

Klantenrestricties op de kunstmarkt: op de wip tussen marktcontrole en vrije mededinging

Oliver LENAERTS¹

I. Inleiding	1973
II. Soorten van klantenrestricties	1973
III. Mededingingsrechtelijke analyse	1974
A. Toepasselijkheid van het Europees mededingingsrecht	1974
B. Klantenrestricties en de toepassing van artikel 101 VWEU	1975
C. De “zwarte-lijstpolitiek” als een horizontale overeenkomst	1980
D. Rechtvaardiging onder artikel 101, 3. VWEU	1982
IV. Contractuele marktcontrole	1983
A. Grensafbakening tussen eigendom en auteursrecht	1983
B. Overdrachtsbeperkingen	1984
1. Voorkeurrecht	1984
2. Onvervreemdbaarheidsclausules (“no flip”)	1985
C. Tegenwerpelijke van overdrachtsbeperkingen	1985
V. Conclusie	1986
Aandachtspunten voor de kunstpraktijk	1986

SAMENVATTING

De bijdrage bespreekt de manieren waarop galeriehouders en kunstenaars arbitragemogelijkheden proberen in te dijen. Arbitragemogelijkheden op de kunstmarkt ontstaan wanneer investeerders in bulk kunstwerken kopen van een “emerging artist”, één kunstwerk naar de veiling brengen waar ze de prijs opdrijven en, vervolgens, de rest van het lot verkopen via de private dealermarkt aan een prijs die ergens tussen de aankoopwaarde en de veilingprijs ligt zodat er een redelijke winstmarge wordt gerealiseerd. Kunstgaleriehouders op de primaire markt hebben zich hiertegen ingedekt door die zogeheten “art flippers” te verwijderen uit hun klantenbestand. In essentie kunnen er twee manieren onderscheiden worden om zich hiertegen te wapenen als kunstenaar of galeriehouder. De eerste manier is door te weigeren te verkopen aan “art flippers”. Van zodra “art flippers” worden gespot, zal die informatie worden uitgewisseld tussen kunstenaars en galeriehouders die hen zullen plaatsen op een zogeheten “zwarte lijst” van verzamelaars. Dergelijke praktijken, hoewel verdedigbaar vanuit de logica van de galeriehouder om zijn kunstenaar gestaag de markt in te prijzen en prijsbubbels te vermijden, vertoont veel uiterlijke gelijkenis met de mededingingsrechtelijke behandeling van verticale en horizontale boycotts. Een tweede manier is door contractuele overdrachtsbeperkingen in te lassen in het contractuele veld. Die overdrachtsbeperkingen kunnen de vorm aannemen van onvervreemdbaarheidsclausules (zogeheten “no flip” clausules) of voorkooprechten (zogeheten “ROFR’s”). Om te kunnen beoordelen of die praktijken geldig zijn, staat de bijdrage stil bij de juridische positie van de kunstenaar-auteur en de rechtsverkrijger van een kunstwerk en wordt bekeken hoe die wisselwerking kenmerkend is voor de gradatie van marktcontrole die daardoor voor de galeriehouder en/of kunstenaar mogelijk wordt.

¹ Oliver Lenaerts is advocaat bij Contour Law. De auteur kan gecontacteerd worden per e-mail (oliver@contour-law.be).

RÉSUMÉ

L'article examine les moyens par lesquels les galeristes et les artistes tentent de contenir les possibilités d'arbitrage. Les opportunités d'arbitrage sur le marché de l'art se présentent lorsque des investisseurs achètent des œuvres d'art en gros, qu'ils mettent une œuvre aux enchères où ils en font grimper le prix et qu'ils vendent ensuite le reste du lot sur le marché à un prix se situant entre le prix d'achat et le prix des enchères, de manière à obtenir une marge bénéficiaire raisonnable. Les propriétaires de galeries d'art sur le marché primaire se sont protégés contre ce phénomène en éliminant de leur clientèle les « art flippers ». Il existe essentiellement deux façons pour un artiste ou un galeriste de s'armer contre cela. Le premier moyen est de refuser de vendre à certaines collectionneurs (« art flippers »). Dès que des « art flippers » seront repérés, ces informations seront échangées entre les artistes et les galeristes, qui les placeront sur une « liste noire » de collectionneurs. De telles pratiques, bien qu'elles soient défendables du point de vue de la logique du galeriste qui consiste à fixer régulièrement le prix de son artiste sur le marché et à éviter les bulles de prix, ressemblent beaucoup au traitement des boycotts verticaux et horizontaux par le droit de la concurrence. Une deuxième méthode consiste à insérer des restrictions contractuelles de transfert dans le champ contractuel. Ces restrictions de transfert peuvent prendre la forme de clauses d'inaliénabilité (clauses dites « no flip ») ou de droits de préemption (clauses dites « ROFR »). Afin d'évaluer si de telles pratiques sont valables, la contribution examine la position juridique de l'artiste-auteur et du propriétaire d'une œuvre d'art et comment cette interaction caractérise le degré de contrôle du marché qu'elle permet au galeriste et/ou à l'artiste.

I. INLEIDING

1. Hedendaagse en moderne kunst wordt in essentie gekocht op twee markten: de primaire markt voor nieuw gecreëerde kunstwerken van levende kunstenaars en de secundaire markt voor kunstwerken die reeds werden verkocht op de primaire markt. Secundaire marktverkoop gebeuren voornamelijk via veilinghuizen en kunsthandelaars waar de prijzen doorgaans veel hoger liggen dan op de primaire markt. Op de primaire markt vinden verkopen plaats via bemiddeling van een kunstgaleriehouder. Marktactoren kunnen verschillende hoedanigheden aannemen en concurreren met elkaar waardoor de verspreiding van kunstwerken op de markt best als een duaal distributiesysteem kan omschreven worden waarin de producent-kunstenaar vaak ook concurreert met de dealer die de kunstwerken van de kunstenaar verkoopt.

2. Een galeriehouder vertegenwoordigt kunstenaars die hij, op basis van artistieke expertise en marktkennis, heeft uitgekozen. Dat engagement houdt in dat de galeriehouder er bewust voor kiest de kunstenaar gestaag de markt in te prijzen en daarbij selectief te werk gaat bij de opbouw van een klantenportefeuille. Die selectiviteit is inherent aan haar civielrechtelijke keuze om op te treden als lasthebber van kunstenaar, maar kan leiden tot klantenrestricties. Bij gebrek aan transparantie rond prijzen op de secundaire markt, zijn veilingprijzen de maatstaf en gelden ze als ijkpunt voor toekomstige verkopen van kunstwerken van de desbetreffende kunstenaar. Die vaststelling leidt op de primaire markt soms tot praktijken waarbij kunstenaars weigeren te verkopen aan speculatieve kunstverzamelaars om arbitragemogelijkheden op de veilingmarkt in de kiem te smoren of een kunstwerk verkopen aan een klant onder overdrachtsbeperkingen.

II. SOORTEN VAN KLANTENRESTRICTIES

3. Met de invoering van het veilingwezen in de kunsthandel ontstond de praktijk om kunst te kopen met het oog op arbitragemogelijkheden op de veilingmarkt. Investeerders kopen in bulk kunstwerken van een “emerging artist”, brengen één kunstwerk naar de veiling waar ze de prijs opdrijven en, vervolgens, de rest van het lot verkopen via de private dealermarkt aan een prijs die ergens tussen de aankoopwaarde en de veilingprijs ligt zodat er een redelijke winstmarge wordt gerealiseerd.² Kunstgaleriehouders op de primaire markt hebben zich hiertegen ingedekt door die zogeheten “art flippers” te verwijderen uit hun klantenbestand.

4. De manieren waarop galeriehouders en kunstenaars die arbitragemogelijkheden proberen in te dijken zijn legio. In essentie kunnen er twee categorieën onderscheiden worden. De eerste manier is door gewoonweg te weigeren te verkopen aan “art flippers”. Van zodra “art flippers” worden gespot, zal die informatie worden uitgewisseld tussen kunstenaars en galeriehouders die een “zwarte lijst” van verzamelaars opstellen. Dergelijke verkoopweigeringen, hoewel verdedigbaar vanuit de logica van de galeriehouder om zijn kunstenaar gestaag de markt in te prijzen en prijsbubbel te vermijden, vertonen veel uiterlijke gelijkenis met de mede-

² Voor een analyse van het fenomeen zie: GEORGINA ADAM, *The dark side of the boom*, Lund and Humphries, 2017; B. KREUK, *Art Flippers: achter de schermen in de kunstwereld*, Karakter Uitgevers, 2017.

dingsrechtelijke behandeling van verticale klantenrestricties (voor zover de restrictie uitgaat van de kunstenaar) of een horizontale boycot onder kunstenaar-producenten die worden gecoördineerd door kunstgaleriehouders.

5. Klantenrestricties kunnen ook de vorm aannemen van contractuele overdrachtsbeperkingen zogeheten voorkoop of voorkeurrechten (“ROFR’s”) of onvervreemdbaarheidsclausules (de zogeheten “no flip” clausules in vakjargon).³ Onvervreemdbaarheidsclausules houden de verplichting in

gedurende bepaalde tijd het kunstwerk niet door te verkopen. Voorkooprechten houden de verplichting in om de kunstenaar of galeriehouder de kans te bieden het kunstwerk terug te kopen aan een overeen te komen prijs (vaak de aanloop prijs met een interest mark-up) alvorens het op de markt te koop aan te bieden. Dergelijke clausules kunnen op indirecte wijze hetzelfde effect teweegbrengen als een loutere verkoopweigering maar moeten dan wel, om geldig te zijn, beantwoorden aan een aantal verbintenisrechtelijke regels.

III. MEDEDINGINGSRECHTELIJKE ANALYSE

6. Of het Europees mededingingsrecht een geschikt middel is om verkoopweigeringen op de (internationale) kunstmarkt juridisch te bekampen, zal afhangen van de mate waarin de verschijningsvormen van de praktijk past binnen de lijnen van het speelveld dat doorheen de jaren werd uittekend voor toepassing van artikelen 101 en 102 VWEU. Ik start het onderzoek met een analyse van de toepasselijkheid van de Europese mededingingsregels op de verkoopweigeringen in de kunstensector.

A. Toepasselijkheid van het Europees mededingingsrecht

7. Ik bespreek hieronder de toepasselijkheid van de Europese mededingingsregels vanuit drie invalshoeken: het materieel, personeel en geografisch toepassingsgebied.

De mededingingsregels zijn in principe van toepassing op alle sectoren van het economisch leven. Dit staat als dusdanig nergens vermeld maar kan worden afgeleid uit de ruime definitie van het begrip “economische activiteit” en het ontbreken van iedere uitsluiting.⁴ Mededingingsregels zijn een algemene wet van algemene strekking. Met andere woorden, de regels zijn van toepassing op alle sectoren en op alle economische actoren in een economie die zich bezighoudt met de commerciële productie en levering van goederen en diensten.

