



Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.

Supreme Court of the United States, 28 juni 2007
(m.nt. mr. H.H.P. Lugard)

Op 28 juni 2007 oordeelde het Supreme Court of the United States dat de toelaatbaarheid van individuele verticale prijsbinding niet langer onder de sinds 1911 onder het federale Amerikaanse mededingingsrecht geldende ‘*per se*’ standaard valt, maar beoordeeld dient te worden onder de ‘*rule of reason*’. De uitspraak impliceert dat Amerikaanse rechters in het vervolg bij de toepassing van Section 1 van de Sherman Act, de Amerikaanse pendant van Art. 81 EG, acht moeten slaan op de aangevoerde efficiëntieverbeteringen van verticale prijsbinding en dergelijke praktijken nog slechts als strijdig met het Amerikaanse mededingingsrecht kunnen aanmerken indien een feitelijke beoordeling uitwijst dat de betreffende overeenkomst daadwerkelijke negatieve effecten op de betrokken relevante markt sorteert.

Hoewel de uitspraak van het Supreme Court een aantal intrigerende vragen oproept, is duidelijk dat het arrest belangrijke gevolgen kan hebben voor de wijze waarop fabrikanten hun Amerikaanse distributienetwerken structureren. Immers, in veel gevallen zal een summiere beoordeling uitwijzen dat het Amerikaanse (federale) mededingingsrecht zich niet verzet tegen een op wederverkopers rustende verplichting de producten van de fabrikant voor een vaste – of minimumprijs door te verkopen. Daarnaast dringt zich de vraag op of de *Leegin*-doctrine ook in Europa – en Nederland – voet aan de grond zal krijgen. Op voorhand is niet in te zien waarom dat niet het geval zou zijn.

Feiten en procesverloop

De feiten die de aanleiding vormden tot dit baanbrekende arrest laten zich eenvoudig samenvatten. Leegin Cre-

ative Leather Products, Inc., (‘Leegin’) fabriceert en verkoopt sinds 1991 lederen producten, waaronder riemen en andere kledingaccessoires onder de merknaam ‘Brighton’. De marketingstrategie van Leegin is gebaseerd op de gedachte dat kleinere, gespecialiseerde wederverkopers in staat zijn betere dienstverlening en een aangenamere ‘*shopping experience*’ aan klanten te bieden dan grotere, onpersoonlijkere verkooppunten. Thans levert Leegin haar producten aan meer dan 5000 wederverkopers in de Verenigde Staten. Daarnaast worden de Brightonproducten verkocht in 70 winkels die in eigendom aan Leegin toebehoren, of waarin Leegin een belang heeft.

In 1997 stelde Leegin een nieuw prijsbeleid in op basis waarvan zij weigerde te leveren aan wederverkopers die de door Leegin aanbevolen wederverkoopprijzen niet respecteerden. Leegin beoogde daarmee haar dealers aan te sporen tot het verlenen van betere dienstverlening en verkoopinspanningen ten aanzien van de Brightonproducten.¹ In december 2002 stelde Leegin vast dat een van haar wederverkopers, PSKS, de Brightonproducten aanbood tegen een prijs die 20% lager lag dan de aanbevolen wederverkoopprijzen en besloot PSKS niet langer te leveren. PSKS adieerde vervolgens de federale rechter in eerste aanleg en betoogde dat Leegin met wederverkopers een overeenkomst was aangegaan die voorzag in verticale prijsbinding en derhalve in strijd met Section 1 Sherman Act was. De rechter in eerste aanleg verwierp het verweer van Leegin inhoudende dat haar prijsbeleid niet berustte op een overeenkomst met wederverkopers, maar een met de *Colgate*-doctrine verenigbare eenzijdige hande-

¹ Het prijsbeleid van Leegin voorzag in een uitzondering met betrekking tot producten die niet goed verkochten en die de wederverkopers niet langer wensten te voeren.

ling betrof.² De rechter honoreerde de vordering van PSKS en oordeelde dat Leegin een verticale prijsbindingsovereenkomst in stand hield die ingevolge het *Dr. Miles*-arrest³ van 1911 vasovereenkomstn het Supreme Court *per se* verboden is.

Op 20 maart 2006 bevestigde de appelrechter dat oordeel.⁴ Leegin werd vervolgens veroordeeld tot betaling van (drievoudige) schade van \$3,975,000,80, alsmede de kosten aan de zijde van PSKS. Op 7 december 2006 besloot het U.S. Supreme Court kennis te nemen van de zaak teneinde te beoordelen of het *per se* verbod ten aanzien van verticale prijsbinding als vervat in het *Dr. Miles*-arrest gehandhaafd diende te worden, of dat die voorgeschreven wijze van beoordeling aan herziening toe was en vervangen diende te worden door een beoordeling onder de *rule of reason*.⁵

Het arrest van het Supreme Court

Het Supreme Court deed op 28 juni 2007 uitspraak en oordeelde dat thans, 96 jaar na het wijzen van het tot dusver richtinggevend *Dr. Miles*-arrest, onvoldoende redenen aanwezig zijn om verticale prijsbinding aan het *per se* verbod te blijven onderwerpen.⁶

In zijn uitspraak staat het Supreme Court in de eerste plaats stil bij het karakter van de *per se* standaard en stelt onder verwijzing naar vaste rechtspraak vast dat *per se* verboden weliswaar bijdragen aan de rechtszekerheid en een efficiënte geschillenbeslechting, maar dat het aanmerken van gedragingen als '*per se*' verboden is voorbehouden aan praktijken die '*manifestly anticompetitive*' effecten hebben en die '*any redeeming value*' ontberen.⁷ Het Supreme Court stelt vervolgens vast dat de aan het *Dr. Miles*-arrest ten grondslag liggende overwegingen ten faveure van het *per se* verbod van verticale prijsbinding niet langer van doorslaggevend belang zijn.⁸ Het Supreme Court verwijst daarbij in eerste instantie naar de 'overweldigende' hoeveelheid theoretische (en empirische) economische literatuur die de potentiële efficiëntieverbeteringen van verticale prijsbinding benadrukt.⁹ Die inzichten rechtvaardigen niet een *per se* benadering. Voorts staat het Supreme Court stil bij de vaststelling dat verticale prijsbinding, op dezelfde voet als *intrabrand* concurrentie beperkende exclusieve distributieovereenkomsten¹⁰ en het opleggen van maximum wederverkooprijzen,¹¹ kunnen bijdragen aan een intensere interbrand concurrentie.¹² Weliswaar kunnen dergelijke *intrabrand* beperkingen ook (indirect) negatieve gevolgen hebben, maar, zo meent het Supreme Court, die omstandigheid rechtvaardigt niet de conclusie dat verticale prijsbinding '*almost or almost always*' negatieve effecten teweegbrengt en derhalve op basis van een *per se* benadering beoordeeld dient te worden.

