt deze op de Nederlandse markt.

In 2011 opende Albert Heijn haar eerste supermarkt in België en begon zij in België "Beemster"-kaas te verkopen die zij in Nederland van Cono had gekocht. Zodra duidelijk werd dat Albert Heijn supermarkten in België zou openen, heeft Cono Albert Heijn meegedeeld dat Cono jegens Beevers de verplichting had om haar andere afnemers, zoals Albert Heijn, te verbieden om actief in België en Luxemburg te verkopen. Het bestaan van deze contractuele verplichting van Cono t.a.v. Beevers om deze laatste te beschermen tegen actieve verkopen in haar gebied werd erkend door het Hof van Beroep te Antwerpen.<sup>4</sup>

Albert Heijn ging echter door met de verkoop van "Beemster"-kaas in België. Beevers startte een procedure voor de Antwerpse rechtbank om een stakingsbevel tegen Albert Heijn te verkrijgen en Cono kwam tussen in de procedure aan de zijde van Beevers.

### **II.2 Vraag voor Hof van Beroep van Antwerpen**

De vraag voor het Hof van Beroep te Antwerpen is of de overeenkomst tussen Cono en Beevers een hardcorebeperking van de mededinging bevat in de zin van art. 4, b) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2010.

De overeenkomst bevat de volgende bepalingen:

- de exclusiviteitsrechten van Beevers strekken zich uit tot alle verkopen van de kaas 'Beemsterkaas' en 'Het Beemsterwapen' aan en ten behoeve van afnemers gevestigd in België en Luxemburg (art. 1.3.);

---

<sup>3</sup> Art. 1.1-1.3. van de Overeenkomst.

<sup>4</sup> Verwijzingsarrest, blz. 9-11 (randnrs. 3-5).

- Cono verbindt zich jegens Beevers om aan derden geen kaas onder de merken 'Beemsterkaas' en 'Het Beemsterwapen' in Belux te leveren dan met tussenkomst van Beevers (art. 4.1.);
- Beevers zelf mag de kaas 'Beemsterkaas' en 'Het Beemsterwapen' niet uitvoeren buiten België of Luxemburg (art. 3.2.).<sup>5</sup>

Zoals gezegd, heeft het Hof van Beroep van Antwerpen uitdrukkelijk erkend dat Cono de verplichting op zich heeft genomen ten aanzien van Beevers om haar te beschermen tegen actieve verkopen van haar andere afnemers (kopers) in Belux.

De discussie tussen partijen voor het Hof van Beroep te Antwerpen spitst zich toe op de vraag of de voorwaarden voor toepassing van de uitzondering voorzien in art. 4, b), i) VBER zijn vervuld, in het bijzonder of aan de voorwaarde van "parallele oplegging" gespecificeerd in punt 51 van de Verticale Richtsnoeren 2010<sup>6</sup> is voldaan.

Albert Heijn stelt dat i) een exclusieve distributieovereenkomst, zoals de Overeenkomst, de leverancier er enkel toe verplicht de contractproducten aan slechts één distributeur te verkopen met het oog op wederverkoop in een bepaald gebied, en niet per definitie kan worden geacht de leverancier ertoe te verplichten de actieve verkoop in het exclusieve gebied aan al zijn andere afnemers te verbieden en dat ii) de jaarlijkse niet-exclusieve leveringsovereenkomsten tussen Cono en Albert Heijn, deze laatste niet verbieden actief te verkopen in het Belux-gebied en dat -voor zover Albert Heijn bekend- een dergelijk actief verkoopverbod ook niet werd opgenomen in de afspraken tussen Cono en haar andere afnemers. Bijgevolg is niet voldaan aan de voorwaarde van parallele oplegging.

Beevers en Cono stellen daarentegen dat (i) het voor een exclusieve distributieovereenkomst, zoals de Overeenkomst, van essentieel belang is dat de exclusieve distributeur wordt beschermd tegen actieve verkoop in het gebied dat exclusief aan hem is toegewezen en dat (ii) Cono aan Albert Heijn en haar andere afnemers een actief verkoopverbod in het Belux-gebied heeft opgelegd.