De vraag is dus of de verkoop van kunst in een galeriecontext als een economische activiteit dient te worden beschouwd. Om die vraag te beantwoorden, kan steun gevonden worden in de staatsteunregels.⁵ Uit de passages die betrekking hebben op steun aan de culturele sector, kan afge-

leid worden dat activiteiten die overwegend met commerciële middelen worden bekostigd als economisch dienen aangemerkt te worden en dat activiteiten op het gebied van instandhouding van erfgoed of cultuur, die ten goede komen aan bepaalde ondernemingen – en niet aan het brede publiek, tevens als economisch te worden aangemerkt. Het is duidelijk dat de verkoop van kunstwerken overwegend (soms kopen musea) wordt bekostigd met geld afkomstig van private kunstverzamelaars. De verkoop van kunst is gericht op de instandhouding van cultureel erfgoed maar wordt wel op een commerciële wijze georganiseerd. De tussenkomst van handelstussenpersonen wijst op een economische activiteit.

Als je ervan uitgaat dat verkoop van kunst een economische activiteit is is de volgende vraag of de personen die betrokken zijn bij die praktijken, onder het toepassingsgebied van de mededingingsregels vallen “rationae personae”. Het VWEU bevat geen definitie van het begrip “onderneming”. Onder het begrip wordt doorgaans verstaan “*elke entiteit die een economische activiteit uitoefent ongeacht de rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”. Het begrip economische activiteit werd hierboven reeds verduidelijkt. Als je “*een unitaire organisatie van personele en immateriële elementen welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft*”⁶ als kenmerkend beschouwd voor de invulling van het begrip “entiteit”, dan zijn kunstgaleriehouders, maar ook de kunstenaar die een zelfstandige activiteit uitoefent, entiteiten in de zin die daaraan door het Europees recht wordt gegeven.

Ten slotte hangt de toepassing van de mededingingsregels af van de geografische reikwijdte van de betrokken praktijken. Kunstenaars wiens oeuvre het voorwerp is van klantenrestricties zijn meestal internationaal erkende kunstenaars. Hun werken worden meestal verkocht via dealers die in heel

³ F. VAN DEN ABEELE, “Bezint eer ge begint: de verbintenis van de voorkeurgever nader bekeken” in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen Voorbij. Liber Disciplinarum Bernard Tilleman*, p. 72.

⁴ W. DEVROE en L. MICHAUX, “Over ‘B’ in ‘B2B’”. Onderneming als aanknopingspunt voor Belgisch en Europees mededingingsrecht en handelspraktijkenrecht” in W. DEVROE, E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK, *Nieuw Economisch Recht in B2B-relaties*, Intersentia, 2020, vn. 60 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

⁵ De mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van art. 107, 1. van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01), randnr. 34 en 35.

⁶ W. DEVROE en L. MICHAUX, *o.c.*, vn. 12 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

Europa aanwezig zijn om kunst te verkopen. Galeriehouders doen bovendien beroep op verschillende Europees geörienteerde beurzen en veilinghuizen om internationaal cliënteel aan te boren. De activiteit van de kunstdealer en de impact van zijn contractuele afspraken reikt daarom verder dan de nationale grenzen.

8. De volgende vraag die zich stelt is in welk keurslijf van de in het VWEU opgesomde restrictieve mededingingspraktijken, een verkoopweigerings kan ondergebracht worden. In het kader van een verkoopweigerings tussen de kunstenaar, zijn galeriehouder en een kunst koper is de vraag aan de orde of artikel 101 VWEU van toepassing kan zijn als kunstenaars weigeren kunstwerken te verkopen aan een klant. In mededingingsrechtelijk jargon spreken we dan over de toelaatbaarheid van verticale of horizontale klantenrestricties. Artikel 101 VWEU maakt een onderscheid tussen verticale en horizontale overeenkomsten. We zullen hierna nagaan of en onder welke voorwaarden klantenrestricties een verticale overeenkomst zijn. In een tweede deel onderzoek ik of de klantenrestricties mogelijks de uitdrukking zijn op verticale wijze van een horizontale wens onder kunstenaars onderling en zodoende laakbaar zijn als een horizontale overeenkomst.

9. Ik beperk de analyse hieronder tot het Europees mededingingsrecht omwille van de convergentieleer.⁷ Zowel verordening nr. 1/2003 als artikel IV.3 WER bevatten een aantal regels die het samenspel tussen het Europees en het Belgisch mededingingsrecht beheersen. Artikel IV.3 WER bepaalt dat (i) als het Europees mededingingsrecht toepasselijk is (voldoende effect op de tussenstaatse handel), dan moet naast het Belgisch mededingingsrecht steeds ook het Europees mededingingsrecht toegepast worden en (ii) dat als artikel 101 VWEU toepasselijk is, dan mag de toepassing van de overeenstemmende bepaling van het nationaal mededingingsrecht niet leiden tot een ander resultaat dan de toepassing van artikel 101 VWEU. Concreet betekent dit dat als een overeenkomst of bepaling verboden is op basis van artikel 101 VWEU, dit ook zo moet zijn op basis van het nationaal mededingingsrecht. Omgekeerd als de overeenkomst of bepaling niet onder het verbod valt (om een andere reden dan de afwezigheid van effect op de tussenstaatse handel), dan kan zij niet verboden worden op basis van het nationaal mededingingsrecht.⁸

B. Klantenrestricties en de toepassing van artikel 101 VWEU

10. In deze richtsnoeren inzake verticale beperkingen worden de beginselen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 101 VWEU uiteengezet. Een verticale overeenkomst wordt in artikel 1, 1., onder (a), van de groepsvrijstellingsverordening gedefinieerd als “een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”.⁹

11. **Overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging.** Er is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 101 VWEU wanneer de partijen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen. In de richtsnoeren staat dat de klantenrestrictie niet noodzakelijk het resultaat hoeft te zijn van een directe contractuele verplichting.¹⁰ Wanneer de wilsovereenstemming niet in een expliciete overeenkomst tot uitdrukking wordt gebracht, moet er aangetoond worden dat het eenzijdige beleid van de ene partij de instemming van de andere partij heeft.¹¹ Daarvoor moet eerst 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. Op de primaire kunstmarkt, beschouwen galeriehouders en kunstenaar overeenkomsten vaak als een overbodige luxe. Nochtans bepaalt artikel 1988 BW dat een lastgeving uitdrukkelijk dient gegeven te worden om vertegenwoordiging door daden van beschikking mogelijk te maken waaruit kan afgeleid worden dat partijen best een overeenkomst afsluiten om verbintenissenrechtelijk geldige verkopen tot stand te brengen. Met de invoering van een “code of conduct” heeft de Europese federatie voor galeriehouders het nut van een overeenkomst nu ook bevestigd voor verkopen op de primaire markt. In de standaardovereenkomst is evenwel geen uitdrukkelijke clausule voorzien die verkoopweigerings toelaat hetgeen niet betekent dat de praktijk niet bestaat.

⁷ F. TUYTSCHEVER, *Het vernieuwd regime voor verticale overeenkomsten in het mededingingsrecht*, Cahier van de Bedrijfsjurist, 2010, nr. 3, p. 60 (randnr. 25).

⁸ F. WUICKMANS, “De nieuwe Belgische mededingingswet”, *RW* 2006-07, nr. 15, p. 622; F. WUICKMANS, “Moderne kijk op mededingingsrecht en arbitrage: arbitrage, mededingingsrecht en ... Brussel”, *b-Arbitra*, 2013/2.

⁹ *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen* (2010/C, 130/01) (Pb. 19 mei 2010).

¹⁰ *Richtsnoeren*, o.c., randnr. 50.

¹¹ Over de interpretatie van het begrip “overeenkomst en hoe een onderscheid moet gemaakt worden met eenzijdig gedrag” is al heel wat inkt gevloeid: F. WUICKMANS, “Verticale overeenkomsten: een Europese facelift”, *TBH*, 2010/7; A. VANDERELST, “De ene (collectieve boycot) is de andere niet”, *Jb.Hand.2009*; A. VANDERELST, “Het Adalat-arrest van het Hof van Justitie”, *TPR*, 2004, *Liber Amicorum TPR en Marcel Storme*, 835 en H. DE DEBAUW, “De schijnbaar eenzijdige handeling in het mededingingsrecht”, *Jb.Hand.2005*, 804.

12. Bij gebreke van een uitdrukkelijke overeenkomst of de uitdrukking van een gezamenlijk wil, kan een mededingingsbeperking ook voortvloeien uit een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt met het begrip “onderling afgestemde feitelijke gedraging” een vorm van coördinatie tussen ondernemingen bedoeld die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹² Die feitelijke samenwerking kan bewezen worden door het bestaan van contacten. De relatie tussen kunstenaar en galeriehouder biedt de ideale communicatielijnen om informatie over “art flippers” te communiceren (per e-mail, vergaderingen of telefoongesprekken). De vorm van de contacten is echter irrelevant evenals de frequentie. Zo zullen e-mails, nota’s van vergaderingen of telefoongesprekken tussen kunstenaars en hun kunstgaleriehouder voldoende bewijs opleveren. Een eenmalige unilaterale uitwisseling van informatie wordt door de Europese rechtspraak bovendien voldoende geacht.¹³ Er moet ook niet bewezen worden dat de ontvangende partij rekening heeft gehouden met die informatie. Er wordt vermoed dat zij de informatie vernomen ter gelegenheid van het contact omtrent het marktgedrag van één of meer andere ondernemingen zal aanwenden voor het uitstippelen van haar eigen marktgedrag.¹⁴ Een belangrijk gegeven is wel dat de klantenrestrictie moet uitgaan van de kunstenaar. Vaak is het zo dat de galeriehouder de gesprekken rond prijszetting en klantenrestricties domineert wat niet tot (verticale) mededingingsproblemen aanleiding kan geven.¹⁵ De FEAGA-modelovereenkomst voorziet in artikel 6 dat “indien de galeriehouder en kunstenaar informatie over klanten zouden uitwisselen, de informatie eigendom blijft van de galeriehouder” wat logischerwijze suggereert dat het meestal de galeriehouder is, die over die klantenbestanden beschikt, die het initiatief zal nemen om op basis van zijn informatie klantenrestricties te bespreken. De kunstenaar kan die informatie niet opeisen. Artikel 6

bepaalt uitdrukkelijk dat de “galeriehouder die klanteninformatie niet verplicht is te delen” wat dan weer suggereert dat de kunstenaar ook niet onrechtstreeks enige drukkmiddel heeft om beslissingsmacht ter zake uit te oefenen.