Het Supreme Court beargumenteert vervolgens waarom het beginsel van *stare decisis* zich niet verzet tegen een herziening van de *Dr. Miles*-leer.¹³ In dat verband wijst het Supreme Court er nog op dat het in stand houden van het *per se* verbod ten aanzien van verticale prijsbinding er toe zou kunnen leiden dat de rechtspraak die zich ontwikkeld heeft op basis van de *Sylvania*- en *Colgate*-arresten, onder-

mijnd wordt. Voorts wijst het gerecht op de omstandigheid dat fabrikanten reeds nu onder de *Colgate*-doctrine de mogelijkheid hebben een met verticale prijsbinding vergelijkbaar (maar onzekerder, kostbaarder en potentieel minder efficiënt) prijsbeleid te voeren,¹⁴ en het ontbreken van een rechtvaardiging voor het op verschillende wijze beoordelen van verticale prijsbinding en andere *intrabrand* beperkingen, zoals exclusieve distributieovereenkomsten, die dezelfde economische effecten teweeg kunnen brengen.¹⁵ Tot slot gaat het gerecht in op de verschillende (federale) wettelijke maatregelen die in de loop der tijd in de Verenigde Staten verticale prijsbinding hebben toegestaan, met name om de kleinere middenstand te beschermen tegen de macht van de grootwinkelbedrijven, alsmede op de bedoeling van het Amerikaanse congres, en komt tot de slotsom dat daaraan geen overtuigende argumenten ontleend kunnen worden om het *per se* verbod ten aanzien van verticale prijsbinding te handhaven. Op basis

2 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919). In het *Colgate*-arrest bevestigde het Supreme Court dat een zuiver eenzijdige vaststelling door de fabrikant van het te voeren prijsbeleid, de publiekelijke aankondiging daarvan, alsmede de weigering om distributeurs te leveren die dat beleid niet (langer) wensen te volgen, bij gebreke van een 'overeenkomst' in de zin van Section 1 van de Sherman Act niet in strijd met die bepaling is. In latere rechterlijke uitspraken is het begrip 'eenzijdige handeling' eng geïnterpreteerd, hoewel beëindiging van een distributeur in combinatie met eerdere (prijs)klachten over het prijsbeleid van de beëindigde distributeur door andere wederverkopers op zichzelf geen strijd met de Sherman Act oplevert. In de praktijk worden Amerikaanse rechters veelvuldig geconfronteerd met tegen fabrikanten ingestelde schadevergoedings- en nakomingsacties van beëindigde wederverkopers die zich beroepen op de niet-toepasselijkheid van de *Colgate*-doctrine. Zie daarover bijvoorbeeld ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (6th ed. 2007), pp. 17-26.

3 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911). Overeenkomstig het onder de *per se* standard geldende beoordelingskader ging het U.S. District Court for the Eastern District of Texas voorbij aan verklaringen van de door Leegin ingeschakelde expert, professor Elzinga, dat Leegin's prijsbeleid resulteerde in efficiëntieverbeteringen.

4 *PSKS, Inc., v. Leegin Creative Leather Products, Inc.*, No. 04-41243, 2006 U.S. App. LEXIS 6879. In die procedure betwistte Leegin niet langer dat zij een verticale prijsbindingsovereenkomst was aangegaan, maar beargumenteerde Leegin uitsluitend dat die regeling onder de *rule of reason* beoordeeld diende te worden.

5 *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc.*, 171 F. App'x 464 (5th Cir.), cert. granted, 127 S. Ct. 763 (2006)

6 *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. _ (2007). Het Supreme Court besloot met een krappe (5-4) meerderheid voor afschaffing van het *per se* verbod.

7 Het Supreme Court merkt daarbij op dat *per se* verboden uitsluitend gerechtvaardigd zijn indien rechters met vertrouwen kunnen voorspellen dat de beoordeling van de feiten zou leiden tot de vaststelling van negatieve effecten.

8 Zie *supra*, noot 6, p. 7. De overwegingen die ten grondslag lagen aan het *Dr. Miles*-arrest waren deels ontleend aan het eigendomsrecht ('*alinea-tion*') en de vereenzelviging van verticale prijsbinding met horizontale prijsafspraken tussen dealers.

9 Zie *supra*, noot 6, p. 9.

10 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

11 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

12 Zie *supra*, noot 6, p. 10-12.

13 Op die argumenten gaat deze bijdrage niet in detail in.

14 Of uitsluitend omwille van het ten aanzien van verticale prijsbinding geldende *per se* verbod verticaal te integreren, hetgeen vanuit economisch perspectief suboptimaal kan zijn.

15 Zie *supra*, noot 6, p. 25.

van deze overwegingen concludeert het Supreme Court dat verticale prijsbinding niet langer aangemerkt moet worden als *per se* verboden, maar beoordeeld dient te worden onder *de rule of reason*.

