

I

(Meddelelser)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS MEDDELELSE

Retningslinjer for vertikale begrænsninger

(2000/C 291/01)

(EØS-relevant tekst)

INDHOLDSFORTEGNELSE

	Nr.	Side
I. INDLEDNING	1-7	3
1. Formålet med retningslinjerne	1-4	3
2. Anvendelsen af artikel 81 på vertikale aftaler	5-7	3
II. VERTIKALE AFTALER, DER NORMALT IKKE FALDER IND UNDER ARTIKEL 81, STK. 1	8-20	4
1. Bagatelaftaler og små og mellemstore virksomheder	8-11	4
2. Agentaftaler	12-20	4
III. GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGENS ANVENDELSE	21-70	6
1. Legalitetsformodning	21-22	6
2. Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde	23-45	6
3. Alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningen	46-56	11
4. Betingelserne efter gruppefritagelsesforordningen	57-61	13
5. Ingen illegalitetsformodning uden for gruppefritagelsesforordninge	62	14
6. Ingen unødige anmeldelser	63-65	14
7. Adskillelse	66-67	15
8. Distribution af flere produkter via samme distributionssystem	68-69	15
9. Overgangsperiode	70	15

IV.	GRUPPEFRITAGELSENS INDDRAGELSE OG UANVENDELIGHED	71-87	16
1.	Inddragelsesproceduren	71-79	16
2.	Uanvendelighed	80-87	17
V.	MARKEDSAFGRÆNSNING OG BEREKNING AF MARKEDSANGELE	88-99	18
1.	Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante market	88	18
2.	Det relevante marked for beregning af markedsandelstærsklen på 30 % efter gruppefritagelsesforordningen	89-95	18
3.	Det relevante marked for individuel vurdering	96	19
4.	Beregning af markedsandelen efter gruppefritagelsesforordningen	97-99	20
VI.	HÅNDHÆVELSESPOLITIK I KONKRETE TILFÆLDE	100-229	20
1.	Analysegrundlaget	103-136	21
1.1.	Negative virkninger af vertikale begrænsninger	103-114	21
1.2.	Positive virkninger af vertikale begrænsninger	115-118	22
1.3.	Generelle regler for vurderingen af vertikale begrænsninger	119	24
1.4.	Analysemetoder	120-136	26
1.4.1.	Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 81, stk. 1	121-133	26
1.4.2.	Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 81, stk. 3	137-229	28
2.	Analyse af bestemte former for vertikale begrænsninger	137-229	28
2.1.	Mærkeeksklusivitet	138-160	28
2.2.	Eneforhandlin	161-177	32
2.3.	Eksklusiv kundetildeling	178-183	35
2.4.	Selektiv distribution	184-198	36
2.5.	Franchising	199-201	39
2.6.	Eksklusiv levering	202-214	40
2.7.	Kombinationsklausuler	215-224	42
2.8.	Vejledende og maksimale videresalgspriser	225-228	44
2.9.	Andre vertikale begrænsninger	229	44

I. INDLEDNING

1. Formålet med retningslinjerne

(1) I disse retningslinjer fastsættes principperne for vurdering af vertikale aftaler efter EF-traktatens artikel 81. Begrebet vertikale aftaler er defineret i artikel 2, stk. 1, i Kommissionens forordning nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 3, på vertikale aftaler og samordnet praksis, gruppefritagelseforordningen⁽¹⁾. Disse retningslinjer påvirker ikke en eventuelt parallel anvendelse af EF-traktatens artikel 82 på vertikale aftaler. Retningslinjerne er opbygget således:

- afsnit II (nr. 8-20) beskriver de vertikale aftaler, der normalt ikke falder ind under artikel 81, stk. 1
- afsnit III (nr. 21-70) omhandler anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen
- afsnit IV (nr. 71-87) indeholder principperne for gruppefritagelsens inddragelse og uanvendelighed
- afsnit V (nr. 88-99) behandler spørgsmål vedrørende markedsafgrænsning og beregning af markedsandele
- afsnit VI (nr. 100-229) beskriver Kommissionens generelle analysegrundlag og hånd-hævelsespolitik i konkrete sager vedrørende vertikale aftaler.