13. **Ondernemingen.** Een ander element dat moet onderzocht worden, is of er sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen. De gangbare definitie ter zake vertrekt vanuit de aanwezigheid van een economische activiteit ongeacht de juridische vorm en de manier waarop de entiteit is gefinancierd.¹⁶ Het begrip economische activiteit wordt dan op zijn beurt gedefinieerd als elke activiteit die bestaat in het leveren van goederen of het verstrekken van diensten op een bepaalde markt.¹⁷ Voor galeriehouders lijkt de kwalificatie als onderneming een evidentie. Kunstenaars (althans diegene die gebaat zouden zijn bij klantenrestricties) werken meestal als zelfstandige waardoor ze ook als onderneming kwalificeren in de zin van het Wetboek economisch recht en de gangbare Europese rechtspraak ter zake.¹⁸

14. Ten slotte moet de betrokken ondernemingen ook *in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn*. De relatie tussen de kunstenaar en galeriehouder gaat meestal in de richting van een verticale agentuurstuctuur. Een agent is een natuurlijke persoon die bevoegd is tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten namens een andere persoon (de principaal), hetzij in eigen naam hetzij in naam van de principaal, betreffende de koop van goederen of diensten door de principaal.¹⁹ De kunstenaar en de galeriehouder bevinden zich in een verschillend stadium. De toepassing van de mededingingsregels op die agentuurrelatie hangt af van het feit of ze beiden als een soort van economische eenheid moeten beschouwd worden. Is hij een verlengstuk van de kunstenaar dan wel eerder een onafhankelijke marktspeeler die de touwtjes zelf in handen heeft, daar gaat het om. Om sluitend bewijs te leveren over het voorhanden zijn van een economische eenheid, moet volgens de richtsnoeren van de Europese Commissie rond verticale beperkingen een antwoord gegeven worden op de vraag “of de [galeriehouder] de financiële en commer-

12. Mededeling van de Europese Commissie, “De richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten”, 2011/C-11/01 (Pb. 14 januari 2011, randnr. 60). Ook de vraag naar de reikwijdte van dit begrip is niet nieuw. De thans gangbare definitie is bijna 40 jaar oud en gaat terug op de *kleurstoffen*-zaak en de *Suiker Unie*-zaak. HvJ 14 juli 1972, nr. 48/69, *ICI / Commissie* en HvJ 16 december 1975, gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie / Commissie*, randnr. 173.

13. Ger.EU 12 juli 2001, gevoegde zaken T-202/95, 204/98, 207/98, *Tate & Lyle, British Sugar en Napier Brown / Commissie*, Jur. 2001, II, 2035, overw. 54; HvJ 4 juni 2009, C-8/08, *T-Mobile / Nederland*, Jur. 2009, I, 4529, overw. 59; T. RUYS en A. GODFROID, “Informatie-uitwisseling tussen concurrenten in het licht van de nieuwe Richtsnoeren van de Europese Commissie voor Horizontale Overeenkomsten”, *RW* 2011, nr. 10, p. 471; A. VANDERELST, o.c., vii. 10.

14. HvJ 8 juli 1999, C-49-92 P, *Commissie / Anic Participazione*, randnr. 126; HvJ 8 juli 1999, C-199/92 P, *Hüls AG / Commissie*, Jur. 1999, I, 4287, overw. 162.

15. Zie punt (C.) van dit artikel rond (horizontale) boycotts.

16. HvJ, *Höfner en Elser / Macrotan*, 1991, ECR I-1979, randnr. 21.

17. *Commissie / Italië*, 1987, ECR 2599, randnr. 7 en andere rechtspraak zoals geciteerd in VAN BAELEN en BELLIS, *Competition Law of the European Communities*, Kluwer Law International, p. 17 et seq.

18. Lees meer over ondernemersbegrip in W. DEVROE en L. MICHAUX, “Over ‘b’ in ‘b2b’”. Onderneming als aanknopingspunt voor Belgisch en Europees mededingingsrecht” in W. DEVROE, E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK, *Nieuw Economisch Recht in B2B-relaties*, Intersentia, 2021.

19. Of er op de kunstmarkt sprake is van een verbintenissenrechtelijke lastgeving of handelsrechtelijke agentuur: zie O. LENAERTS, “Kunstenaar, Kunstdealer en collectionneur, marktwerking en marktcontrole” in O. LENAERTS (ed.), *Een juridische schets van het kunstlandschap*, Intersentia, 2021, p. 53.

ciële risico's van kunstverkoop draagt". Voor de toepassing van artikel 101 VWEU wordt een overeenkomst over het algemeen dus als agentuurovereenkomst beschouwd waarop de mededingingsregels niet van toepassing zijn wanneer de eigendom van de contractgoederen niet bij de agent berust of de agent niet zelf de contractdiensten verleent. De richtsnoeren sommen een aantal begeleidende omstandigheden op die bij de beantwoording van de vraag wat onder contractdiensten dient te worden verstaan, kunnen helpen.²⁰ Als je die vertaalt op de kunstensector is het van belang te onderzoeken of de galeriehouder zich verbindt tot gratis bewaarneming van de kunstwerken, of hij vervoer en verzekeringskosten draagt, of hij zich verbindt om de kunstwerken te transporteren "ex atelier", en of hij het insolventierisico draagt in geval van wanprestatie van de klant. Hoe minder risicovol de verplichtingen zullen zijn op financieel en commercieel vlak, hoe sneller er sprake kan zijn van een agentuurovereenkomst waarop artikel 101 VWEU niet kan toegepast worden. Als de agent de contractspecifieke risico's draagt, volstaat dit om te concluderen dat hij een onafhankelijke distributeur is. De modelovereenkomst van FEAGA²¹ legt de hierboven opgesomde contractspecifieke risico's gedeeltelijk bij de agent. Gratis bewaargeving is een element dat aantoont dat de agent een contractdienst levert. Er wordt ook bepaald in de modelovereenkomst dat de agent instaat voor de facturatie wat, op zijn beurt, betekent dat hij het insolventierisico draagt. Alhoewel de modelovereenkomst een toetredingscontract is, is het toch niet uit te sluiten dat de onderhandelingen van die aard zijn dat de kunstenaar de meeste contractdiensten levert. Indien de agent geen contractspecifieke risico's draagt, melden de richtsnoeren, dat de analyse moet worden voortgezet door de risico's in verband met marktspecifieke investeringen te beoordelen. Als die risico's aanwezig zijn in hoofde van de agent betekent dit bijna altijd dat de mededingingsregels van toepassing zullen zijn op de relatie tussen kunstenaar en zijn galeriehouder. Promotie is de essentie van de relatie tussen kunstenaar en galeriehouder. De galeriehouder zal vaak enorme bedragen besteden om kunstenaars in de markt te zetten door deelname aan beurzen, enz. Dat wordt uitdrukkelijk bevestigd in de modelovereenkomst van FEAGA. Artikel 2 bepaalt dat alle kosten verbonden aan beurzen ten laste van de galeriehouder zijn.²²

15. In een interessant arrest van het Hof van Justitie kwam de afweging van die risico's aan bod in het kader van een geschil tussen een koper van een tweedehandsauto en de garage die de auto verkocht.²³ De garage was niet de eigenaar maar enkel een tussenpersoon. Voor toepassing van de regels rond consumentenbescherming rees de vraag of de

garage een tussenpersoon was dan wel een (door)verkoper. Het Hof oordeelde dat de garagehouder als verkoper kon beschouwd worden als die een risico op verwarring schept bij de koper door hem te doen geloven dat hij de verkoper is. Waarmee rekening moet gehouden worden, volgens het Hof, is de mate van betrokkenheid en intensiteit van inspanningen van de verkoper, de omstandigheden waarin het goed wordt aangeboden maar ook het gedrag van de consument.

16. De eerste twee criteria lijken op de contractspecifieke en marktspecifieke risico's uit de richtsnoeren. Het laatste criterium is eerder subjectief en lijkt aan te geven dat het gedrag van de consument (met name of hij de gebruiken in de kunsthandel kent) mee bepalend is in de beoordeling of de galeriehouder verkoper is. Kunstverzamelaars die willen gebruik maken van arbitragemogelijkheden kennen de kunstmarkt en weten wanneer galeriehouders kunst aanbieden van kunstenaars dan wel secundaire marktverkoop promoten. Of hun gedrag (als vertaling van hun kennis over de kunstmarkt) ook voldoende is om uit het vaarwater van het mededingingsrecht te blijven, valt af te wachten. De in het arrest opgesomde criteria zijn cumulatief waardoor de vraag wat het onderlinge gewicht is dat aan de verschillende criteria moet gegeven worden, aan belang wint. Aangezien de toepassing van het mededingingsrecht op agentuurrelaties in feite te herleiden is tot de analyse of de agent als onafhankelijke (door)verkoper handelt en dat de criteria die in de richtsnoeren ter zake worden aangereikt overeenkomen met de criteria die het Hof hanteert voor de analyse van het civielrechtelijke begrip "verkoper", roept dit de vraag op of ook het gedrag van de koper mee bepalend is voor de mededingingsrechtelijke analyse. Deze Europese rechtspraak biedt dan mogelijk een houvast om klantenrestricties uit het vaarwater van het mededingingsrecht te houden, al kan niet met zekerheid gezegd of dit argument dat in een civielrechtelijke omgeving tot wasdom is gekomen, ook *mutatis mutandis* kan toegepast worden in een mededingingsrechtelijke context. Ik ga er voor het vervolg van de analyse vanuit dat de galeriehouder toch een onafhankelijke marktspeler kan zijn.

17. Maar zelfs als de agent als onafhankelijk doorverkoper optreedt dan zijn de klantenrestricties die kunstenaars opleggen eerder beperkingen die doorgaans betrekking hebben op voorwaarden waaronder de galeriehouder contracten kan afsluiten en niet zozeer beperkingen die betrekking hebben op de relatie tussen de galeriehouder en de kunstenaar. Als klantenrestricties op de kunstmarkt betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de galeriehouder contracten afsluit, zo luiden de richtsnoeren, moet de relatie als een agentuur beschouwd worden die buiten de toepassingssfeer van

^{20.} *Verticale richtsnoeren*, o.c., pt. 16.

^{21.} De modelovereenkomst is terug te vinden op www.europeangalleries.org/library.

^{22.} In art. 2, 4. van de modelovereenkomst van de Europese beroepsfederatie voor kunstgaleries ("FEAGA") voor samenwerking tussen de kunstenaar en zijn galerie staat dat de galerie alle kosten draagt die verband houden met de organisatie van beurzen zoals verzekering, verzending en transport, inschrijvingskosten en PR.

^{23.} HvJ 9 november 2016, C-149/15, *Sabrina Wathelet / Garage Bietheres & Fils SPRL*, ECLI:EU:C:2016:840.

artikel 101 VWEU valt.²⁴ In scenario's waar galeriehouders zelf de commerciële en financiële risico's dragen van verkooptransacties (bv. vervoer, bewaring, enz.), vallen die klantenrestricties, ondanks het feit dat ze betrekking hebben op voorwaarden waaronder de galeri houder contracten afsluit, toch niet altijd buiten het toepassingsgebied. Of ze problematisch zijn, zal afhangen van de vraag of ze ook betrekking hebben op de relatie kunstenaar en galeri houder wat, op zijn beurt, zal afhangen van de vraag of ze een doel-publiek ontnemen aan de galerie ten voordele van een concurrerende galeri houder/verzamelaar. Dit brengt me naadloos bij de vraag of de klantenrestrictie een verticale beperking is.