Het belang van het arrest voor de Amerikaanse (rechts)praktijk

Het *Leegin*-arrest vormt een voorlopig sluitstuk van de ontwikkelingen in de Amerikaanse rechtspraak met betrekking tot verticale (intra-brand) beperkingen. Reeds in het *Sylvania*-arrest¹⁶ van 1977 oordeelde het Supreme Court dat de *per se* standaard niet langer de aangewezen beoordelingsmaatstaf was voor exclusieve distributieovereenkomsten en andere territoriale beperkingen en in 1997 oordeelde het hoogste Amerikaanse rechtcollege in gelijke zin over het opleggen aan wederverkopers van maximale wederverkooprijzen.¹⁷ De rode draad in deze rechtspraak vormt het toenemende gewicht dat wordt toegekend aan de daadwerkelijke economische effecten die dergelijke overeenkomsten sorteren. Die tendens wordt gevoed door de ontwikkeling van economische inzichten.¹⁸ Zo stelde het Supreme Court in *Sylvania* vast dat exclusieve distributieovereenkomsten aangewend kunnen worden om *free-riding* tegen te gaan van distributeurs die profiteren van de verkoopinspanningen van andere, concurrerende distributeurs en op die wijze dealers kunnen aanzetten investeringen te doen en promotie-inspanningen te verrichten ten behoeve van de producten van de fabrikant, hetgeen de vraag naar die producten stimuleert en een positief effect heeft op de inter-brand concurrentie. In *Khan* liet het Supreme Court zich leiden door het inzicht dat, hoewel maximum verticale prijsbinding dealers beperkt in het vaststellen van hun prijsbeleid, bezwaarlijk is in te zien op welke wijze consumenten daarvan op systematische wijze het slachtoffer kunnen zijn.

De wijze waarop verticale prijsbinding onder het Amerikaanse mededingingsrecht beoordeeld dient te worden en de daaraan verbonden praktische consequenties, houdt de Amerikaanse gemoederen al decennia lang bezig. Het (vernieuwde) verhitte debat waartoe de aanloop naar het *Leegin*-arrest aanleiding gaf, kenmerkt zich grofweg door twee telkens terugkerende, samenhangende, thema's:

- (i) de praktische implicaties voor de wijze waarop de Amerikaanse economie en in het bijzonder de distributiesector is gestructureerd, met name de (door verticale prijsbinding bedreigde) positie van 'discounters' en de gevolgen daarvan voor de prijzen die aan de Amerikaanse consument in rekening worden gebracht en
- (ii) de conclusies die verbonden moeten worden aan de economische inzichten op het terrein van verticale intra-brand beperkingen.

Beide thema's komen naar voren in de *dissenting opinion* van Justice Breyer die door vier van de negen rechters van het Supreme Court onderschreven wordt.

In zijn *dissenting opinion* concludeert Justice Breyer tot handhaving van het *per se* verbod ten aanzien van verticale prijsbinding.¹⁹ In een – op zichzelf – zorgvuldig opgebouwd

betoog zet hij uiteen dat, wat er ook zijn moge van de in de theoretische literatuur geïdentificeerde positieve effecten van verticale prijsbinding in de vorm van het tegengaan van *free-riding* en het faciliteren van markttoetreding van 'eerste generatie'-dealers,²⁰ de empirische literatuur naar zijn oordeel suggereert dat die positieve effecten in de praktijk slechts zelden optreden. Bovendien, zo meent hij, zou de analyse van verticale prijsbinding door rechterlijke instanties onder de *rule of reason* dikwijls (te) gecompliceerd zijn en noodzakelijkerwijs leiden tot onjuiste uitspraken, hetgeen op zichzelf leidt tot economische inefficiëncies. Daarenboven stelt hij vast dat onomstreden is dat verticale prijsbinding in specifieke omstandigheden ook tot negatieve effecten *kan* leiden en dat er – gelet op de in de afgelopen vijftig jaar plaatsgevonden hebbende consolidatie in de distributiesector – een groter gevaar bestaat dat machtige wederverkopers fabrikanten dwingen tot het hanteren van verticale prijsbinding ten detrimente van meer efficiënte discounters, waardoor de positie van die afnemers (nog verder) versterkt wordt.²¹ Ook de toegenomen concentratie op de markten waarop toeleveranciers actief zijn, zou mededingingsbeperkende verticale prijsbinding in de hand werken.²² Justice Breyer suggereert dat het beoordelen van verticale prijsbinding onder de *rule of reason* zou kunnen leiden tot prijsstijgingen tot \$ 1000 per

16 Zie *supra*, noot 10. In het *Sylvania*-arrest beoordeelde het Supreme Court een systeem van beperkte distributie, waarbij de fabrikant een beperkt aantal wederverkopers per gebied aanwees, alsmede de verplichting de contractproducten uitsluitend vanuit een aangewezen verkooppunt te verkopen. In dat arrest stond het Supreme Court stil bij het feit dat prijzen niet-prijsgerelateerde beperkingen van de intra-brand concurrentie dezelfde economische effecten teweeg kunnen brengen, maar behoefde zich niet uit te spreken over de vraag of ook verticale prijsbinding niet langer *per se* verboden zouden moeten worden.

17 *State Oil Co. v. Khan*, zie *supra* noot 11.

18 Het *Sylvania*-arrest van 1977 wordt door veel auteurs gezien als de erkenning van de inzichten die invloedrijke (rechts)economen als Posner, Bork en Comanor in dezelfde periode ontwikkelden. Het *Leegin* arrest is in belangrijke mate gebaseerd op de (nog steeds geldende) inzichten van die academici, alsmede op meer recente inzichten van onder meer Scherer, Marvel, Matthewson en Winter, Hovenkamp en empirisch onderzoek naar de gevolgen van verticale prijsbinding van Overstreet en Ippolito. Zie *supra*, noot 6, p. 9-14.

19 Opvallend is dat Justice Breyer een voorkeur lijkt uit te spreken voor een aangepaste *per se* beoordeling in het kader waarvan met name gelet wordt op (het verhinderen van) toetreding van discounters. Zie *supra*, noot 6, p. 11 en 21.

20 Justice Breyer doelt daarbij op de situatie waarin later toetredende dealers zoveel prijsconcurrentie veroorzaken dat dealers die in een vroeger stadium aangesteld zijn hun investeringen niet kunnen terugverdienen. De toezegging van de fabrikant ook aan toekomstige dealers verticale prijsbinding op te leggen, kan de eerste generatie dealers aanzetten toch de markt te betreden.