### **III. Voorwerp schriftelijke opmerkingen en juridische context**

In deze opmerkingen geeft de BMA haar standpunt over de interpretatie en de toepassing van art. 4, b), i) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2010 en met name van de voorwaarde van de parallele oplegging.

De BMA wijst op artikel 2 van Verordening (EG) 1/2003 dat bepaalt dat de partij die beweert dat een inbreuk op artikel 101, lid 1 of artikel 102 VWEU is gepleegd, de bewijslast van de inbreuk dient te dragen en dat daarentegen de partij die zich op artikel 101, lid 3 VWEU beroept, de bewijslast dient te dragen dat de voorwaarden van deze bepaling zijn vervuld.

Het komt toe aan Uw Hof om in het licht van het aangevoerde bewijsmateriaal van de partijen te beoordelen of de exclusiviteit afgesproken tussen Cono en Beevers, in het bijzonder de door Cono aan Beevers geboden bescherming tegen actieve verkopen in de Belux, mededingingsrechtelijk geldig is.

---

<sup>5</sup> Het Hof van beroep legt deze bepaling uit als een verbod voor Beevers om actief te verkopen buiten de Belux (verwijzingsarrest, blz. 9).

<sup>6</sup> Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *Pb. EU C 130/1*, 19 mei 2010 (hierna: "Verticale Richtsnoeren 2010").

De schriftelijke opmerkingen van de BMA beogen preciseringen te geven aan Uw Hof bij de toepassing van deze regels. De BMA gaat hierbij uit van de feiten zoals beschreven in het Verwijzingsarrest.

Voor wat volgt, gaat de BMA ervan uit dat:

- alle partijen in de procedure voor het Hof van Beroep van Antwerpen als ondernemingen kunnen worden beschouwd in de mededingingsrechtelijke zin van het woord; dit wordt door de partijen niet betwist;
- dat de handel tussen de lidstaten kan worden beïnvloed door de overeenkomst die is gesloten tussen Cono en Beevers, aangezien de verkopen naar België en Luxemburg door klanten van Cono gevestigd in andere lidstaten erdoor kunnen worden beperkt. Zelfs indien de handel tussen de lidstaten niet wordt beperkt door de overeenkomst tussen Cono en Beevers, dan nog wordt art. IV.1, §1 en §3 WER naar analogie op dezelfde wijze toegepast als art. 101, §1 en §3 VWEU.<sup>7</sup>

### **III.1 Temporeel toepassingsgebied**

De Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2010 trad in werking op 1 juni 2010 en was vanaf dan rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat tot 31 mei 2022.

Op 1 juni 2022 is de nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening in werking getreden.<sup>8</sup> Zij is tevens rechtstreeks toepasselijk in elke EU lidstaat. Tevens nam de Europese Commissie nieuwe verticale richtsnoeren aan.<sup>9</sup> Art. 10 van de nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening voorziet in een overgangstermijn:

*“Het verbod van artikel 101, lid 1, van het Verdrag is gedurende de periode van 1 juni 2022 tot en met 31 mei 2023 niet van toepassing op overeenkomsten die op 31 mei 2022 reeds van kracht waren en die niet aan de in deze verordening vastgestelde voorwaarden voor vrijstelling voldoen, maar die op 31 mei 2022 wel aan de in Verordening (EU) nr. 330/2010 vastgestelde vrijstellingsvoorwaarden voldeden.”*

Deze schriftelijke opmerkingen van de BMA zullen zich dus voornamelijk toelagen op de uitlegging van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2010.

## **IV. Art. 4, b), i) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening**

### **IV.1 Verbod op sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten (art. 101 VWEU en art. IV.1 WER)**

**Verbod op sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten.** Art. 101, §1 van het VWEU bepaalt dat “alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging

---

<sup>7</sup> Art. IV.3 WER.

<sup>8</sup> Commissie, Verordening (EU) 2022/720 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, 10 mei 2022, *PB Europese Unie* 11 mei 2022, L 134/4.

<sup>9</sup> Commissie, Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 2022/C 248/01, *Pb EU* 30 juni 2022, C 248/1.

binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst” onverenigbaar zijn met de interne markt en verboden. Art. IV.1, §1 WER is het equivalent van art. 101, §1 VWEU in Belgisch recht en geldt voor overeenkomsten die de mededinging op de Belgische betrokken markt of op een wezenlijk deel ervan merkbaar verhinderen, beperken of vervalsen.