18. “Zwarte lijst” politiek als een verticale beperking. Bij de beoordeling van een verticale restrictie die onder het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU komt, zal men slechts op mededingingsbezwaren stuiten als er niet voldoende concurrentie heerst op een of meer handelsniveaus, d.w.z. als er sprake is van een zekere graad van marktmacht op het niveau van de producent-kunstenaar. Naar gelang het marktaandeel van de kunstenaar voert de groepsvrijstellingsverordening een vermoeden in dat verticale overeenkomsten wettig zijn voor zover zij geen hardcore beperkingen bevatten, die naar hun aard concurrentieverstorend zijn. Krachtens de groepsvrijstellingsverordening is het marktaandeel van de kunstenaar op de markt waarop hij de kunstwerken verkoopt een factor die bepaalt of de groepsvrijstelling van toepassing is. De groepsvrijstelling kan alleen van toepassing zijn op klantenrestricties als de marktaandelen van de kunstenaar en de afnemer 30% of minder bedragen.

19. De relevante productmarkt bestaat op het eerste gezicht uit veel onderling substitueerbare kunstenaars. Wat de structuur van de kunstmarkt typeert is immers dat kunstwerken steeds behoren tot een bepaalde kunststroming. Binnen een welbepaalde kunststroming zijn de kunstenaars onderling substitueerbaar – indien de prijs van het kunstwerk van Kunstenaar X. stijgt, betekent dit niet automatisch dat verzamelaars achter blijven met onbevredigde esthetische verlangens. Een kunstenaar is meestal maar een pion in een kunsthandel waar kunstwerken qua thema en techniek substitueerbaar zijn. De voorwaarden om daadwerkelijk te kunnen mededingen, hangen derhalve tezamen met het thema van kunstwerken en de kunststroming waartoe ze behoren. Ook de waardering van kunstwerken speelt een rol bij marktafbakening. De wijze waarop sommige kunstenaars op de schouders worden genomen in de pers en bij monitoring agentschappen en hun prijzen online worden bijgehouden in indexen en databanken wijst op een afzonderlijke piramidale markt voor wat men noemt “investment grade” kunst. In die

marktstructuur zal de kunstverzamelaar bij een verhoging van de prijs van Kunstenaar X. dan allicht geneigd zijn de aankoop te overwegen van een kunstwerk van een kunstenaar die een in een gelijkaardige prijscategorie zit. Marktafbakening lijkt dus zowel een verticale als een horizontale sturing te hebben.

20. Een opvallende analyse rond marktafbakening wordt geboden in gezaghebbende socio-economische rechtsleer over de kunstmarkt waarin gesteld wordt dat elke kunstgaleri houder (op de primaire markt) een monopolist is op zich met een variabele set aan kunstenaars langs de leverancierszijde en een groep van verzamelaars aan de vraagzijde die weinig of geen concurrentie ondervindt van zijn collega's.²⁵ In die laatste hypothese van marktafbakening, wordt het aantal kunstenaars vrij klein en wordt hun marktpositie uit het oogpunt van hun marktaandeel, hun capaciteit en hun distributienet min of meer hetzelfde. Een risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie is dan niet onbestaande volgens de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen: “[...] Bij meervoudig exclusief distributeurschap, waarbij verschillende leveranciers in een bepaald gebied dezelfde exclusieve distributeur aanwijzen, kan het risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie nog groter zijn.”²⁶ Wanneer een kunstgalerie met andere woorden het exclusieve recht verkrijgt om twee of meer belangrijke concurrerende kunstenaars in hetzelfde gebied te distribueren, kan de concurrentie tussen hen aanzienlijk worden beperkt. Ik volg niet de redenering dat de relevante markt moet beperkt worden tot de portfolio van één kunstdealer. Kunstenaars die vertegenwoordigd zijn door verschillende kunstgaleries zijn eveneens substitueerbaar. Vaak worden kunstenaars die elders vertegenwoordigd zijn ook uitgenodigd door andere galeries voor groepshows. De analyse is wel interessant omdat ze het belang aantoonst van een verdere opdeling van de productmarkt. Er is nog een bijkomende as die in het uit onderlinge inwisselbare kunstenaars behorende coördinatenstelsel dient toegevoegd te worden: het verkoopkanaal. Voor de onderling concurrerende kunstenaars moet nagegaan worden of de mededinging enkel speelt op de primaire (dealer)markt dan wel ook op de secundaire (veiling)markt. De enige keer dat de Europese Commissie zich uitsprak over dit aspect was in de beslissing rond de kartelafspraken tussen Christies' en Sotheby's.²⁷ In die beslissing werd er door de Europese Commissie een onderscheid gemaakt tussen de dealer- en veilingmarkt omwille van de verschillende dynamiek tussen beide markten. Of die opdeling van de verkoopmarkt relevant is voor de beoordeling van verticale klantenrestricties is twijfelachtig. De meeste (vooral beginnende) kunstenaars op de primaire kunstmarkt zijn niet actief op de veilingmarkt. Voor doeleinden van de analyse

^{24.} *Verticale richtsnoeren*, o.c., pt. 18.

^{25.} O. VELTHUIS, *Talking Prices; symbolic meaning of prices on the market for contemporary art*, Princeton University Press, 2007, p. 15.

^{26.} *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*, o.c., pt. 154.

^{27.} Beslissing van de Europese Commissie van 30 oktober 2002 in verband met een procedure met betrekking tot art. 81 – COMP/E-2/37.784, randnr. 17.

van verticale klantenrestricties geldt bovendien de regel dat de formele analyse van het restrictieve karakter, gemeten aan de hand van marktaandeeldrempels, alleen relevant is als de beperking niet als een hardcore beperking wordt aangeduid in de groepsvrijstellingsverordening. Zowel de marktaandeellimiet uit de groepsvrijstellingverordening als de “*de minimis*” bekendmaking van de Europese Commissie zijn slechts van toepassing voor zover er geen hardcore restrictie is overeengekomen. Zelfs de uitzondering die voorzien is voor kleine ondernemingen en kmo's is slechts van toepassing voor zover er geen hardcore beperking is ingelast in het contractuele veld tussen de betrokken ondernemingen.²⁸ Artikel 4 van de groepsvrijstellingsverordening bevat een lijst van hardcore beperkingen die tot gevolg hebben dat de verticale overeenkomst in haar geheel van de werkingssfeer van de groepsvrijstellingsverordening is uitgesloten. Wanneer een dergelijke hardcore beperking in een overeenkomst is opgenomen, wordt verondersteld dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, 1. VWEU valt.

21. De eerste hardcore beperking die verband houdt met agentuurovereenkomsten, staat vermeld in randnr. 49 van de richtsnoeren. Bij agentuurovereenkomsten stelt de principaal gewoonlijk de verkoopprijs vast, omdat de agent geen eigenaar van de goederen wordt. In een galeriecontext, is het echter meestal de galeriehouder die de prijzen vaststelt wat een argument is om die relatie niet als klassieke agentuurovereenkomst te beschouwen die buiten het toepassingsgebied van het mededingingsrecht valt. In dergelijk scenario, bepalen de richtsnoeren dat een bepaling die de agent verbiedt, of diens mogelijkheid beperkt, om zijn vaste of variabele provisie met zijn klant te delen, een hardcore beperking vormt in de zin van artikel 4, onder (a) van de groepsvrijstellingsverordening. Het moet de agent daarom blijven vrijstaan de daadwerkelijk aan zijn klant aangerekende prijs te verlagen, zonder dat hierdoor de inkomsten van de principaal dalen.²⁹ In de modelovereenkomst van FEAGA³⁰ staat uitdrukkelijk dat de galerie tot 15% korting kan toestaan maar dat die wel gedeeld dient te worden tussen galeriehouder en kunstenaar. Die laatste toevoeging is problematisch en kan leiden tot nietigheid van de clausule vooral omdat het om een modelcontract gaat dat uitsluitend is opgesteld door galeriehouders. Kunstenaars die dit contract voorgeschoteld krijgen, zullen weinig de kans krijgen om over dit punt te onderhandelen. Het modelcontract is dan ook te beschouwen als een toetredingscontract.

22. De in artikel 4, onder (b) van de groepsvrijstellingsverordening beschreven hardcore beperking betreft overeen-

komsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de verkoop door een afnemer die partij is bij de overeenkomst, of zijn klanten, te beperken, voor zover deze beperkingen verband houden [...] *of de klanten aan wie de afnemer of zijn klanten de contractgoederen of -diensten mogen verkopen*. Deze hardcore beperking heeft betrekking op marktverdeling door de toewijzing van klantenkringen.³¹ De klantenrestricties op de kunstmarkt leiden tot een gedragsmatige segmentatie van de kunstmarkt waarop het verbod zinspeelt. Sommige verzamelaars worden door de klantenrestrictie verhinderd kunst door te verkopen op de secundaire markt. Om als een verticale beperking beschouwd te worden, is het uiteraard cruciaal dat de beperking op één of andere manier de mededinging beperkt. De zwarte-lijstpolitiek heeft echter niet tot rechtstreeks gevolg dat andere galeriehouders met de handelsactiviteit van de door de klantenrestrictie gebonden galeriehouders kunnen gaan lopen. Het idee achter de klantenrestricties is om de verkoop aan “art flippers” volledig aan banden te leggen wat niet meteen tot rechtstreeks gevolg heeft dat die handelsactiviteit wordt omgeleid naar of toegekend aan een andere dealer. Onrechtstreeks is het echter wel mogelijk dat de geweigerde kunstverzamelaar argumenteert dat hij een kans ontloopt om de kunst die hem ontzegd wordt, zelf te koop aan te bieden. Marktactoren kunnen verschillende hoedanigheden aannemen en concurreren met elkaar waardoor de verspreiding van kunstwerken op de markt best als een duaal distributiesysteem kan omschreven worden waarin de producent-kunstenaar vaak ook concurreert met de dealer die de kunstwerken van de kunstenaar verkoopt maar waar een verzamelaar zelf ook kan beslissen, na opbouw van een portfolio, om dealer te worden. Kunstverzamelaars zijn dus ook potentiële concurrerende kunstdealers.

23. Indien de kunstenaar geen rechtstreekse of onrechtstreekse verplichting oplegt aan zijn galeriehouder om niet door te verkopen, is er hooguit sprake van een unilaterale eenzijdige verkoopweigering die meestal niet leidt tot mededingingsrechtelijke problemen. Een individuele verkoopweigering door een onafhankelijke kunstenaar, is in principe geoorloofd. Zij vloeit voort uit het recht voor elke handelaar om vrij de personen te kiezen waarmee hij een overeenkomst sluit. Een louter unilaterale verkoopweigering die los staat van het bestaan of van de uitvoering van een afspraak van een verkoopweigeraar met derden, valt niet onder de toepassing van de mededingingsregels.³²

²⁸ *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, o.c.*, pt. 11.