21 Justice Breyer veronderstelt derhalve dat door wederverkopers afgedwongen prijsbinding in beginsel uitsluitend is ingegeven door de wens prijsconcurrentie op dealerniveau uit te schakelen, terwijl fabrikanten die zich niet laten leiden door belangen van wederverkopers veeleer prijsbinding hanteren om efficiëncies te genereren en de vraag naar hun producten te doen toenemen. Op die schematische voorstelling van zaken is het een en ander af te dingen.

22 Zie *supra*, noot 6, p. 16. Voor die stelling worden geen argumenten aangevoerd.

gezin per jaar.²³ Voorts stelt hij dat het verbod van prijsbinding deel uitmaakt van het Amerikaanse 'culturele erfgoed' en ziet hij in de wetsgeschiedenis en de positie van het congres in de loop der jaren geen aanleiding om het *per se* verbod af te schaffen.

Beide argumenten vonden bij de meerderheid van de rechters van het Supreme Court geen weerklank. Het arrest van het Supreme Court stelt eenvoudigweg vast dat de theoretische en (schaarse) empirische economische literatuur voldoende steun bieden voor afschaffing van het *per se* verbod en staat niet stil bij de vraag hoe vaak verticale prijsbinding in de praktijk wordt gehanteerd om *free riding* en andere inefficiëncies tegen te gaan. De bewoordingen van het arrest maken voorts duidelijk dat ook het Supreme Court niet uitsluit dat prijsbinding door dominante wederverkopers wordt afgedwongen om innovatieve, meer efficiënte wederverkopers buiten de deur te houden, of tot andere negatieve effecten leidt, maar deze overwegingen vormen onvoldoende aanleiding het *per se* verbod te handhaven.

Met het *Leegin*-arrest slaat het Supreme Court radicaal een nieuwe weg in en opent de deur voor het opleggen van verticale prijsbinding zonder in strijd te handelen met Section 1 Sherman Act. Het ligt derhalve in de rede dat het arrest een majeure betekenis zal blijken te hebben. Niettemin is het praktische belang van het arrest nog niet met zekerheid te voorspellen. Weliswaar zal het arrest door lagere rechters gevolgd worden, maar de *Attorneys General* van 37 staten zijn fel gekant tegen afschaffing van het *per se* verbod en het is bepaald niet uitgesloten dat zij (bij de toepassing van het niet-federale mededingingsrecht) de *per se* benadering ten aanzien van verticale prijsbinding zullen blijven hanteren.²⁴

Zoals hierna kort uiteengezet zal worden, zal de praktische relevantie van het arrest voorts afhangen van de wijze waarop de *rule of reason*-analyse zich de komende jaren (in de lagere Amerikaanse rechtspraak) zal ontwikkelen. In ieder geval is met het *Leegin*-arrest verticale prijsbinding niet plotseling onder alle omstandigheden toegestaan. Het arrest zet evenmin de voor de Amerikaanse praktijk zo belangrijke *Colgate*-doctrine buiten spel. Immers, ook in de toekomst zullen (door beëindiging benadeelde) wederverkopers zich op die doctrine trachten te beroepen teneinde aan te tonen dat sprake is van een verticale prijsbindingsovereenkomst. Indien dat bewijs geleverd wordt, zal de betreffende overeenkomst echter niet langer *per se* verboden zijn, maar onder de *rule of reason* beoordeeld worden.

De waardering door het Supreme Court van de economische literatuur op het gebied van verticale beperkingen van de intrabrand concurrentie

Een bespreking van de gehele literatuur met betrekking tot verticale (intrabrand) beperkingen valt buiten het bestek van deze bijdrage. Wel dient vermeld te worden dat de recente (Chicago- en post-Chicago-) literatuur gebaseerd is op het inzicht dat verticale prijsbinding en andere, daarmee vergelijkbare, verticale beperkingen efficiëntieverbeteringen tot

gevolg kunnen hebben. De aanzet tot die benadering werd in 1960 gezet door *Telser*, die de theorie postuleerde dat fabrikanten aangezet worden hun dealers verticale prijsbinding op te leggen om *free-riding* door andere, van de verkoopinspanningen profiterende, dealers tegen te gaan.²⁵ Die theorie is later uitgebreid met de '*certification free-rider*' theorie²⁶ en andere (aan de transactiekostenliteratuur ontleende) argumenten.²⁷ Later hebben anderen, waaronder *Comanor*, aangetoond dat verticale prijsbinding in deze gevallen niet altijd leidt tot een toename van consumenten-

23 Zie *supra*, noot 6, p. 20. Justice Breyer c.s. baseren zich daarbij op de schatting van het Supreme Court in de *Khan*-zaak, (zie *supra*, noot 11) dat in de periode dat verticale prijsbinding in (delen van) de Verenigde Staten was toegestaan, die regelingen ten hoogste ten aanzien van 10% van de consumentengoederen gehanteerd werden, alsmede een studie van het Department of Justice van 1975 die zou suggereren dat het prijspeil in staten waar verticale prijsbinding was toegestaan 19 tot 27% hoger lag dan in delen van de Verenigde Staten waar verticale prijsbinding niet was toegestaan.

24 Zie Amicus curiae brief van de State of New York e.a., beschikbaar op <<http://www.abanet.org/antitrust/at-committees/at-df/knowledge-database.html>>. De Attorneys General zijn van mening dat verticale prijsbinding fundamenteel verschilt van andere intrabrand beperkingen aangezien prijsbinding in tegenstelling tot die andere beperkingen per definitie leidt tot hogere prijzen. Bovendien achten zij het onwaarschijnlijk dat consumenten ondanks die hogere prijzen toch (andere) voordelen ondervinden van verticale prijsbinding. Pamela Jones Harbour, een van de leden van de Federal Trade Commission, verdedigde overigens in een 'open brief' aan het Supreme Court in afwijking van de Amicus curiae brief van de Federal Trade Commission dezelfde mening. Die opvattingen van Jones Harbour en de State Attorneys General zijn nauw verwant aan die van Steiner. Zie in het bijzonder Steiner, *How Manufacturers Deal With The Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient?*, 65 Antitrust L. J. 407 (1997).