(2) Analysen efter disse retningslinjer finder anvendelse på både varer og tjenester, selv om visse vertikale begrænsninger fortrinsvis anvendes inden for varedistribution. Tilsvarende kan der indgås vertikale aftaler om mellemprodukter og endelige produkter og tjenester. Medmindre andet er anført, gælder analysen og argumenterne i teksten for alle typer varer og tjenester og alle omsætningsled. Udtrykket »produkter« omfatter både varer og tjenester. Udtrykkene »leverandør« og »køber« anvendes for alle omsætningsled.

(3) Med udsendelsen af disse retningslinjer har Kommissionen ønsket at gøre det lettere for virksomhederne selv at foretage en vurdering af deres vertikale aftaler efter Fællesskabets konkurrenceregler. De kriterier, der opstilles i disse retningslinjer, skal anvendes i lyset af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag. Dette udelukker en rent mekanisk anvendelse. Hver sag skal

vurderes på grundlag af dens konkrete omstændigheder. Kommissionen vil anvende retningslinjerne på en rimelig og fleksibel måde.

(4) Disse retningslinjer foregriber ikke den fortolkning, som Retten i Første Instans og EF-Domstolen måtte anlægge med hensyn til anvendelsen af artikel 81 på vertikale aftaler.

2. Anvendelse af artikel 81 på vertikale aftaler

(5) EF-traktatens artikel 81 finder anvendelse på vertikale aftaler, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen (i det følgende benævnt »vertikale begrænsninger«)⁽²⁾. For vertikale begrænsninger udgør artikel 81 et hensigtsmæssigt retsgrundlag for en vurdering, der tilgodeser såvel de konkurrenceskadelige som de konkurrence-fremmende virkninger: artikel 81, stk. 1, forbyder aftaler, der mærkbart begrænser eller fordrejer konkurrencen, mens artikel 81, stk. 3, giver mulighed for at fritage sådanne aftaler, hvis de medfører effektivitetsfordele, der er tilstrækkelige til at opveje de konkurrenceskadelige virkninger.

(6) De fleste vertikale begrænsninger giver kun anledning til konkurrencemæssige problemer, når der ikke er tilstrækkelig konkurrence mellem forskellige mærker (»interbrand-konkurrence«), dvs. når der foreligger en vis markedsstyrke på leverandør- eller købersiden eller på begge sider. I de situationer, hvor der ikke er tilstrækkelig interbrand-konkurrence, er det vigtigt at beskytte både interbrand- og intrabrand-konkurrencen (dvs. konkurrence inden for et og samme mærke).

(7) Det vigtigste formål med Fællesskabets konkurrencepolitik er at beskytte konkurrencen, fordi man herved fremmer forbrugervelfærd og skaber en effektiv ressourceallokering. Ved anvendelsen af Fællesskabets konkurrence-regler vil Kommissionen anlægge en økonomisk synsvinkel, der er baseret på virkningerne på markedet; vertikale aftaler skal analyseres i deres retlige og økonomiske sammenhæng. I relation til restriktioner, der har til formål at begrænse konkurrencen, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, er Kommissionen dog ikke forpligtet til at foretage en vurdering af de faktiske virkninger på markedet. Markedsintegration styrker konkurrencen i Fællesskabet. Virksomhederne bør ikke kunne skabe private barrierer mellem medlemsstaterne, hvor det er lykkedes at få fjernet de statslige.

(1) EFT L 336 af 29.12.1999, s. 21.

(2) Jf. bl.a. fælles sager 56 og 58/64 Grundig-Consten mod Kommissionen, Sml. 1966, s. 245; sag 56/65 Technique Minière mod Maschinenbau Ulm GmbH, Sml. 1966, s. 211; sag T 77/92 Parker Pen Ltd. mod Kommissionen, Sml. 1994-II, s. 549.