**Uitzonderingen op het verbod.** Art. 101, §3 VWEU en art. IV.1, §3 voorzien in de voorwaarden waaraan overeenkomsten moeten voldoen om niet onder het verbod van het eerste lid te vallen.

Zoals het Hof van Beroep van Antwerpen terecht aanhaalt, geeft de Verticale Groepsvrijstelling invulling aan art. 101, §3 VWEU voor verticale overeenkomsten.<sup>10</sup> Indien een verticale overeenkomst voldoet aan de voorwaarden neergelegd in de Verticale Groepsvrijstellingsverordening, wordt zij geacht aan de voorwaarden van art. 101, §3 VWEU te voldoen en wordt artikel 101, §1 VWEU buitentoepassing verklaard voor de verticale overeenkomst in kwestie. Hetzelfde geldt voor art. IV.1, §1 WER.<sup>11</sup> Exclusieve distributieovereenkomsten (of alleenverkoopovereenkomsten) zijn in principe vrijgesteld onder de Verticale Groepsvrijstellingsverordening.

Bij een exclusieve distributieovereenkomst (alleenverkoopovereenkomst) verbindt de leverancier zich ertoe in een bepaald gebied zijn producten slechts aan één distributeur met het oog op wederverkoop te verkopen.<sup>12</sup> Tegelijkertijd worden aan de distributeur meestal beperkingen opgelegd met betrekking tot zijn actieve verkoop in andere (op basis van exclusiviteit toegewezen) gebieden.<sup>13</sup>

Een exclusieve distributieovereenkomst is krachtens de artikelen 2, lid 1 en 3, lid 1 van de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld indien het respectieve marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer niet meer dan 30 % bedraagt, zelfs in combinatie met andere verticale beperkingen, tenzij hardcore-beperkingen in de overeenkomst staan tussen de leverancier en de afnemer.<sup>14</sup> Er is geen betwisting tussen de partijen dat deze marktaandeeldrempel in casu niet overschreden wordt.

## **IV.2 De regel: gebieds- of klantenbeperkingen zijn verboden**

Art. 4, b) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening vermeldt de volgende hardcore beperking die niet in aanmerking komt voor een vrijstelling op basis van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening:

*“De in artikel 2 bepaalde 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:*

*b) de beperking van het gebied waarin of de klanten aan wie een afnemer die partij is bij de overeenkomst, onverminderd een beperking ten aanzien van zijn vestigingsplaats, contractgoederen of -diensten mag verkopen, met uitzondering van:”*

Hardcore beperkingen doen de veilige haven van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening teniet. Wanneer een hardcore beperking in een overeenkomst is opgenomen, wordt verondersteld dat de

---

<sup>10</sup> Verwijzingsarrest, §6 en 7.

<sup>11</sup> Art. IV.3 WER.

<sup>12</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §151.

<sup>13</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §151.

<sup>14</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §152.

overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt.<sup>15</sup> Ook wordt verondersteld dat de overeenkomst waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, beantwoordt en dat de groepsvrijstelling bijgevolg niet van toepassing is.<sup>16</sup> Ondernemingen kunnen evenwel in individuele gevallen krachtens artikel 101, lid 3, concurrentiebevorderende effecten inroepen.<sup>17</sup>

Marktverdeling door de toewijzing van gebieden of klantenkringen vormt immers een van de meest ernstige inbreuken van het mededingingsrecht.

In het bijzonder maakt een verbod dat door een leverancier aan zijn afnemers wordt opgelegd om actief te verkopen in een bepaald gebied, een hardcore beperking uit in de zin van artikel 4, b) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening.

### **IV.3 De uitzondering op de hardcorebeperking: beperking van de actieve verkoop in een exclusief gebied is toegestaan**

#### **IV.3.1 De uitzondering : tekst van art. 4, b), i) en Verticale Richtsnoeren**

Art. 4, b), i) omvat een uitzondering op de hierboven vermelde hardcore-beperking.