25 *Telser, Why Should Manufacturers Want Free Trade?*, 3 J. L. & Econ. 86 (1960). De grondgedachte van de door *Telser* ontwikkelde theorie houdt in dat *free riding* wederverkopers ervan weerhoudt een optimale mate van promotie- en andere verkoopbevorderende activiteiten te ontplooiën, waardoor de vraag naar het betreffende product – en diens gevolg de behoeftenbevrediging van consumenten – suboptimaal is. Verticale prijsbinding ontnemt profiterende wederverkopers de mogelijkheid om de producten aan te bieden tegen lagere prijzen dan berekend door de wederverkopers die wel investeren in promotie-inspanningen e.d., en zodoende een concurrentievoordeel te behalen en het ontplooiën van promotieactiviteiten door andere wederverkopers te ontmoedigen. Dikwijls wordt vergeten dat verticale prijsbinding in deze optiek *ipso facto* leidt tot hogere consumentenprijzen voor het betreffende product. Dat verlies van consumentensurplus wordt echter gecompenseerd door de toename van de totale vraag naar het product.

26 Zie met name *Marvel en McCafferty, 'Resale Price Maintenance and Quality Certification'*, *Rand Journal of Economics*, Autumn 1984. In de optiek van *Marvel en McCafferty* garanderen wederverkopers door het voeren van een product de kwaliteit van dat product. Wederverkopers die niet bereid zijn de daarvoor noodzakelijke investeringen te doen, zijn alsdan in staat van die investeringen te profiteren, hetgeen wederverkopers kan ontmoedigen die investeringen (nog langer) te doen.

27 Voor een handzaam overzicht van de literatuur op het gebied van verticale beperkingen zie bijvoorbeeld *Van Damme, 'Verticale mededingingsbeperkingen'*, *SEW* 1998, p. 8 en, diepgaander, *Verouden* (2001), *Essays in Antitrust Economics*, CENTER Dissertation Series, Tilburg University (ISBN 90.5668.0862). *Verouden* concludeert dat een totaalverbod ten aanzien van verticale prijsbinding onnodig en economisch niet efficiënt is.

welvaart.²⁸ Bovendien wijst de economische doctrine op het gevaar dat verticale prijsbinding onder specifieke omstandigheden horizontale prijsafspraken tussen fabrikanten van verschillende merken kan vergemakkelijken,²⁹ of aanleiding kan geven tot prijsafspraken tussen dealers.³⁰ Naast deze hoofdzakelijke theoretische literatuur is een beperkt aantal empirische studies voorhanden³¹.

Het is interessant na te gaan hoe het Supreme Court de hierboven aangestipte economische literatuur waardeert. Immers, daaruit zouden aanwijzingen kunnen worden geput voor de beantwoording van de vraag of specifieke efficiëntieverweren of ‘*theories of harm*’ in de optiek van het hoogste Amerikaanse rechtscollege meer of minder kansrijk zijn. En die vraag is ook voor de toepassing van het (toekomstige) Europese mededingingsrecht van belang.

In de eerste plaats valt op dat het Supreme Court geen voor- of afkeur uitspreekt voor specifieke economische theorieën; op basis van de algemene stand van de economische wetenschap komt het Supreme Court tot het oordeel dat het *per se* verbod niet langer gehandhaafd kan worden. Hieraan kan de voorzichtige conclusie worden verbonden dat het Supreme Court op voorhand geen beperking aanlegt ten aanzien van de verscheidene *efficiency*-argumenten die in de literatuur naar voren zijn gebracht. Opvallend is in dit verband wel dat het Supreme Court variëteit in het aanbod expliciet aanmerkt als mogelijk positief effect: prijsbinding kan, volgens het Supreme Court, leiden tot meer keuze tussen ‘*low-price, low service brands, high-price, high-service brands*’ en alle opties tussen die twee extremen. Curieus is wel de opmerking dat verticale prijsbinding – door dealers aan te zetten extra verkoopinspanningen te verrichten – ook indien *geen* sprake is van *free-riding*, kan bijdragen aan intensere interbrand concurrentie.³² Naast de hierboven genoemde conventionele *free-riding* argumenten, hecht het Supreme Court voorts waarde aan het mogelijk maken van markttoetreding en plaatst dat argument in een dynamische context: verticale prijsbinding zou met name van nut kunnen zijn voor de introductie van nieuwe producten en merken. En passant merkt het Supreme Court overigens nog op dat prijsbinding in voorkomende gevallen efficiënter is dan het opleggen aan wederverkopers van andere, vergelijkbare beperkingen.³³

Toekomstige aandachtspunten

Het *Leegin*-arrest formuleert in algemene zin op welke wijze verticale prijsbinding beoordeeld dient te worden en geeft geen antwoord op een aantal vragen waartoe het feitencomplex in de *Leegin*-zaak aanleiding geeft. Zo is onduidelijk of van belang is dat een fabrikant die verticale prijsbinding hanteert ook aanwezig is op de downstream markt waarop zijn wederverkopers actief zijn. Beargumenteerd kan immers worden dat die aanwezigheid de economische *incentives* van de fabrikant om zijn dealers aan te zetten tot meer verkoopinspanningen beïnvloedt. Evenmin is duidelijk of, en zo ja, in welke mate, uitzonderingen op

het verbod de producten voor een vaste of minimumprijs te verkopen afbreuk doen aan een *efficiency*-verweer.³⁴

Daarnaast geeft het arrest aanleiding tot de meer fundamentele vraag op welke wijze Amerikaanse rechters de *rule of reason* beoordeling in de praktijk vorm zullen moeten geven. Die – nog te ontwikkelen – beoordelingsmaatstaven zullen, als gezegd, mede de toekomstige populariteit van verticale prijsbindingsarrangementen in de Verenigde Staten bepalen.