²⁹ Zie bv. Besch. nr. 91/562/EEG van de Commissie (zaak IV/32.737 — Eirpage) (*Pb.* L. 306 van 7 november 1991, p. 22, met name overw. (6)).

³⁰ Zie vn. 16.

³¹ *Richtsnoeren, o.c.*, randnr. 50.

³² H. DE BAUW, “De toepassing van het E.E.G.-mededingingsrecht door de Belgische stakingsrechter (1980-1987)”, *TPR* 1988, 1087/1127, nr. 71; J. STUYCK en B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, “Weigering van verkoop en van levering”, *TBH* 1984, (324); Gent 3 oktober 2014, AR 2010/A/3351, *Ducati / DD BIKES*; Kh. Gent (afd. Dendermonde), 29 april 2015, *RDC-TBH*, 2016/8, p. 785-789.

C. De “zwarte-lijstpolitiek” als een horizontale overeenkomst

24. Er is nog een derde scenario mogelijk. De galeriehouder kan ook zelf de lakens uitdelen en de klantenrestrictie suggereren. In mededingingsjargon spreken we dan over een verticale “boycot”. De benaming verticaal is verwarrend omdat het wel degelijk gaat over afspraken tussen concurrenten. Een samenwerking is “horizontaal” van aard indien een overeenkomst wordt gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten. We bespraken reeds dat kunstenaars onderling concurrenten zijn indien ze behoren tot dezelfde kunststroming en binnen dezelfde prijsklasse opereren. Diezelfde kunstenaars kunnen bovendien, ondanks hun verticale verhouding, ook als concurrenten beschouwd worden van de kunstgaleriehouders waarmee ze samenwerken. De kunsthandel is een duaal distributiesysteem waarbij de kunstenaar ook zelf handelaar is op de verkoopmarkt aan eindgebruikers. Met andere woorden, kunstenaars en galeriehouders zijn niet actief op een eigen markt en er is in de praktijk dus wel degelijk concurrentie mogelijk tussen kunstenaars onderling en hun kunstgaleriehouders.³³ De verticale richtsnoeren bepalen in randnr. 20 dat een agentuurrelatie ook binnen het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU kan vallen indien zij collusie vergemakkelijkt. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn “[...] wanneer de principalen zich van de agenten bedienen om samen te spannen betreffende de marketingstrategie of om gevoelige marktinformatie uit te wisselen”.³⁴ De Commissie schrijft in de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten het volgende in randnr. 55: “De uitwisseling van informatie kan in verschillende vormen plaatsvinden. Ten eerste kunnen gegevens rechtstreeks tussen concurrenten worden uitgewisseld. Ten tweede kunnen gegevens indirect worden uitgewisseld via een gemeenschappelijke instantie [...] of via [...] afnemers van de partijen.”

25. Die uitwisseling van klanteninformatie heeft doorgaans geen contractueel karakter. In tegenstelling tot de analyse van verticale klantenrestricties die contractueel kunnen opgelegd worden door de kunstenaar aan hun galeriehouder, is er geen sprake van een overeenkomst. Men spreekt op de kunstmarkt over een “zwarte-lijstpolitiek” maar daarmee wordt geen werkelijke fysieke lijst bedoeld maar eerder opwaartse losse contacten tussen kunstgaleriehouder en zijn vertegenwoordigde kunstenaars. De losse afspraken tussen een kunstenaar en zijn galeriehouder kunnen breed uitwaaiende gevolgen hebben en leiden tot parallel gedrag van

andere kunstenaars of kunstgaleriehouders. Zelfs als er geen contacten zijn geweest met die bredere groep van kunstenaars en kunstgaleriehouders, maar er louter sprake is van parallel marktgedrag kan dit problematisch zijn als dit parallel gedrag op geen enkele andere manier kan worden uitgelegd dan door afstemming.³⁵

26. Voor de concrete beoordeling van afstemming, wordt in de Europese rechtspraak over de toepassing van artikel 101 VWEU een hoge norm gehanteerd. Dit is voornamelijk te verklaren vanuit een extreem vertrouwen bij de identificatie van gedragingen van ondernemingen in economische analyse en marktmodellen. De eerste mijlpaalarresten die werden gevelde waarin bijzondere aandacht werd besteed aan de economische omstandigheden betroffen prijskartels. Zo toonde de “*Woodpulp*” rechtspraak van het Europese Hof van Justitie aan dat sluitend bewijs van collusie in de zin van artikel 101 VWEU slechts mogelijk is als de economische omstandigheden waarin de betrokken producenten werkzaam zijn, zodanig zijn, dat men ervan mag uitgaan, dat zij hun producten tegen uiteenlopende prijzen zouden aanbieden indien er geen afgestemde gedraging voorhanden zou zijn.³⁶ Het Hof leidt daaruit af dat het parallelle gedrag inzake prijzen enkel kan worden verklaard door een afstemming tussen de producenten.³⁷ Of de normale economische omstandigheden van dien aard zijn dat ze een mededingingsbeperkende strekking kunnen hebben, daar lijkt het om te gaan. Als dit niet zo is, is dit een argument dat pleit voor de totstandkoming van de mededingingsbeperking veroorzaakt door een onderlinge afgestemde afspraak. Als je dat redeneerpatroon als uitgangspunt neemt, kan je meteen een argument bedenken waarom de “zwarte-lijstpolitiek” problematisch is. Het is immers zo dat kunstenaar hun prijzen allicht niet kunnen controleren indien ze niet op de hoogte worden gesteld van die “art flippers”. De economische context van de kunstmarkt wordt gekenmerkt door een gebrek aan transparantie. Er is geen toegang tot verkoopgegevens (identiteit kopers, prijs, enz.) waardoor het voor concurrerende kunstenaars moeilijk is een beeld te vormen van de prijszetting van haar concurrenten en de impact van “art flippers” op hun prijzen. Zonder onderlinge afstemming, zal een kunstenaar allicht niet plausibel kunnen verklaren waarom hij een verkoop weigert aan een kunstverzamelaar met wie hij nog geen relatie heeft opgebouwd en wiens verzamelgedrag hem nog onbekend is.

27. Er is in die economische context dan geen andere uitleg mogelijk voor de uitsluitingseffecten dan dat kunstenaars onderling of via hun galeriehouders zijn overgegaan tot

33. A. VANDERELST, “De ene (collectieve) boycot is de andere niet” (noot onder Brussel 3 september 2009 en Luik 5 februari 2009), *Jb.Hand.* 2009, 1063-1073.

34. *Richtsnoeren inzake verticale beperkingen*, o.c., pt. 20.

35. A. VANDERELST, *Jb.Hand.* 2009, o.c.

36. HvJ 27 september 1988, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, *Woodpulp*, Adv. Gen. J. JOLIET, rapport ter terechtzitting d.d. 12 januari 1988, I-1326.

37. *Woodpulp*, o.c., I-1327.

ongoorloofde afstemming in de vorm van een collectieve boycot om de commerciële activiteiten van “art flippers” te belemmeren, hen schade te berokkenen of zelfs volledig uit de markt te verdrijven.³⁸

28. Als je naast het kenmerk “uitsluiting” ook “bestraf-fing” als graadmeter neemt voor de mate van mededingingsbeperkende strekking van een gedraging, is meteen duidelijk dat de “zwarte-lijstpolitiek” potentieel laakbaar zelfs als de “art flipper” geen concurrent is van de kunstenaar en/of de galeriehouders. De meeste rechtspraak inzake boycotts betreft scenario’s waar ondernemingen samenzweren om de commerciële activiteiten van concurrenten te belemmeren of hen zelfs volledig uit de markt te verdrijven.³⁹ In de rechtsleer wordt echter aangenomen dat boycotts evenzeer een bestraffend effect kunnen hebben en dat de boycot niet noodzakelijk betrekking hoeft te hebben op concurrenten.⁴⁰ De vraag of “art flippers” concurrenten zijn van kunsthandelaars of niet, is verweven met de marktafbakening. In sommige gezaghebbende socio-economische bijdragen wordt er een onderscheid gemaakt tussen de primaire kunstmarkt (“waiting game”) en de secundaire kunstmarkt (“brokering game”).⁴¹ In die instrumentele visie op de kunsthandel, zijn “art flippers” geen concurrenten van kunstdealers en zijn de primaire en secundaire verwante maar afzonderlijke markten. Dit hoeft niet te betekenen dat consumenten die problemen veroorzaken in de zin van verstoring van de mededingingsvoorwaarden op een verwante markt, niet het voorwerp zijn van een boycot. Een boycot kan gevolgen hebben op één markt (i.c. poging om te verhinderen dat een “art flipper” verkoopt op de secundaire markt) terwijl de gevolgen zich ervan laten voelen op een andere verwante markt (i.c. ongewenste prijsstijgingen op de primaire markt).⁴² In een andere meer functionele interpretatie, zijn “art flippers” wel degelijk (potentiële) concurrenten net omdat hun gedrag een impact heeft op de mededingingsvoorwaarden op de primaire markt. De veilingprijzen zijn de maatstaf en beïnvloeden de prijszetting op de primaire markt alsook de structuur

van vraag en aanbod. Dat laatste functionele redeneerpatroon werd reeds gevolgd door het Europees Hof van Justitie alsook door nationale rechtbanken.⁴³

29. Ten slotte moet er nagegaan worden of die afstemming tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen. “Zwarte lijsten” zijn sinds lang een onuitgesproken onderdeel geweest van de handelspraktijken op de kunstmarkt en bieden mededingingsrechtelijk laakbare opportuniteiten voor een concurrentieverstorende uitsluiting op dezelfde of verwante markten. Dergelijke collectieve boycotts worden omschreven als ernstige inbreuken. Tegelijkertijd dringt de vaststelling zich op dat het begrip “boycot” niet uitdrukkelijk is opgenomen in mededingingsrechtelijke bepalingen uit het VWEU of het Belgische WER. Auteurs hebben in het verleden er reeds op gewezen dat dit niet verbazingwekkend is omdat de bepalingen uit het VWEU en WER enkel een voorbeeldfunctie hebben.⁴⁴ Anderzijds is het zo dat de boycot die hier onderzocht wordt een aantal kenmerken vertoont waarvan in het VWEU en WER wordt aangenomen dat ze mededingingsbeperkend zijn. Het VWEU en WER vermelden uitdrukkelijk dat de mededinging wordt beperkt als de onderlinge afgestemde gedraging rechtstreeks de “aan of verkoopprijzen bepaalt”, dan wel “de productie of afzet beperkt of controleert”. Vooral de controle op en beperking van afzet en productie zijn, voor doeleinden van huidige onderzoeksvraag, relevant. Door een boycot van “art flippers” beperkt men de afzet en behoudt men zo controle op vraag. Kunstverkoop door “art flippers” op veiling beïnvloeden de marktwarde van de kunstwerken opwaarts in die mate dat de vraag voor kunstwerken op de primaire markt zou kunnen dalen. Een uitsluitingspolitiek is daarom een uiterst efficiënt middel om de vraag naar de artistieke productie te controleren. Dit geldt zeker indien die verkoopweigering gecombineerd wordt met het hanteren van wachtlijsten. Door het gebruik van wachtlijsten, is de kans dat de prijs op veiling ongekende hoogte

38. *Horizontale richtlijnen*, o.c., randnr. 86. In D. MITCHELL, “Vertical Refusals to Deal under the Sherman Act: Products Liability and Malley-Duff Divide the Circuits”, *Minnesota Law Review*, 1985, 1040, wordt het arrest *Klor Inc. versus Broadway-Hale Stores* van de Supreme Court geciteerd waarin de redeneertrant uit de Europese rechtspraak rond horizontale prijsafspraken wordt toegepast op boycotts. De rechtbank oordeelt dat verkoopweigeringen die kenmerken hebben van samenzwering gericht op het uitsluiten van de mededinging, een mededingingsbeperkende strekking hebben en derhalve onder het overeenstemmende Amerikaansrechtelijk regime van het een “per se” verbod vallen.