Volgens art. 4, b), i) van de oude Groepsvrijstellingsverordening mag “de actieve verkoop in het exclusieve gebied of aan een exclusieve klantenkring, gereserveerd voor de leverancier of door de leverancier aan een andere afnemer toegewezen”, worden beperkt, “wanneer deze beperking niet de verkoop door de klanten van de afnemer belemmert”.

Punt 51 van de Verticale Richtsnoeren van 2010 legt deze uitzondering uit als volgt.<sup>18</sup>

“ (...) De eerste uitzondering in artikel 4, onder b), i), houdt in dat de leverancier de actieve verkoop door een afnemer die een partij is bij de overeenkomst in een gebied dat of aan een klantenkring die op basis van exclusiviteit aan een andere afnemer is toegewezen of door de leverancier voor zichzelf is gereserveerd, mag beperken. Een gebied of klantenkring geldt als exclusief toegewezen wanneer de leverancier afspreekt zijn product maar aan één distributeur te leveren met het oog op distributie in een bepaald gebied of aan een bepaalde klantenkring en de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkoop in zijn gebied of aan zijn klantenkring door alle andere afnemers van de leverancier in de Unie, ongeacht de verkopen van de leverancier. De leverancier mag de toewijzing van een exclusief gebied en de toewijzing van een exclusieve klantenkring met elkaar combineren en bijvoorbeeld in een bepaald gebied een exclusieve distributeur voor een bepaalde klantenkring aanwijzen. In geval van een dergelijke bescherming van op basis van exclusiviteit toegewezen gebieden of klantenkringen moet echter passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke klantenkringen toegestaan zijn.” (nadruk en onderstreping door de BMA)

Uit art. 4, b), i) van de Groepsvrijstellingsverordening, zoals gepreciseerd in punt 51 van de Verticale Richtsnoeren, volgt dat aan drie voorwaarden moet worden voldaan om een beroep te kunnen doen op de uitzondering in art. 4, b), i):

- Ten eerste, moet er een exclusieve distributeur worden aangewezen voor een bepaald gebied;

---

<sup>15</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §47.

<sup>16</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §47.

<sup>17</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §47.

<sup>18</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren 2010, §51.



- Ten tweede, beschermt de leverancier de exclusieve distributeur tegen actieve verkoop in zijn gebied door alle andere afnemers van de leverancier;
- Ten derde, mag de verkoop door de klanten van de distributeur niet worden beperkt.

Het komt aan het Hof toe te beoordelen of de door Cono aan Beevers geboden bescherming tegen actieve verkopen in haar exclusief gebied (Belux) valt onder de uitzondering in artikel 4, b), i) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening.

#### **IV.3.2 De voorwaarde van de parallelle oplegging : draagwijdte**

De partijen zijn het erover eens dat aan de eerste en de derde voorwaarde voor een beroep op de hierboven beschreven uitzondering is voldaan. Het geschil spitst zich dus toe op de tweede voorwaarde, d.w.z. de vraag of de bescherming die Cono biedt aan Beevers voldoet aan voorwaarde van 'parallelle oplegging' zoals gespecificeerd in punt 51 van de Verticale Richtsnoeren.

Dienaangaande merkt de BMA het volgende op met betrekking tot de inhoud van de voorwaarde van de parallelle oplegging.

Ten eerste, wijst de BMA erop dat de precisering in punt 51 van de Verticale richtsnoeren van 2010 een uitlegging vormt van de draagwijdte van de uitzondering in artikel 4, onder b), i). Dit punt bevat een nadere uitlegging van hetgeen dient te worden verstaan onder een "exclusief toegewezen gebied" in de zin van artikel 4, b), i). Volgens de BMA dient deze voorwaarde van de parallelle oplegging dan ook te worden gerespecteerd om te kunnen genieten van de uitzondering in art. 4, b), i) van de Groepsvrijstellingsverordening.

Hoewel de Verticale Richtsnoeren enkel de Commissie binden, houden de nationale hoven en rechtbanken en de nationale mededingingsautoriteiten meestal wel rekening met de Verticale Richtsnoeren.<sup>19</sup> Dit spoort met de doelstellingen van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening die samen met de richtsnoeren de rechtszekerheid en de uniforme toepassing van het mededingingsrecht, met name artikel 101 VWEU, beogen.