II. VERTIKALE AFTALER, DER NORMALT IKKE FALDER IND UNDER ARTIKEK 81, STK. 1

1. Bagatelaftaler og små og mellemstore virksomheder

(8) Aftaler, der ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, eller som ikke har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart, falder ikke ind under artikel 81, stk. 1. Gruppefritagelsen finder kun anvendelse på aftaler, der falder ind under artikel 81, stk. 1. Disse retningslinjer har ingen indvirkning på anvendelsen af den gældende eller fremtidige »bagatel-meddelelse«⁽¹⁾.

(9) Med forbehold af de betingelser, der er fastsat i nr. 11, 18 og 20 i bagatel-meddelelsen vedrørende alvorlige begrænsninger og kumulative virkninger, anses vertikale aftaler mellem virksomheder, der ikke har en markedsandel på over 10 % på det relevante marked, normalt ikke for at falde ind under artikel 81, stk. 1. Der gælder ikke nogen formodning for, at vertikale aftaler mellem virksomheder med en markedsandel på over 10 % automatisk er i strid med artikel 81, stk. 1. Aftaler mellem virksomheder med en større markedsandel end de 10 % har ikke nødvendigvis nogen mærkbar indvirkning på handelen mellem medlemsstater og medfører heller ikke nødvendigvis nogen mærkbar konkurrencebegrænsning⁽²⁾. Sådanne aftaler skal vurderes i deres retlige og økonomiske sammenhæng. Kriterierne for vurdering af konkrete aftaler er anført i nr. 100-229.

(10) Med hensyn til alvorlige begrænsninger, der defineres i bagatelmeddelelsen, kan artikel 81, stk. 1, finde anvendelse, selv om tærsklen på 10 % ikke er overskredet, forudsat at handelen mellem medlemsstater og konkurrenceforholdene påvirkes mærkbart. Der henvises i denne forbindelse til retspraksis fra EF-Domstolen og Retten i Første Instans på området⁽³⁾. Der henvises endvidere til den særlige situation, der foreligger, når der er tale om at lancere et nyt produkt eller komme ind på et nyt marked, og som behandles i disse retningslinjer i nr. 119, punkt 10.

(11) Medmindre der er tale om kumulative virkninger og alvorlige begrænsninger er det endvidere Kommissionens opfattelse, at aftaler mellem små og mellemstore virksomheder som defineret i bilaget til Kommissionens henstilling 96/280/EF⁽⁴⁾ sjældent mærkbart vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater eller mærkbart begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, og derfor normalt ikke falder ind under artikel 81, stk. 1. I tilfælde hvor sådanne aftaler alligevel opfylder betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 1, vil Kommissionen normalt ikke indlede en procedure, idet der ikke foreligger en tilstrækkelig fællesskabsinteresse, medmindre disse virksomheder tilsammen eller hver især indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet.

2. Agentaftaler

(12) Nr. 12-20 erstatter meddelelsen om aftaler med handelsrepræsentanter om enerepræsentation fra 1962⁽⁵⁾. De skal læses i sammenhæng med Rådets direktiv 86/653⁽⁶⁾.

Agentaftaler omfatter den situation, hvor en juridisk eller fysisk person (agenten) bemyndiges til på en anden persons vegne (agenturgiver), enten i agentens eget navn eller i agenturgivers navn at forhandle og/eller indgå kontrakter om:

- agenturgivers køb af varer eller tjenester, eller
- salg af varer eller tjenester, der leveres af agenturgiver.

(13) Såfremt der er tale om egentlige agentaftaler, falder de forpligtelser, der pålægges agenten med hensyn til kontrakter, som forhandles og/eller indgås på agenturgivers vegne, ikke ind under artikel 81, stk. 1. Den afgørende faktor for, om artikel 81, stk. 1, finder anvendelse, er den økonomiske eller kommercielle risiko, der påhviler agenten i forbindelse med den virksomhed, hvortil han er blevet udpeget som agent af agenturgiver. I denne forbindelse er det ikke relevant for vurderingen, om agenten handler for én eller flere agenturgivere. Uegentlige agentaftaler vil kunne falde ind under artikel 81, stk. 1, og i så fald finder gruppefritagelsesforordningen samt de øvrige afsnit i disse retningslinjer anvendelse.