39. Ger.EU 20 maart 2002, T-16/99, *Powerpipe* en de geciteerde rechtspraak inzake mededingingsrecht in: X. TATON, T. FRANCHOO, N. BAETEN et I. ROOMS, “Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht (1ste deel) (2004-2010)”, *TBH*, 2013/1.

40. VAN BAELEN en BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5th Ed., Wolters Kluwer, p. 378.

41. O. VELTHUIS, *Talking Prices; symbolic meaning of prices on the market for contemporary art*, Princeton University Press, 2007, p. 40. Die redenering werd ook gevolgd in de analyse van de marktafbakening in de *kartel* -zaak tussen de Commissie en Christie’s en Sotheby’s (zie vn. 23). Er werd wel aan toegevoegd dat de marktafbakening slechts gold voor doeleinden van de mededingingsrechtelijke analyse van de afspraken tussen de twee veilinghuizen. Voor de beoordeling van klantenrestricties die kunstenaar op dealers opleggen aan klanten schiet de analyse allicht te kort. De eerste vraag is of de kunstwerken van alle kunstenaars inwisselbaar zijn en, vervolgens, moet allicht rekening gehouden worden met het feit dat de veilingmarkt wel degelijk een invloed uitoefent op de dealermarkt voor zover het thema “verkoopweigeringen” en “klantenrestricties” is.

42. Rb Leuven (6de k.) 30 november 2021, *Hector Cue Sports / Belgische Koninklijke Biljartbond*, onuitg.

43. De instrumentele visie wordt verdedigd door O. Velthuis (*Talking Prices; symbolic meaning of prices on the market for contemporary art*, Princeton University Press, 2007, p. 40) de primaire markt (“waiting game”). De functionele redeneertrant werd reeds gevolgd door het Europees Hof van Justitie: HvJ 1 juli 2008, C-49/07, *Motosykletistiki Ellados NPID / Elleniko Dimosio, MOTOE* -zaak. In het *MOTOE* -arrest werd geoordeeld dat de activiteiten misschien niet inwisselbaar zijn maar minstens elkaar functioneel aanvullen. De rechtspraak werd recent geciteerd in een boycot-zaak in nationale context: Rb Leuven (6de k.), 30 november 2021, *Hector Cue Sports / Belgische Koninklijke Biljartbond*, onuitg.

44. A. VANDERELST, *Jb.Hand.* 2009, o.c.

bereikt zeer reëel.⁴⁵ Wat het nut van een verkoopweigerings nog vergroot. Door het opdrijven van de veilingprijzen door diegenen die “in de wachtlijst” staan, kunnen er immers prijsbubbels ontstaan die een nefaste invloed kunnen hebben op de primaire (verkoop)markt van de kunstenaar.

D. Rechtvaardiging onder artikel 101, 3. VWEU

30. De onder punt B besproken verticale beperkingen die worden opgelegd door de kunstenaar aan zijn contractpartner zijn hardcore restricties waarop de groepsvrijstelling in principe niet van toepassing is. Er wordt verondersteld dat dergelijke overeenkomsten (of onderlinge afgestemde gedragingen) waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, 3. VWEU beantwoorden en dat de groepsvrijstelling bijgevolg niet van toepassing is. Desondanks kan men uiteraard steeds op individuele basis concurrentie bevorderende effecten invoeren. De richtsnoeren vermelden, op niet-exhaustieve wijze, de argumenten die men kan invoeren om aan te tonen dat er efficiëntieverbeteringen mogelijk zijn ingevolge klantenrestricties. Klantenrestricties kunnen schaalvoordelen creëren waardoor de kunstwerken tegen een lage prijs kunnen verkocht worden.⁴⁶ Die rechtvaardiging past perfect in de verkoopstrategie van kunstenaars die hun kunstwerken gestaag de markt willen inzetten om geen prijsbubbels te creëren. Om als beginnende kunstenaar de verkoopmarkt te betreden lijken klantenrestricties daarom noodzakelijk. Zonder die restricties zal de kunstgaleriehouder met wie men samenwerkt minder geneigd zijn om promotionele investeringen te doen. Klantenrestricties vergemakkelijken daarom toegang tot verkoopmarkten.⁴⁷ Die redenering heeft uiteraard minder verdienste wanneer de restricties worden gehanteerd door gevestigde kunstenaars. Een tweede voorwaarde voor de toepassing van artikel 102, 3. VWEU is dat de efficiëntieverbetering onmisbaar moeten zijn. Bij de toepassing van het onmisbaarheids criterium van artikel 101, 3. VWEU moet nagegaan worden of de klantenrestricties een efficiëntere productie of (weder)verkoop van de kunstwerken mogelijk maken dan zonder de betrokken beperking het geval zou zijn.⁴⁸ Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de marktvoorwaarden en de

feitelijke situatie waarmee de partijen bij de overeenkomst te maken hebben. Ik wees reeds eerder in de bijdrage op de opportuniteit voor kunstenaars om door klantenrestricties hun productie te controleren en een constante vraag te creëren. Een derde voorwaarde is dat een billijk aandeel van de voordelen ook de consument ten goede moet komen. Aangezien de prijs slechts gestaag zal stijgen in functie van de vraag en er geen prijsbubbels ontstaan, geniet de kunstverzamelaar uiteraard mee van de voordelen van de klantenrestricties.⁴⁹ Het doel van de klantenrestricties bestaat er juist in om het goed functioneren van het beroep van kunstgaleriehouder te verzekeren en ervoor te zorgen dat de consumentkoper niet geconfronteerd wordt met excessieve prijszetting. Voor de verkoopweigerings in de vorm verticale afspraken die uitgaan van de kunstgaleriehouder en gericht zijn tot zijn portfolio van kunstenaars, gelden uiteraard dezelfde argumenten. Als je marktverstoring als graadmeter neemt voor een mededingingsrechtelijke analyse, is het hanteren van een zwarte lijst (in de vorm van een verticale boycot) omwille van de eigenheid van de kunstmarkt daarom allicht eveneens te rechtvaardigen onder artikel 101, 3. VWEU. Bepaalde rechtspraak inzake boycotts erkent dat het algemene belang van dergelijke verkoopweigerings kan opwegen tegen de economische en financiële belangen die op de secundaire kunstmarkt zouden spelen.⁵⁰ De verkoopweigerings lijkt daarom onmisbaar voor een rationele organisatie van de primaire markt⁵¹ en een valabel weerwoord tegen de argumentatie van de benadeelde “art flipper”.

31. Het feit dat kunstenaars, andere dan diegene die alleen met zijn galeriehouder samenzweert, eenzelfde parallel gedrag gaan vertonen, wordt in de rechtspraak vaak als een bezwarend element beschouwd voor de beoordeling van de nefaste mededingingsrechtelijke strekking van een boycot.⁵² In andere woorden, een bijkomende factor die blijkbaar van invloed is op de analyse van de mededingingsrechtelijk beperkende strekking van een zuiver verticale groepsboycot is het horizontale aspect dat met dergelijke boycot gepaard kan gaan.⁵³ Sommige rechtbanken benadrukten dat een brede (horizontale) combinatie van samenzweerders en niet slechts de betrokkenheid van een kunstenaar en een dealer die een exclusieve distributierelatie zijn overeengekomen,

⁴⁵. www.artsy.net/article/artsy-editorial-flippers-art-dealers.

⁴⁶. *Richtsnoeren*, o.c., 107 (g).

⁴⁷. *Richtsnoeren*, o.c., 107 (b).

⁴⁸. *Richtsnoeren*, o.c., randnr. 125.

⁴⁹. *Richtsnoeren*, o.c., randnr. 126.

⁵⁰. Rb. Brussel 29 juni 2010, *TBM* 2010, afl. 3, 48-49, noot P. WYTINCK en H. BUREZ.

⁵¹. Brussel 29 september 2004, *RW* 2004-05, 1627.

⁵². Zie, voor voorbeelden van verticale boycotts in Amerikaans antitrust recht in een dealer-context: G. LACEY, “Standardizing Wharhol: antitrust liability for denying the authenticity of artworks” in *Washington Journal of Law*, vol. 6, Issue 3, Winter 2011, p. 198 en de aldaar geciteerde rechtspraak in vn. 66 en voorbeelden van horizontale boycotts in een dealer context uit de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court: D. MITCHELL, “Vertical Refusals to Deal under the Sherman Act: Products Liability and Malley-Duff Divide the Circuits”, *Minnesota Law Review* 1985, 1040.

⁵³. Voorbeelden van Belgische rechterlijke uitspraken die onderlinge afgestemde gedragingen tussen leden van beroepsfederaties aan de kaak stellen, worden geciteerd in: X. TATON, T. FRANCHOO, N. BAETEN et I. ROOMS, “Overzicht van rechtspraak. Private handhaving van het mededingingsrecht (1ste deel) (2004-2010)”, *TBH*, 2013/1. Een recente toepassing is te lezen in Orb. Leuven (6de k.), 20 april 2021, *Hector Cue Sports / Koninklijke Belgische Biljartbond*. Voorbeelden van “per se” verboden zijn geciteerd in D. MITCHELL, o.c., p. 1362.

een bezwarend element is.⁵⁴ Die rechtszaken behandelden boycotts die horizontale activiteiten tussen concurrenten op hetzelfde marktniveau omvatten. In dergelijke scenario's die kenmerken vertonen van een heus kartel, zullen nationale

mededingingsautoriteiten, de Commissie of nationale rechtbanken allicht eerder uitzonderlijk oordelen dat er een vrijstelling mogelijk is onder artikel 101, 3. VWEU.