Het feit dat de nieuwe Verticale Groepsvrijstellingsverordening ("Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2022")<sup>20</sup> een definitie bevat van exclusieve distributie in artikel 1 (1) h), die de voorwaarde van 'parallelle oplegging' omvat, bevestigt de zienswijze dat de voorwaarde van de parallelle oplegging nauw verbonden is aan het toekennen van exclusiviteit.<sup>21</sup> Het valt moeilijk in te zien hoe exclusiviteit kan worden toegekend aan een distributeur zonder deze distributeur te beschermen tegen actieve verkopen in zijn gebied.

Ten tweede, wijst de BMA erop dat de voorwaarde van 'parallelle oplegging' vereist dat de leverancier zijn exclusieve distributeur beschermt tegen actieve verkoop in het exclusief toegewezen gebied door *alle andere afnemers* in de EER van de leverancier.

---

<sup>19</sup> Zie Commissie, Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 173 final, p. 7, 18 en 88.

<sup>20</sup> Verordening (EU) 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, C/2022/3015, PB L 134 van 11 mei 2022.

<sup>21</sup> Zie ook Verticale Richtsnoeren, 2022, §117 en 122.

Deze voorwaarde moet worden uitgelegd in het licht van het doel van art. 4, b), i) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening, nl. de beloning en bescherming van investeringen door de exclusieve distributeur ten behoeve van de consument. Volgens de Verticale richtsnoeren van de Commissie van 2010 is exclusieve distributie in beginsel vrijgesteld van artikel 101, lid 1, VWEU indien aan de toepassingsvoorwaarden van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening is voldaan (d.w.z. de artikelen 2 en 3) en indien de overeenkomst geen hardcore beperkingen bevat.<sup>22</sup> Art. 4, onder b), i), beoogt exclusieve distributie in de praktijk mogelijk te maken door de beperking van de actieve verkoop in een exclusief aan een distributeur toegewezen gebied toe te staan.<sup>23</sup> Indien een exclusieve distributeur niet beschermd zou zijn tegen actieve verkoop in het exclusief aan hem toegewezen gebied, zou de doelstelling van de exclusieve distributieovereenkomst worden ondermijnd. De reden waarom volgens de Commissie exclusieve distributie mogelijk moet zijn (en een exclusieve distributeur beschermd moet worden tegen actieve verkoop in zijn gebied) is dat de door een exclusieve distributeur gedane investeringen beloond en beschermd moeten worden.<sup>24</sup>

Uit het dossier leidt de BMA af dat Beevers in de loop der jaren belangrijke investeringen heeft gemaakt in een kaasrijpingsinstallatie ten voordele van de kwaliteit van de Beemsterkaas en de consument:

- Beevers kocht in 1996 gronden voor de bouw van een nieuwe geconditioneerde rijpingszaal;
- in 1998 startte Beevers met een uitgebreide marketingcampagne om Beemster als merk op de kaart te zetten;
- recent investeerde Beevers belangrijke bedragen voor aanpassingen aan de productie-omgeving (uitbreiding en optimalisering van geconditioneerde rijpingszalen);
- aanzienlijke investering over de jaren heen in de uitbouw van het Beemster merk.<sup>25</sup>

De geboden bescherming tegen actieve verkopen in Belux beloont en beschermt het maken van de deze investeringen.

Ten derde is de BMA van oordeel dat de voorwaarde dat de leverancier zijn exclusieve distributeur bescherming biedt tegen actieve verkopen in het exclusieve gebied door alle andere afnemers, moet worden uitgelegd in het licht van de algemene definitie van het begrip 'overeenkomst' in de zin van de mededingingsregels, in het bijzonder artikel 101 VWEU en artikel IV.1 WER.

Dit houdt volgens de BMA in dat een vereiste om deze bescherming uitdrukkelijk te vermelden in de overeenkomst met de exclusieve distributeur en/of in de overeenkomsten met de andere afnemers, een te formalistische benadering zou zijn. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 101 VWEU wanneer de partijen

---

<sup>22</sup> Commissie, Verticale Richtsnoeren, 2010, §152.