(1) Jf. meddelelse om aftaler af ringe betydning af 9.12.1997, EFT C 372 af 9.12.1997, s. 13.

(2) Jf. sag T-7/93, Langnese-Iglo GmbH mod Kommissionen, Sml. 1995, s. II-1533, præmis 98.

(3) Jf. sag 5/69, Völk mod Vervaeke, Sml. 1969, s. 69; sag 1/71, Cadillon mod Höss, Sml. 1971, s. 351 og sag C-306/96, Javico mod Yves Saint Laurent, Sml. 1998, s. I-1983, præmis 16 og 17.

(4) EFT L 107 af 30.4.1996, s. 4.

(5) EFT L 139 af 24.12.1962, s. 2921/62.

(6) EFT L 382 af 31.12.1986, s. 17.

- (14) Der er to typer økonomiske eller kommercielle risici, som er afgørende for, hvorvidt en konkret agentaftale falder ind under artikel 81, stk. 1. For det første risici, der er direkte forbundet med de kontrakter, som agenten indgår og/eller forhandler på agenturgivers vegne, som f.eks. finansiering af lagre. For det andet risici i forbindelse med markedsspecifikke investeringer. Der er her tale om investeringer, der specifikt er nødvendige for den type virksomhed, som agenten af agenturgiver er blevet udpeget til at udøve, dvs. nødvendige for at agenten kan indgå og/eller forhandle den pågældende type kontrakter. Sådanne investeringer er normalt irreversible («sunk costs»), såfremt de ikke kan anvendes til andre aktiviteter eller alene kan sælges med betydeligt tab i det tilfælde, hvor den pågældende virksomhed opgives.
- (15) Agentaftalen falder ikke ind under artikel 81, stk. 1, hvis agenten ikke eller kun i ubetydeligt omfang bærer risici i relation til de kontrakter, der indgås og/eller forhandles på agenturgivers vegne og i relation til markedsspecifikke investeringer vedrørende det pågældende aktivitetsområde. I sådanne tilfælde indgår salg- eller købsfunktionen i agenturgivers virksomhed, selv om agenten er en særskilt virksomhed. Agenturgiver bærer således de dermed forbundne økonomiske og kommercielle risici, og agenten udøver ikke nogen selvstændig økonomisk virksomhed i relation til de aktiviteter, som agenturgiver har udpeget agenten til at udføre. I modsat fald, dvs. hvor agenten bærer disse risici, behandles han som selvstændig forhandler, der frit skal kunne fastlægge sin marketingstrategi for at kunne få dækket sine kontrakt- eller markedsspecifikke investeringer og kan falde ind under artikel 81, stk. 1. Risici, som er knyttet til selve den virksomhed, som består i at levere agentydelser i almindelighed, såsom risikoen for, at agentens indkomst kommer til at afhænge af, hvor godt han udfører sit arbejde som agent, eller som er forbundet med generelle investeringer i f.eks. lokaler eller personale, er ikke afgørende for denne vurdering.
- (16) Risikospørgsmålet må vurderes fra sag til sag og ud fra de økonomiske realiteter frem for den juridiske form. Ikke desto mindre er det Kommissionens opfattelse, at artikel 81, stk. 1, normalt ikke finder anvendelse på forpligtelser, som pålægges agenten med hensyn til kontrakter, der forhandles og/eller indgås på agenturgivers vegne, når agenten ikke har ejendomsretten til de købte eller solgte kontraktvarer, eller ikke selv yder kontraktjenesterne, og når agenten:
- ikke bidrager til dækning af omkostningerne ved levering/køb af kontraktvarerne eller -tjenesterne, herunder omkostninger ved transport af varerne. Dette udelukker ikke agenten fra at udføre transporten, hvis omkostningerne derved dækkes af agenturgiver
 - ikke, hverken direkte eller indirekte, er forpligtet til at investere i salgsfremmende foranstaltninger, som f.eks. at bidrage til agenturgivers reklamebudgetter
 - ikke for egen regning og risiko lagerfører kontraktvarerne, inklusive omkostningerne ved finansiering af og tab på lagre, og omkostningsfrit kan returnere usolgte varer til agenturgiver, medmindre agenten er ansvarlig for fejl (f.eks. ved ikke at overholde rimelige sikkerhedsforanstaltninger for at undgå tab af lagre)
 - ikke etablerer og/eller driver et eftersalgsservice-, reparations- eller garantisystem uden at blive holdt fuldt skadesløs af agenturgiver
 - ikke foretager markedsspecifikke investeringer i udstyr, lokaler eller uddannelse af personale, som f.eks. en benzinopbevaringstank i forbindelse med detailsalg af benzin eller bestemt software til salg af forsikringspolicer, når der er tale om forsikringsagenter
 - ikke påtager sig ansvaret over for tredjemand for skade, der forvoldes af det solgte produkt (produktansvar), medmindre denne som agent er ansvarlig for fejl i den forbindelse
 - ikke påtager sig ansvaret for kundernes manglende opfyldelse af kontrakten, med undtagelse af fortabelse af agentens provision, medmindre agenten er ansvarlig for fejl (f.eks. ved ikke at overholde rimelige sikkerheds- eller tyverisikringsforanstaltninger eller ved ikke at træffe rimelige foranstaltninger til indberetning af tyveri til agenturgiver eller politiet eller at videregive til agenturgiver alle tilgængelige oplysninger om kundens finansielle pålidelighed).
- (17) Denne liste er ikke udtømmende; men når agenten påtager sig én eller flere af ovennævnte risici eller omkostninger, kan artikel 81, stk. 1, finde anvendelse på samme måde som på andre vertikale aftaler.