In het Amerikaanse mededingingsrecht heeft het begrip *rule of reason* niet alleen betrekking op de inhoudelijke beoordelingsmaatstaf van mogelijk mededingingsbeperkende afspraken, maar ziet ook op de wijze waarop een juridisch geschil in concreto beslecht wordt.³⁵ In algemene zin is de toepassing van de *rule of reason* gebaseerd op het heen en weer schuiven tussen de eiser en gedaagde van de bewijslast ten aanzien van de betrokken gedraging en de effecten daarvan. De *rule of reason* vereist in de eerste plaats dat de eiser aannemelijk maakt dat *prima facie* sprake is van een handeling die significante mededingingsbeperkende effecten op de relevante markt(en) in de vorm van hogere prijzen (of anderszins), sorteert, of kan sorteren. Indien dat bewijs geleverd wordt, staat het de gedaagde vrij *efficiency*argumenten aan te voeren, waarna het aan de eiser is aan te tonen dat de beperking niet redelijkerwijs noodzakelijk zijn om die efficiëntieverbeteringen te realiseren, of niet opwegen tegen de negatieve effecten.³⁶ Het is opvallend dat in verreweg de meeste gevallen rechterlijke colleges die de *rule of reason* toepassen, niet worden geconfronteerd met de vraag of het litigieuze gedrag tot daadwerkelijk negatieve effecten op de markt leidt, aangezien in de praktijk dikwijls een van beide partijen reeds in een eerdere fase van de procedure niet slaagt

28 Comanor, ‘Vertical Price Fixing and Market Restrictions and the New Antitrust Policy’, 98 *Harv. L. Rev.* 990 (1985). Comanor bevestigt dat marginale consumenten weliswaar profiteren van door verticale prijsbinding veroorzaakte extra verkoopinspanningen, maar stelt dat infra-marginale consumenten (die het product ook zonder de extra dienstverlening zouden kopen, nadeel ondervinden van de hogere prijzen).

29 Zie bijvoorbeeld Yamey, *Origins of Resale price Maintenance: A Study of Three Branches of Retail Trade*, 62 *Econ. J.* 522 (1952).

30 Zie over zogenoemde ‘intra-brand dealer kartelafspraken’ bijvoorbeeld Liebler, *Intra-brand ‘Cartels’ After GTE Sylvania*, 30 *UCLA L. Rev.* 1.

31 Zie *supra*, noot 6, p. 10 en de Amicus curiae brief van 23 vooraanstaande economen die pleitten voor het afschaffen van het *per se* verbod, *supra*, noot 24, p. 14-16. Uit die empirische studies blijkt overigens niet dat verticale prijsbinding in een significant aantal gevallen horizontale prijsafspraken in de hand werkt.

32 Zie *supra*, noot 6, p. 12. Die niet-beargumenteerde opmerking wordt terecht bekritiseerd door Justice Breyer. Zie *supra*, noot 6, p. 14.

33 Zie *supra*, noot 6, p. 12. Deze opmerking is onder het Europese mededingingsrecht van belang voor de noodzakelijkheids- en onmisbaarheidsvereisten in de zin van art. 81(1) en (3) EG.

34 Niet valt in te zien waarom een dergelijke omstandigheid per definitie zou moeten leiden tot de vaststelling dat het aangevoerde *efficiency*verweer geen doel treft.

35 Zie voor een summier overzicht van de praktische toepassing van de *rule of reason* bijvoorbeeld ABA Section of Antitrust Law, *supra*, noot 2, pp. 56-81.

36 Zie bijvoorbeeld Lugard, ‘Eternal Sunshine on a Spotless Policy? Exclusive Dealing under Article 82 EC’, *European Competition Journal*, July 2006, p. 163-185, p. 174. Voor een illustratie, zie *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F3d (DC Cir. 2001), p. 58-59.

in zijn bewijsopdracht.³⁷ De exacte toepassing van de *rule of reason* wordt voorts op een aantal punten nog betwist³⁸.

Het is nog onduidelijk hoe (lagere) Amerikaanse rechters dit beslustramien zullen vormgeven bij de beoordeling van verticale prijsbinding.³⁹ Om te beginnen bij de eerste stap in een typisch *rule of reason* geschil: het *Leegin*-arrest maakt zonneklaar dat hogere prijzen als zodanig onvoldoende redenen vormen om aan te nemen dat sprake is van 'consumer harm', maar is het aantonen van hogere prijzen wel voldoende de bewijslast te doen omslaan naar de gedaagde partij?⁴⁰ En: dient de eiser aan te tonen dat de gedaagde partij marktmacht bezit? Het Supreme Court stelt dat uitdrukkelijk, maar geldt dat in alle gevallen?⁴¹ Bovendien is het arrest gebaseerd op het inzicht dat marktmacht niet in de weg staat aan het realiseren van efficiëntieverbeteringen. Is het voldoende om aannemelijk te maken dat een aanzienlijk aantal concurrerende fabrikanten verticale prijsbinding hanteren en dat de keus van consumenten daardoor beperkt is? Het Supreme Court stelt in dit verband slechts vast dat het aantal fabrikanten dat verticale prijsbinding hanteert, alsmede de mate van hun marktmacht een belangrijke aanwijzing kan zijn voor de veronderstelling dat verticale prijsbinding een kartel op fabrikantenniveau vergemakkelijkt. Hoe dit ook zij, een specifieke omstandigheid lijkt niettemin van aanzienlijk gewicht te zullen worden: indien aangetoond wordt dat verticale prijsbinding zijn oorsprong vindt op dealerniveau, bestaat blijkens het arrest een gereede kans dat de beperking een dealerkartel vergemakkelijkt, of een dominante, inefficiënte wederverkooper ondersteunt.⁴²

Het arrest maakt duidelijk dat in beginsel elke efficiencyverbetering relevant kan zijn, maar het is niet duidelijk welke feiten en omstandigheden daarvoor aangevoerd moeten worden. Is het voldoende aan te tonen dat er enige mate van free-riding bestond voordat verticale prijsbinding in stelling werd gebracht? Is noodzakelijk aan te tonen dat die maatregel effect heeft gehad? En zou de eisende partij kunnen aantonen dat minder beperkende maatregelen eenzelfde effect zouden hebben gesorteerd en, zo ja, welke feiten en omstandigheden zouden daarvoor dan moeten worden aangevoerd? En gesteld dat de rechter zou moeten bepalen of het systeem van verticale prijsbinding tot meer consumentenwelvaart leidt, hoe dient die rechter dan bijvoorbeeld de waargenomen hogere consumentenprijzen af te wegen tegen een toegenomen vraag naar het product?