<sup>23</sup> Daarmee zijn ook de Supermarkten het eens: zie p. 23, laatste alinea van de tweede en syntheseconclusie in hoger beroep van de Supermarkten van 22 december 2021: *“De uitzondering op het verbod op wederverkoopbelemmeringen maakt het mogelijk om een distributiestelsel in te richten waarbij per gebied of per klantenkring een exclusieve distributeur wordt aangesteld, die wordt beschermd tegen actieve verkoop door andere distributeurs binnen zijn gebied of aan zijn klantenkring.”*

<sup>24</sup> Verticale Richtsnoeren 2010, punt 164; Europese Commissie, Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD (2020), 172 final, 8 september 2020, 13-14; Commissie, Verticale Richtsnoeren 2022, punt 118.

<sup>25</sup> Beevers, Conclusie in beroep, 22 november 2021, §30-31.

hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen.<sup>26</sup> Het maakt daarbij niet uit in welke vorm die wilsovereenstemming tot uitdrukking wordt gebracht, als de wilsovereenstemming van de partijen maar getrouw wordt weergegeven.<sup>27</sup> In deze benadering kan de feitelijke naleving door de andere afnemers (distributeurs) van een verbod om actief te verkopen in een exclusief toegewezen gebied, volstaan om vast te stellen dat de distributeurs minstens stilzwijgend met dat verbod hebben ingestemd.<sup>28</sup>

Immers, uit de rechtspraak volgt dat de wilsovereenstemming en het mogelijke bestaan van uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming met de instructies van de leverancier door de distributeurs, kan worden afgeleid uit de feitelijke handelswijze (het gedrag) van de betrokken partijen.<sup>29</sup>

In dezelfde zin preciseert de Europese Commissie in punt 25, a) van haar Verticale richtsnoeren van 2010, daarbij verwijzend naar de rechtspraak, dat wanneer een expliciete instemming ontbreekt “eerst [moet] worden aangetoond dat de ene partij expliciet of impliciet van de andere partij verlangt dat zij medewerking aan de uitvoering van zijn eenzijdige beleid verleent en vervolgens dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdige beleid daadwerkelijk uit te voeren.”<sup>30</sup>

De Groepsvrijstellingsverordening en de Verticale Richtsnoeren van 2010 schrijven niet voor op welke wijze de leverancier zijn exclusieve distributeurs moet beschermen tegen actieve verkoop in het exclusieve gebied door de andere afnemers van de leverancier. In het bijzonder schrijven zij niet voor op welke wijze de leverancier het verbod van actieve verkoop aan zijn andere afnemers moet medelen en evenmin op welke wijze deze afnemers moeten instemmen met het verbod. Punt 124 van de nieuwe Verticale Richtsnoeren van 2022, waarin inspiratie kan worden gevonden, verduidelijkt echter: “Wanneer een grondgebied of een klantengroep niet exclusief aan één of meer distributeurs is toegewezen, kan de leverancier het grondgebied of de klantengroep aan zichzelf toewijzen, in welk geval hij al zijn distributeurs daarvan in kennis moet stellen.” Dit kan zo worden geïnterpreteerd dat het informeren van andere distributeurs van een verbod om actief te verkopen in een exclusief toegewezen gebied of aan een exclusieve klantenkring een voldoende middel kan zijn om de noodzakelijke bescherming van het exclusieve gebied of klantenkring te waarborgen. Anderzijds bevat dit punt 124 geen aanwijzingen over hoe instemming door deze distributeurs met het verbod moet worden aangetoond, zodat hiervoor kan worden teruggevallen op de algemene regel dat stilzwijgende instemming wordt aangetoond doordat zij het verbod daadwerkelijk hebben uitgevoerd.

### **IV.3.3 Gevolgtrekkingen voor de onderhavige zaak**

Uit deze beginselen omtrent het begrip overeenkomst vloeit volgens de BMA voort dat de leverancier (Cono) de exclusieve distributeur (Beevers) op verschillende wijzen kan beschermen tegen de actieve verkopen van haar andere afnemers. Hoewel de meest voor de hand liggende manier erin bestaat in

---

<sup>26</sup> Zie bijv. arrest van 14 januari 2021, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, zaak C-450/19, EU:C:2021:10, §21 (waar wordt verwezen naar andere rechtspraak).