(18) Hvis en agentaftale ikke falder ind under artikel 81, stk. 1, vil alle forpligtelser, der påhviler agenten i forbindelse med de kontrakter, der indgås og/eller forhandles på agenturgivers vegne, heller ikke falde ind under artikel 81, stk. 1. Følgende forpligtelser påhviler agenten vil normalt blive anset for at indgå som en integreret del af agentaftalen, da de hver især vedrører agenturgivers muligheder for at bestemme omfanget af agentens virksomhed i forbindelse med kontraktvarerne eller -tjenesterne, hvilket er afgørende, hvis agenturgiver skal bære risiciene og dermed være i stand til at fastlægge forretningsstrategien:

- begrænsninger med hensyn til det område, hvor agenten kan sælge disse varer eller tjenester
- begrænsninger med hensyn til, hvilke kunder agenten må sælge disse varer eller tjenester til
- den pris og de betingelser, agenten skal anvende ved salg eller køb af disse varer eller tjenester.

(19) Ud over bestemmelser om vilkårene for agentens salg eller køb af kontraktvarer eller tjenester på agenturgivers vegne indeholder agentaftaler ofte bestemmelser om forholdet mellem agenten og agenturgiver. De kan især indeholde en bestemmelse om, at agenturgiver ikke må udpege andre agenter i relation til en bestemt transaktionstype eller kundegruppe eller et bestemt område (eneagentur), og/eller en bestemmelse om, at agenten ikke må optræde som agent eller forhandler for virksomheder, der konkurrerer med agenturgiver (konkurrenceklausuler). Bestemmelser om eneagentur vedrører kun intrabrandkonkurrence og vil normalt ikke have konkurrencebegrænsende virkninger. Konkurrenceklausuler, herunder forbud mod konkurrence efter aftalens ophør, vedrører konkurrence mellem forskellige mærker og kan være i strid med artikel 81, stk. 1, hvis de medfører afskærmning af det relevante marked for salg eller køb af kontraktvarerne eller tjenesterne (jf. nr. 138-160).