Is toch niet iets meer te zeggen over de wijze waarop verticale prijsbinding in de toekomst in de Verenigde Staten beoordeeld zal worden? Wellicht het volgende. Na het wijzen van het *Sylvania*-arrest hebben commentatoren gewezen op de mogelijkheid dat het loslaten van het *per se* verbod ten aanzien van exclusieve distributieovereenkomsten zou kunnen leiden tot 'de *facto legality*' van die distributiearrangementen.⁴³ Het lijkt er op dat die commentatoren (deels) gelijk gekregen hebben: er is bij mijn weten maar een enkele significante zaak bekend waarin exclusieve overeenkomsten in strijd met Section 1 Sherman Act zijn geoordeeld: *Graphic Products v. Itek Corp.*⁴⁴ De tijd zal leren of verticale prijs-

binding hetzelfde lot beschoren is. In ieder geval zijn geen aanwijzingen voorhanden om te veronderstellen dat de *rule of reason*-analyse van verticale prijsbinding fundamenteel zal afwijken van de beoordeling van exclusieve distributieovereenkomsten. Daar staat tegenover dat veel rechters en niet-federale mededingingsautoriteiten de vinger aan de pols zullen willen blijven houden.

En Europa?

Verticale prijsbinding wordt zowel onder de rechtsstelsels van de meeste ontwikkelde landen,⁴⁵ als onder het Europese mededingingsrecht en het recht van de lidstaten als *per se* verboden aangemerkt. De Commissie legt nog regelmatig hoge boetes op aan bedrijven die zich schuldig hebben gemaakt aan prijsbinding⁴⁶ en nationale mededingingsautoriteiten schrikken daar evenmin voor terug.⁴⁷ Die praktijk is door de Gemeenschapsgerechten geaccordeerd.⁴⁸ Is de verwachting gewettigd dat de Commissie overstag zal gaan en verticale prijsbinding op den duur niet langer als een 'hardcore' mededingingsbeperking zal aanmerken? Voor een dergelijke ommezwaai bestaat een overtuigend precedent: naar aanleiding van het *Khan*-arrest besloot de Commissie het opleggen van maximum wederverkooprijzen niet langer als *per se* verboden aan te merken. De groepsvrijstelling inzake verticale beperkingen Verordening (EG) nr. 2790/1999 en de daarbij behorende richtsnoeren weerspiegelen die opvatting. Voorts heeft de Commissie steeds meer de inzichten van economen en de daadwerkelijke

37 Zie bijvoorbeeld Jacobson, 'Exclusive Dealing, "Foreclosure", and Consumer Harm', (2002) 70 *Antitrust Law Journal* 325.

38 Bijvoorbeeld de vraag onder welke omstandigheden de beperking van de keuzemogelijkheden van consumenten een voldoende beperking van consumentensurplus oplevert. Zie Jacobson, *supra*, noot 37, p. 364.

39 In het *Leegin*-arrest spoort het Supreme Court de lagere rechters aan om dat beoordelingskader te ontwikkelen. Zie *supra*, noot 6, p. 19.

40 Het aantonen van hogere prijzen als zodanig kan overigens zeer gecompliceerd zijn.

41 Zie *supra*, noot 6, p. 17 en 18.

42 Zie *supra*, noot 6, p. 18. De Richtsnoeren verticale beperkingen van de Commissie maken geen onderscheid tussen door distributeurs of fabrikanten geïnitieerde verticale beperkingen. Zie Bekendmaking van de Commissie Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEG* 2000, C291/1.

43 Zie bijvoorbeeld Ginsberg, *Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason*, 60 *Antitrust L.J.* 67. Justice Ginsberg is thans een van de rechters van het Supreme Court en ondersteunde de *dissenting opinion*.

44 *Graphic Products Distributors v. Itek Corp.*, 717 F.2d 1560 (11th Cir. 1983). In *Graphic Products* werd vastgesteld dat aan de beslissing van de fabrikant (met een marktaandeel van 70-75%) om territoriale beperkingen aan zijn dealers op te leggen geen efficiencyredenen ten grondslag lagen.

45 Zie bijvoorbeeld de weergave van de OECD Roundtable discussie van 1997, OCDE/GD (97)229.

46 Zie bijvoorbeeld beschikking van 16 juli 2003, nr. 37.975, *PO/Yamaha*.

47 Zie bijvoorbeeld beschikking van de Conseil de la Concurrence van 7 december 2005, waarbij aan Sony, Philips en Panasonic boetes van € 16 miljoen (Philips en Sony) en € 2.4 miljoen (Panasonic) werden opgelegd. In Nederland is verticale prijsbinding ten aanzien van alle producten en diensten verboden, met uitzondering van boeken. Zie Wet op de vaste boekenprijs, wet van 9 november 2004, *Stb.* 600 (2005).

48 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-74 P, *Commissie t. Volksvagen AG*.

economische effecten als uitgangspunt voor haar mededingingsbeleid omarmd. Diezelfde economische inzichten brachten het Supreme Court tot het afschaffen van het *per se* verbod van verticale prijsbinding.