<sup>27</sup> Zie arrest van 26 oktober 2000, *Bayer AG v Commissie*, zaak T-41/96, §69, en van 6 januari 2004, *Bayer Adalat*, C-2/01 P en C-3/01 P, EU:C:2004:2, §97.

<sup>28</sup> Arresten van 26 oktober 2000, *Bayer AG*, T-41/96, EU:T:2000:242, §71-72, en van 3 December 2003, *Volkswagen v Commissie*, T-208/01, EU:T:2003:326, §34-36.

<sup>29</sup> Arrest van 26 Oktober 2000, *Bayer AG*, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, §123; arrest van 6 januari 2004, *Bayer Adalat*, C-2/01 P and C-3/01 P, ECLI:EU:C:2004:2, §100; arrest van 13 juli 2006, *Commissie v Volkswagen AG*, C-74/04, ECLI:EU:C:2006:460, §39.

<sup>30</sup> Verticale Richtsnoeren 2010, §25; zie ook Verticale Richtsnoeren 2022, §54.

de overeenkomsten tussen de leverancier en al zijn andere afnemers de uitdrukkelijke verplichting op te nemen dat laatstgenoemden niet actief mogen verkopen in het exclusieve gebied van de exclusieve distributeur, kan deze bescherming ook op andere manieren worden bereikt.

In dit verband wijst de BMA nog op het volgende:

- het Hof van Beroep heeft vastgesteld dat de leverancier (Cono) en de exclusieve distributeur (Beevers) zijn overeengekomen dat de leverancier de exclusieve distributeur zal beschermen tegen actieve verkoop door andere afnemers van de leverancier in het exclusief toegewezen gebied (Belux)<sup>31</sup>;

- uit het dossier lijkt te volgen dat, met uitzondering van Albert Heijn, alle andere afnemers van de leverancier (Cono) niet actief te verkopen in het gebied dat exclusief aan Beevers is toegewezen en zouden zij dus de facto de alleenverkoopovereenkomst tussen Cono en Beevers eerbiedigen;

Cono vermeldt in haar verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst dat het verbod op actieve verkoop naar Belux werd opgelegd aan andere afnemers van Cono die actief zijn in België.<sup>32</sup> Beevers is blijkbaar enkel een procedure gestart tegen Albert Heijn en niet tegen andere ondernemingen.<sup>33</sup> Beevers geeft aan dat Albert Heijn de enige onderneming is die het actieve verkoopverbod thans niet respecteert.<sup>34</sup>

Het komt toe aan het hof van beroep om te beoordelen in het licht van deze elementen dat uit het gedrag van de andere afnemers mag worden afgeleid dat zij stilzwijgend ermee hebben ingestemd om niet actief te verkopen in het gebied dat exclusief is toegewezen aan Beevers;

- uit het arrest van het Hof van Beroep blijkt dat de leverancier (Cono) een afnemer (Albert Heijn) schriftelijk op de hoogte heeft gebracht van het verbod om de producten actief te verkopen in het exclusieve gebied (Belux), zodra Albert Heijn besloot in dit gebied supermarkten te openen.

Het komt toe aan het Hof van Beroep te beoordelen of Albert Heijn het actieve verkoopverbod uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft aanvaard. Volgens de BMA is een redelijke interpretatie aangewezen in het licht van de investeringen die Beevers heeft gedaan en die mededingingsrechtelijk bescherming verdienen en in het licht van het principe van de goede trouw in de uitvoering van overeenkomsten.<sup>35</sup> In dit verband wijst de BMA er ook op dat sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Groepsvrijstellingsverordening van 2022 een gebied als exclusief toegewezen kan gelden indien er ten hoogste vijf distributeurs worden aangeduid in dat gebied.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Verwijzingsarrest, §3 en 4, op blz 9 en 10.

<sup>32</sup> Verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst namens Cono van 17 december 2021, §52.

<sup>33</sup> Verwijzingsarrest, p. 4, §2.

<sup>34</sup> Beevers, Conclusie in beroep dd. 22 november 2021, §124.