IV. CONTRACTUELE MARKTCONTROLE

32. Marktcontrole kan ook verkregen worden door overdrachtsbeperkingen in te lassen in het contractuele veld tussen de kunstenaar en de kunstverzamelaar. De koper kan een voorkeurrecht ten voordele van de kunstgaleriehouder of kunstenaar opleggen of de koper kan verplicht worden het kunstwerk gedurende een bepaalde termijn niet door te verkopen. Bij een voorkeurrecht behoudt de voorkeurgever het recht om de beoogde overeenkomst al dan niet tot stand te brengen. Anders gezegd, wanneer het voorkeurrecht betrekking heeft op een kunstwerk, is dit recht geen beletsel voor de uitoefening van de eigendomsprerogatieven van de koper.⁵⁵

A. Grensafbakening tussen eigendom en auteursrecht

33. Om te kunnen beoordelen of die overdrachtsbeperkingen geldig zijn, is het interessant om stil te staan bij de juridische positie van de kunstenaar-auteur en de rechtsverkrijger van de eigendomstitel op een kunstwerk en hoe die wisselwerking kenmerkend is voor de gradatie van marktcontrole die daardoor mogelijk wordt. Kortom, de vraag is of de bevoegdheden van de auteur van een kunstwerk zover strekken dat ze de verkrijger kunnen verbieden om het kunstwerk te verkopen. Wanneer een kunstenaar een kunstwerk voltooit, dan vallen immers twee rechtsmomenten samen. In de eerste plaats wordt de kunstenaar maker van het werk en heeft hij zonder dat hij aan verdere vormvereisten moet voldoen, het auteursrecht. In de tweede plaats wordt hij eigenaar van het kunstwerk. De eigendom kan hij overdragen zonder dat hij daarbij ook automatisch de auteursrechten overdraagt. De praktijk in de courante kunsthandel is dat die auteursrechten meestal nooit worden overgedragen in de context van een verkoop aan een kunstverzamelaar.

34. De vraag welke bevoegdheden de nieuwe eigenaar zelfstandig, zonder toestemming van de auteur, mag uitoefenen valt alleen negatief te bepalen: de eigenaar mag enkel dat zelfstandig met het kunstwerk verrichten wat niet onder het auteursrecht valt. Het gaat hier om de grensafbakening van het auteursrecht en de eigendom, en dit valt ruw geschetst in één kernwoord samen te vatten: uitputting. In het Belgisch recht wordt de uitputtingsleer vervat in artikel XI.165 WER: “*De eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Europese Unie van het origineel of een kopie van een werk van letterkunde of kunst door de auteur of met diens toestemming leidt tot uitputting van het distributierecht van dat origineel of die kopie in de Europese Unie.*” Die uitputting is in feite het resultaat van een afbakening van het auteursrecht op grond van mededingingsregulering. Men mag het auteursrecht niet aanwenden om de vrije mededinging te beperken. De bevoegdheid van de auteursrechthebbende over zijn kunstwerk strekt niet zover dat als een exemplaar met zijn toestemming in het verkeer is gebracht, hij marktcontrole kan hebben over de verdere verspreiding. Een doorverkoop door de persoon aan wie de kunstenaar verkoopt is geen handeling die op basis van het auteursrecht kan tegengehouden worden – het behoort niet tot de prerogatieven van de auteur-kunstenaar. Van zodra een kunstwerk immers rechtsgeldig is gedistribueerd door de auteur-kunstenaar, treedt de uitputtingsleer in werking. Er is sprake van distributie van zodra er een eigendomsoverdracht plaatsvindt aan een publiek.⁵⁶

35. Alhoewel de uitputtingsleer de bewegingsvrijheid van de kunstenaar om arbitragemogelijkheden in te dijen behoorlijk aan banden lijkt te leggen, kan de kunstenaar beperkingen opleggen aan zijn koper die niet het resultaat zijn van een uitoefening van zijn auteursrechten. De uitputtingsleer betekent niet dat verbintenisrechtelijke overdrachtsbeperkingen uitgesloten zijn, maar die kunnen uiteraard geen goederenrechtelijke werking hebben.⁵⁷ Schade-

⁵⁴. Mijlpaalarresten van Amerikaanse Supreme Court rond horizontale boycotts: *Klor's, Inc. / Broadway-Hale Stores, Inc* (359 U.S. 207 (1959) en *United States / General Motors Corp* (384 U.S. 127 (1966)).

⁵⁵. L. CORNELIS en A.-S. MAERTENS, “De koop en verkoopbelofte: optie met bluts en de buil”, *Not.Fisc.M.* 2004, afl. 2, (27), 44.

⁵⁶. Op voorwaarde dat de oorspronkelijke verkoop gebeurde “aan een publiek”. Enkel distributiehandelings leiden tot uitputting en een distributiehandelings vereist een “eigendomsoverdracht of anderszins aan een publiek”. Zie voor een analyse in rechtsleer en rechtspraak: S. GEIREGAT, *Digitale en analoge verspreiding van auteurswerken en software*, intersentia, 2020, vol. I, p. 174 et seq.; C. DECLERCQ, *Litteraire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, randnr. 401; A. STROWEL, “Rapport belge. Droit d’auteurs et de leurs héritiers” in M. BRIAT en J. FREEDBERG (eds.), *International art trade and law*, ICC Publishing, NY-Parijs, 230-231; E. CORNU et P.-A. FORIERS, “Aspects contractuels du commerce d’art; la question spéciale la propriété d’une oeuvre d’art et le droit moral de l’artiste”, *Rev.Dr.ULB*, 2007, 36, p. 8-35; Rb. Brussel 3 april 2001, *A&M* 2001, 464; Rb. Brussel 25 oktober 2021, *Oana Cosug / erfgenamen van Philippe Vandenberghe, onuitg.*

⁵⁷. HvJ, C-128/11, *Usedsoft GmbH / Oracle International Corp.*, ECLI:EU:C:2012:407, randnr. 77.

vergoeding is, in principe, de enige mogelijkheid bij inbreuk op die contractuele bedingen.⁵⁸ Voor zover de eigenaar van een kunstwerk contractuele gebruiksbeperkingen krijgt opgelegd, hebben die clausules rechtskracht met dien verstande dat die klantenrestricties, in de regel, slechts verbintenismatige werking hebben en niets aan het eigendomsrecht van de koper afdoen.

B. Overdrachtsbeperkingen

1. Voorkeurrecht

36. Een voorkeurrecht kan diverse vormen aannemen. De twee meest voorkomende varianten zijn het zogeheten “right of first refusal” en “right of first offer”.⁵⁹ Het onderscheidend criterium ligt hem op het vlak van de betrokkenheid van een derde. Bij een “first offer” zal de voorkeurnemer bij voorrang (d.i. vooraleer onderhandelingen op te starten met een derde-koper) het recht hebben om een bod te doen op het kunstwerk terwijl een “first refusal” de voorkeurnemer bij voorrang de keuze heeft om de beoogde verkoop met vastgestelde inhoud te weigeren of te aanvaarden. De modaliteiten kunnen variëren. Zo kan de voorkeurnemer verplicht worden aan te kopen onder dezelfde omstandigheden als de derde-koper of kan hij contractueel zich het recht bedongen hebben om aan te kopen aan afwijkende modaliteiten (bv. aankoop aan marktwaarde, enz.). Tal van verschijningsvormen zijn mogelijk afhankelijk van de creativiteit van diegene die de pen hanteert.

37. Een voorkeurrecht kan logischerwijze pas geldig uitgeoefend worden als de voorkeurgever besluit tot contracteren. Het besluit tot contracteren is een wilsuiting die een handeling of verklaring vereist om het voorkeurrecht te activeren. Het moment waarop er geacht wordt sprake te zijn van een besluit tot contracteren kan contractueel omschreven worden.⁶⁰

38. Het begrip “voorkeurrecht” wordt in het Oud Burgerlijk Wetboek niet gedefinieerd of beschreven. Conventionele rechten van voorkeur vinden hun grondslag daarom in de contractuele vrijheid van de contractanten. Omwille van het conventionele karakter en het gebrek aan wettelijke

grondslag is het algemeen verbintenissenrecht de te bewandelen weg om de conventionele voorkeurrechten aan te pakken. De clausule die in een voorkeurrecht voorziet wordt door de rechtspraak en rechtsleer beschouwd als een eventuele verkoopbelofte. Een contractbelofte is immers een overeenkomst waarbij een persoon zich jegens een andere verbindt om met hem in de toekomst een overeenkomst te sluiten, waarvan de inhoud althans in hoofdzaak voldoende bepaald of bepaalbaar is. Daarmee is meteen gezegd dat het gevolg van die kwalificatie is dat de clausule ingevolge artikel 1129 Oud BW een bepaald of bepaalbaar voorwerp moet hebben.⁶¹ Dat het voorwerp bepaalbaar is, is een evidentie in de context van een voorkeurrecht op een kunstwerk. Of de prijs bepaalbaar is indien deze kan worden vastgesteld op grond van objectieve gegevens die losstaan van de wil van de partijen, wordt in de rechtsleer aanvaard. De verwijzing naar een “marktprijs” of een “match or beat offer” biedt allicht de meeste kansen op een rechtvaardige prijsbepaling. De vervolgvraag die zich dan stelt is of de prijsbepaling aan een derde kan worden overgelaten. In de rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat een derdenbeslissing geldig is indien de derde bepaalbaar is en hij in de verbintenis voldoende objectieve criteria aantreft die hem toelaten zijn opdracht uit te voeren. Rond een bindende partijbeslissing is er meer twijfel vermits een onredelijk gebruik van die bevoegdheid door de voorkeurnemer om de hoek loert.⁶²

39. Een voorkeurrecht leidt niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de voorkeurgever.⁶³ Met andere woorden, de beschikkingsbevoegdheid over de kunstwerken kan niet bij overeenkomst worden beperkt. Bij een voorkeurrecht behoudt de voorkeurgever het recht om de beoogde verkoopovereenkomst al dan niet tot stand te brengen. Anders gezegd, wanneer het voorkeurrecht betrekking heeft op een kunstwerk, is dit recht geen beletsel voor de uitoefening van de eigendomsprerogatieven van de koper. Het Hof van Cassatie bevestigt die zienswijze.⁶⁴

40. Het beoogde resultaat van een voorkeurrecht (met name het beletten van een doorverkoop) kan echter ook op een andere manier verkregen worden. Men zou de verkoop op de primaire markt onder ontbindende voorwaarde van doorverkoop op de secundaire markt kunnen afsluiten. De ontbindende voorwaarde heeft namelijk zakelijke werking. Het gaat om zakelijke werking, omdat het in vervulling gaan van de voorwaarde, de eigendom, vrij en onbelast, naar de oorspronkelijke eigenaar doet overgaan. Die kan het vervreemde goed

⁵⁸. Rb. Dordrecht 11 augustus 2010, *IE Beheer / I.V. Bouw en Industrie*, rolnr. 78465 IHAZA0S-274i met noot H. STRUIK, in *Tijdschrift voor auteur, media en informatierecht*, 2010/6, p. 205 tot 209.

⁵⁹. F. VAN DEN ABEELE, “Bezint eer ge begint: de verbintenis van de voorkeurgever nader bekeken” in S. DE REY, N. VAN DAMME en T. GLADINEZ (eds.), *Grenzen Voorbij. Liber Disciplinorum Bernard Tilleman*, p. 73.