Daarbij komt dat op het eerste gezicht geen enkele overweging in het *Leegin*-arrest uitsluitend betrekking heeft op de specifieke Amerikaanse marktomstandigheden. Het is, met andere woorden, niet goed in te zien welke specifieke Europese omstandigheden zouden nopen tot het in stand houden van het verbod op verticale prijsbinding. De wens van de Commissie arbitrage tussen de lidstaten te bevorderen⁴⁹ lijkt daarvoor niet voldoende overtuigend. Immers, er is op voorhand onvoldoende reden om aan te nemen dat machtige distributeurs fabrikanten stelselmatig zouden dwingen om meer efficiënte retailers in andere Lidstaten buiten spel te zetten. Bovendien kan de vraag gesteld worden of het überhaupt wel wenselijk is als de Europese en Amerikaanse praktijk op dit gebied uiteenlopen.

Er is alle reden om niet overhaast te werk te gaan. Immers, het staat vast dat verticale prijsbinding tot negatieve effecten kan leiden. Dat is slechts zo in (zeer) exceptionele gevallen, maar die gevallen dienen wel serieus genomen te worden. Voor het afschaffen van het *per se* verbod op verticale prijsbinding doet zich overigens wel een prima gelegenheid voor. Immers, in 2010 eindigt de geldingsduur van Verordening (EG) nr. 2790/1999. Er rest derhalve geruime tijd om na te denken over de feitelijke implicaties van afschaffen van het *per se* verbod en het beoordelen van verticale prijsbinding op individuele basis. Indien de voortekenen niet bedriegen zal die beleidsoptie aanleiding geven tot een verhit debat, waarbij de Nederlandse opwinding over de ontbijtkoekoorlog en de toenemende macht van supermarkten kinderspel is. De periode tot het moment waarop de Commissie daarover een oordeel moet formuleren, *i.e.* medio 2009, zal zich ook daar goed voor lenen.

Naast de mogelijke verwijdering van verticale prijsbinding uit de zwarte lijst van art. 4 van Verordening (EG) nr. 2790 L/1999, waardoor dergelijke praktijken automatisch vrijgesteld zullen zijn indien het marktaandeel van de fabrikant minder bedraagt dan 30%, en het daarmee in overeenstemming brengen van de *de-minimis* bekendmaking,⁵⁰ zou de Commissie zich een oordeel moeten vormen over de omstandigheden die in de toekomstige richtsnoeren verticale beperkingen aangemerkt zullen worden als zijnde van specifiek belang bij de individuele beoordeling van verticale prijsbinding. Het is niet onaannemelijk dat de Commissie er bijzonder veel aan gelegen zal zijn om de positie van discounters en Internet distributeurs veilig te stellen. Immers, de huidige richtsnoeren leggen nu ook al specifieke nadruk op het belang van die marktpartijen voor de concurrentie.⁵¹ Daarbij wijs ik er nog op dat de richtsnoeren verticale beperkingen weliswaar de factoren vermelden die de Commissie in aanmerking neemt bij de beoordeling van verticale beperkingen, maar dat het overkoepelende analytische beoordelingskader gevormd wordt door de Bekendmaking inzake de toepassing van art. 81(3).⁵² Die bekendmaking stelt echter zware

eisen, zowel met betrekking tot de niet-toepasselijkheid van art. 81(1)EG, als voor wat betreft de toepassingsvoorwaarden voor art. 81(3) EG.⁵³ Het zou onfortuinlijk zijn indien de Commissie op basis van valide argumenten verticale prijsbinding niet langer als *per se* verboden zal aanmerken, maar de toepassing van de Bekendmaking ertoe leidt dat het hanteren van verticale prijsbinding in de praktijk (buiten de werkingssfeer van de toekomstige groepsvrijstelling) geen reële optie is.

Overigens: indien de Commissie besluit deze weg op te gaan, dient ook stilgestaan te worden bij bepalingen in andere groepsvrijstellingen. Zo lijkt het niet goed mogelijk art. 4(1) a van Verordening (EG) nr. 2790/1999 af te schaffen en de corresponderende bepaling in de Verordening voor technologieoverdrachtsovereenkomsten, art. 4 (2) a, te handhaven.⁵⁴

En Nederland? Is werkelijk te verwachten dat Nederland een eigen, afwijkende koers zal varen met betrekking tot verticale prijsbinding, indien de Commissie zou besluiten haar beleid te herzien? Zijn de Nederlandse verhoudingen zodanig specifiek dat verticale prijsbinding hier te lande dan wel verboden zou moeten blijven? En hoe zou een dergelijke opvatting te rijmen zijn met het adagium dat 'het Nederlandse mededingingsrecht niet strenger en niet soepeler zal zijn dan het Europese mededingingsrecht'?⁵⁵ Dit uitgangspunt is inmiddels herhaaldelijk in de rechtspraak erkend.⁵⁶

Met het verschijnen van het *Leegin*-arrest van het Supreme Court is er alle reden om niet te lang te wachten met het nadenken over deze en andere vragen.

49 Zie bijvoorbeeld punten 172 en 175 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *supra*, noot 42. Een valide vraag in dat verband is wel of, afhankelijk van de mate van marktmacht, verticale prijsbinding in een meer geografisch gefragmenteerde markt meer negatieve consequenties zouden kunnen hebben. Daarvoor lijken op voorhand geen sterke aanwijzingen te bestaan.

50 Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis, *PbEU* 2001, C 368/13. Zie met name punt 11.

51 Zie bijvoorbeeld punt 188 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *supra*, noot 42.

52 Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/97.

53 Zie Lugard en Hancher, 'Honey, I Shrunk the Article!, A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81(3) of the EC Treaty', (2004), *ECLR*, Issue 7, p. 410-420.

54 Verordening (EU) nr. 772/2004 betreffende de toepassing van art. 81, lid 3 van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologie overdracht, *PbEU* 2004, L 123/11. Art. 4(2) a merkt onder andere als hardcore mededingingsbeperking aan de op de (niet-concurrent) licentienemer rustende verplichting een vaste- of minimumprijs te hanteren bij de verkoop van producten.

55 Zie *Kamerstukken* 1995/96, 24 707, nr. 3, p.10.

56 Uitspraak CBb van 15 juli 2004 (*NOS/NMa*), uitspraak CBb 28 oktober 2005 (*Modint*) en HR 14 oktober 2005, *NJ* 2006, 172 (*Bos/VTN*).