<sup>35</sup> Het Hof van Beroep heeft ook aangegeven dat geïntimeerden (Albert Heijn) “de alleenverkoopovereenkomst van 1 januari 1993 in het verleden op eenzelfde wijze hebben geïnterpreteerd en hebben erkend dat ze in België niet mochten verkopen zonder tussenkomst van Beevers Kaas (...)”. (Verwijzingsarrest, § 5, blz. 11)

<sup>36</sup> Art. 1, h) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2022.

#### **IV.3.4 Beperking van actieve en niet van passieve verkopen**

Tot slot mogen volgens de uitzondering in art. 4, b), i) enkel de actieve verkopen in het exclusief toegewezen gebied worden beperkt en niet de passieve verkopen.

De BMA ziet geen aanwijzingen in het verwijzingsarrest dat passieve verkopen door afnemers van Cono in het aan Beevers exclusief toegewezen gebied worden beperkt. Albert Heijn verwijst in dit verband naar het feit dat Albert Heijn België zich mocht bevoorraden bij andere ondernemingen van dezelfde groep die gevestigd zijn buiten België.<sup>37</sup> Dit is inderdaad toegestaan, maar dit verandert niets aan het feit dat Albert Heijn niet actief mag verkopen in België (indien art. 4, b), i) van de Groepsvrijstellingsverordening van toepassing is). De BMA begrijpt dat er in deze zaak geen aanwijzingen zijn dat Cono de ondernemingen van de Albert Heijn-groep zou verbieden om passief te verkopen in België. Cono verzet zich ertegen dat Albert Heijn (die inkoopt in Nederland) vervolgens deze goederen actief verkoopt in België. Art. 1, §2 van de Groepsvrijstellingsverordening stelt inderdaad dat de termen “onderneming”, “leverancier” en “afnemer” de respectievelijk met hen verbonden ondernemingen omvatten. Met andere woorden: Albert Heijn België en de met haar verbonden ondernemingen dienen als één onderneming te worden beschouwd in mededingingsrechtelijke zin. De Supermarkten moeten samen worden beschouwd als “een afnemer die partij is bij de overeenkomst” in de zin van art. 4, b) van de Groepsvrijstellingsverordening. De actieve verkoop in België door de Supermarkten mag dus worden beperkt op basis van art. 4, b), i) van de Groepsvrijstellingsverordening.

## **V. Conclusie**

De BMA concludeert tot het volgende:

- de voorwaarde van de parallelle oplegging, zoals gepreciseerd in de Verticale Richtsnoeren van 2010, dient volgens de BMA te worden gerespecteerd om een beroep te doen op uitzondering in art. 4, b), i) van de Verticale Groepsvrijstellingsverordening van 2010;
- de vervulling van deze voorwaarde vereist dat de leverancier (Cono) haar exclusieve distributeur (Beevers) dient te beschermen tegen actieve verkopen van al haar afnemers in de EER in het exclusief toegewezen gebied;
- deze voorwaarde moet worden geïnterpreteerd in het licht van haar doelstelling (bescherming van investeringen) en het begrip ‘overeenkomst’ in de zin van de mededingingsregels. De wilsovereenstemming en het bestaan van uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming met de instructies van de leverancier door de distributeurs kunnen worden afgeleid uit het gedrag van de partijen (feitelijke naleving);
- hoewel de leverancier in de schriftelijke overeenkomsten met zijn andere afnemers uitdrukkelijk kan voorzien dat laatstgenoemden niet actief mogen verkopen in het exclusieve gebied van haar exclusieve distributeur, kan de bescherming dus ook op andere manieren worden bereikt;

---

<sup>37</sup> Supermarkten, Tweede en syntheseconclusie in hoger beroep, 22 december 2021, §53.

- uit het dossier blijkt dat alle afnemers van Cono die actief zijn in België (buiten Albert Heijn) het actief verkoopverbod in het exclusieve gebied van Beevers feitelijk naleven;
- het is aan de rechter om te oordelen of Albert Heijn uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn instemming heeft gegeven om het actieve verkoopverbod na te leven op basis van bovenstaande aanwijzingen van de BMA ( zie supra IV.3.2 en IV.3.3).

28 september 2022,

Voor het directiecomité,

Jacques Steenbergen

Yves Van Gerven