⁶⁰. F. VANDEN ABEELE, *o.c.*, p. 69.

⁶¹. B. TILLEMANS, “Conventioneel voorkeurrecht”, *Not.Fisc.M.* 2000, 266 en A. VAN OEVELEN, “De juridische kwalificatie van een beding van voorkeur”, *RW* 2005-06, 709, 80; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 586.

⁶². L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Intersentia, 2000, randnr. 103.

⁶³. F. VANDEN ABEELE, *o.c.*, p. 75.

⁶⁴. Cass. 24 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 215-223.

derhalve in handen van derden revindiceren en moet zich niet tevreden stellen met een vordering tot schadeloosstelling tegen zijn contractpartij. In de context van de kunsthandel waarbij het voorwerp van de verkoop vaak auteursrechtelijk beschermd zal zijn, stelt zich dan wel de vraag of een conventionele overdrachtsbeperking in de vorm van een ontbindende voorwaarde niet indruist tegen de regel dat door het in de handel brengen de oorspronkelijk eigenaar zijn distributierecht heeft uitgeput en niet meer kan opkomen tegen doorverkoop. De oorspronkelijke koper heeft met nadere woorden het recht vrij te beschikken over zijn eigendom. Het conflict tussen het distributierecht en de zakelijke werking van een conventionele overdrachtsbeperking in de vorm van een ontbindende voorwaarde is echter geen waarachtig conflict. In feite is er ingevolge de oorspronkelijke verkoop – hangende de vervulling van de voorwaarde – geen opsplitsing van het zakelijk eigendomsrecht. De koper die intussen eigenaar is geworden, heeft de volle eigendom en de bevoegdheid om over het kunstwerk te beschikken op voorwaarde dat het distributierecht is uitgeput.⁶⁵ Het ontbindend beding zal derhalve uitwerking kunnen hebben.⁶⁶ Als er geen sprake is van een ontbindend beding maar enkel gewerkt wordt via een klassiek voorkeurrecht, zal de vraag of de oorspronkelijke eigenaar zijn kunstwerk zal kunnen terugvorderen afhangen van de goede of kwade trouw van de derde-koper. Indien die te kwade trouw is, biedt de leer van de derde-medeplichtigheid mogelijkheden om het kunstwerk terug te vorderen. Indien hij te goeder trouw is, is de basisregel dat de derde-koper onmiddellijk eigenaar wordt zelfs al kocht hij van iemand die eigenlijk niet bevoegd was het goed te verkopen.⁶⁷

2. Onvervreemdbaarheidsclausules (“no flip”)

41. Strikt genomen is een clausule van onvervreemdbaarheid een beding waarmee de vervreemder, bij de overdracht van een goed en buiten de door de wet bepaalde gevallen, aan de verkrijger verbiedt om het goed aan om het even wie over te dragen.

42. Een onvervreemdbaarheidsclausule veronderstelt dat de overdracht daadwerkelijk wordt bemoeilijkt of uitgesloten. Bijgevolg is er geen sprake van een onvervreemdbaarheidsclausule zolang er voldoende personen overblijven die niet onderworpen zijn aan de overdrachtsbeperkingen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een overname van aandelen waarbij wordt voorzien dat de overnemer de overgenomen aande-

len niet mag verkopen aan rechtspersonen bedoeld in artikel 227 WIB 1992 teneinde meerwaardebelasting te vermijden. De kring van (rechts)personen onderworpen aan deze clausule is immers niet groot genoeg om te leiden tot *de facto* niet-overdraagbaarheid van de aandelen. De parallel met een overdrachtsbeperking aan “art flippers” is voor de hand liggend. Het groep van kunstverzamelaars waaraan nog steeds kan verkocht worden is immers nog steeds groot genoeg. Het probleem zal allicht de juiste omschrijving zijn van de groep van personen waaraan een verkoop uitgesloten is. Met andere woorden, een zorgvuldige redactie van de “no flip” zou haar wel een lang leven kunnen opleveren.

C. Tegenwerpelijkheid van overdrachtsbeperkingen

43. Bedingen die de overdraagbaarheid aan banden leggen, zijn in principe strijdig met de vrijheid van handel. Een deel van de rechtsleer nam daarom aan dat die bedingen nietig zijn. De meerderheidsopvatting in de rechtspraak en rechtsleer is intussen dat die bedingen wel tot verbintenrechtelijke gevolgen kunnen leiden. Het Nieuwe Burgerlijke Wetboek heeft die opvatting gecodificeerd. De algemene stelregel luidt dan ook dat overdrachtsbeperkingen contractueel kunnen opgelegd worden voor zover ze in de tijd beperkt zijn en beantwoorden aan een rechtmatig belang.⁶⁸

44. Bij de beantwoording van die vraag wat er dient verstaan te worden onder de notie “in de tijd beperkt” moet er rekening gehouden worden met de regel dat er geen sprake mag zijn van onvervreemdbaarheid en dat overeenkomsten geen eeuwigdurende verbintenissen kunnen scheppen. “No flip”-clausules moeten derhalve in de tijd begrensd zijn. Bij voorkeurrechten moet er vooral op gelet worden dat de uitoefeningsmodaliteiten er niet toe leiden dat de voorkeurgever nooit tot verkoop kan overgaan. Om de termijnen te bepalen waarbinnen het voorkooprecht en vooral “no flip”-clausules dienen uitgeoefend te worden, dient rekening gehouden te worden met de aard van de verhouding. De beperking moet niet uitdrukkelijk bedongen zijn, maar zal worden geïmpliceerd volgens de regel “*potius ut valeat*”. Dit belet uiteraard niet dat een uitdrukkelijke beperking aangewezen is. In een galeriecontext zal de beperking allicht moet bekeken worden in functie van de tijd die nodig is om de kunstenaar in de markt te prijzen.

⁶⁵. Er moet sprake zijn van een van een oorspronkelijke “eigendomsoverdracht aan een publiek”. Zie voor een uitleg over die criteria, S. GEIREGAT, *Digitale en analoge verspreiding van auteurswerken en software*, Intersentia, 2020, vol. I, p. 174 *et seq.* Alsook Rb. Brussel 25 oktober 2021, *Oana Cosug / erfgenamen van Philippe Vandenberghe*, onuitg.

⁶⁶. R. JANSSEN, “De verhouding tussen beschikkingsbevoegdheid en het *nemo plus* -beginsel”, *RW* 2009-10, (11), 434-444.

⁶⁷. B. DEMARSIN, “Verscheurd tussen koper en eigenaar”, *TPR* 2019, p. 499-500 en de aldaar geciteerde rechtsleer.

⁶⁸. V. SAGAERT, J. BAECK, N. CARETTE, M. MUYLLE en A. WYLLEMAN (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Intersentia, 2021, p. 257; R. JANSSEN, *Beschikkingsbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 595.

45. Verder moet het voorkeurrecht of de “no flip”-clausule om geldig te zijn ook een rechtmatig belang nastreven. In een galeriecontext, zal de galerie of de kunstenaar, voor zichzelf, vaak willen dergelijke bedingen laten beloven door de koper vanuit de overtuiging dat die bedingen bijdragen aan het gestaag in de markt prijzen van de kunstenaar en dat men daarmee vermijdt dat de kunstenaar wordt herleid tot een hype of dat er “bubbels” ontstaan die tot een neerwaartse verkoopsiraal kunnen leiden. Zowel de kunstenaar als de galeriehouder kunnen een subjectief recht laten gelden om de koper te laten beloven het kunstwerk niet door te verko-

pen. Belangrijk hierbij is dat het belang aanwezig moet zijn op het moment van het sluiten van het contract of het moment waarop de clausule wordt bedongen.

46. Omwille van de inbreuk op de vrije handel, moeten dergelijke bedingen restrictief geïnterpreteerd worden. Dit betekent niet dat in pandgevingen in het kader van financieringstransacties niet zouden mogelijk zijn evenzeer is een legaat of schenking nog steeds mogelijk al zijn de meningen daarover verdeeld.⁶⁹

V. CONCLUSIE

47. In deze bijdrage werd het juridische kader aangereikt waarbinnen marktcontrole moet bestudeerd worden. Kunstenaars hebben het exclusieve recht hun kunst te distribueren en in de handel te brengen. Mechanismen om controle te houden op verdere doorverkoop door de nieuwe eigenaar kan grotendeels in twee categorieën ingedeeld worden. De eerste categorie zijn de mechanismen die beletten dat kunst verkocht wordt aan “art flippers” en speelt zich af voorafgaandelijk aan de uitoefening van het distributierecht. De kunstenaar kiest er dan bewust voor om zijn kunst gewoonweg niet te verkopen aan bepaalde klanten. Die démarche kan problematisch zijn vanuit het mededingingsrecht al lijkt dit toch te moeten genuanceerd worden in die zin dat, zelfs als de verkoopweigerings als een restrictieve praktijk kan gekwalificeerd worden, een vrijstelling toch eerder waarschijnlijk is of een inbreuk allicht moeilijk te bewijzen valt. De tweede categorie speelt zich af op het tijdstip nadat het distributierecht werd uitgeoefend. De kunstenaar verliest dan zijn recht om een doorverkoop te verhinderen maar kan wel langs contractuele weg de verzamelaar tot het betalen van een schadevergoeding dwingen als die, ondanks de contractuele verbintenis niet door te verkopen, dit toch doet.

Aandachtspunten voor de kunstpraktijk

- De problematiek van verticale klantenrestricties is voornamelijk van belang voor “artist-lead galleries”

waar de kunstenaar het voortouw neemt. Om te vermijden dat de mededingingsregels van toepassing zijn in hun onderlinge relatie is een zorgvuldige redactie van de overeenkomst tussen kunstenaar en galeriehouder aangewezen. Aandacht moet daarbij besteed worden aan de verdeling van de contractspecifieke diensten.

- Galeriehouders moeten voorzichtig omspringen met het delen van informatie aan andere kunstenaars over “art flipper’s” om het risico op het ontstaan van een horizontale boycot te vermijden. Er wordt best overeengekomen dat die informatie niet wordt gedeeld met andere kunstenaars of galeriehouders.
- Voorkeurrechten (ROFR’s) moeten zorgvuldig opgesteld worden zodat er geen onduidelijkheid is omtrent de voorwaarden waaronder de voorkeurgever en nemer zich ten opzicht van elkaar hebben verbonden. Bijzondere aandacht moet besteed worden aan de prijsbepalingsmechanismen. Om het kunstwerk te kunnen recupereren zou kunnen gedacht worden aan een verkoop onder ontbindende voorwaarde van een doorverkoop.
- Om discussies te vermijden omtrent de geldigheid van “no flip”-clausules is het raadzaam de groep die onderworpen is aan de overdrachtsbeperkingen duidelijk te omschrijven alsook duidelijk aan te geven hoelang de onvervreemdbaarheid geldt.

⁶⁹. Gent 22 mei 1987, *Pas.*, II, 1975. Evenwel anders, LAURENT, *Principes*, XI, nr. 469.