(20) En agentaftale kan også falde ind under artikel 81, stk. 1, selv om agenturgiver bærer alle de relevante økonomiske og kommercielle risici, når den letter ulovlig samordning. Dette kan for eksempel være tilfældet, når en række agenturgivere benytter de samme agenter og kollektivt udelukker andre fra at benytte disse agenter, eller når de benytter agenterne til at foretage samordning af marketingstrategierne eller udveksler følsomme markedsoplysninger mellem agenturgiverne.

III. GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGENS ANVENDELSE

1. Legalitetsformodning

(21) Med gruppefritagelsesforordningen skabes en legalitetsformodning vedrørende vertikale aftaler afhængig af leverandørens eller køberens markedsandel. I henhold til forordningens artikel 3 er det normalt leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne eller -tjenesterne, der er afgørende for, om forordningen finder anvendelse. Denne markedsandel må ikke overstige 30 %, hvis forordningen skal finde anvendelse. Det er kun i relation til aftaler, der indeholder en eksklusiv leveringsforpligtelse som defineret i forordningens artikel 1, litra c), at det er køberens markedsandel på det marked, hvor han køber aftalevarerne eller -tjenesterne, der ikke må overstige 30 %, hvis forordningen skal finde anvendelse. Med hensyn til markedsandele henvises til afsnit V nr. 88-99.

(22) Ud fra en økonomisk synsvinkel kan en vertikal aftale påvirke ikke blot markedet mellem leverandøren og køberen, men også køberens markeder i de efterfølgende omsætningsled. Den forenkede fremgangsmåde i gruppefritagelsesforordningen, hvor der kun tages hensyn til leverandørens eller køberens markedsandel (afhængig af den konkrete sag) på markedet mellem disse to parter, er begrundet i, at virkningerne på markederne i de efterfølgende omsætningsled generelt er begrænsede, hvis markedsandelen er på under 30 %. Det letter også anvendelsen af forordningen og forbedrer retssikkerheden, at det kun er markedet mellem leverandøren og køberen, der skal undersøges. Muligheden for at inddrage gruppefritagelsen (jf. nr. 71-87) opretholdes dog for dermed at kunne afhjælpe eventuelle problemer på andre tilstødende markeder.

2. Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde

i) Definition af vertikale aftaler

(23) Vertikale aftaler defineres i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 1, som aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der hvad aftalen angår, virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når disse aftaler eller denne praksis vedrørende de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester.

(24) Denne definition omfatter tre hovedelementer:

- aftalen eller den samordnede praksis består mellem to eller flere virksomheder. Vertikale aftaler med endelige forbrugere, der ikke driver erhvervs- virksomhed, er ikke omfattet af definitionen. Generelt falder aftaler med endelige forbrugere ikke ind under artikel 81, stk. 1, da denne artikel kun finder anvendelse på aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis. Dette påvirker ikke den eventuelle anvendelse af EF-traktatens artikel 82.
- aftalen eller den samordnede praksis består mellem virksomheder, der i relation til aftalen opererer i forskellige produktions- eller distributionsled. Der kan for eksempel være tale om, at en virksomhed fremstiller et råmateriale, som den anden bruger som input, eller at den ene virksomhed er producent, den anden grossist og den tredje detailforhandler. Dette udelukker ikke, at en virksomhed kan være aktiv i mere end ét produktions- eller distributionsled
- aftalen eller den samordnede praksis vedrører de betingelser, hvorpå aftaleparterne, dvs. leverandøren og køberen, »kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester«. Dette afspejler, at gruppefritagelses-forordningen tager sigte på at omfatte købs- og distributionsaftaler. Der er her tale om aftaler, som vedrører betingelserne for køb, salg eller videresalg af varer eller tjenester, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenester, hvori ovennævnte varer eller tjenester indgår. I forbindelse med anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen anses både de varer eller tjenester, der leveres af leverandøren, og de varer eller tjenester, hvori de indgår, som aftalevarer eller -tjenester. Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på vertikale aftaler om alle varer og tjenester, både færdigprodukter og mellemprodukter. Den eneste undtagelse er automobilssektoren, så længe den er omfattet af en særlig gruppefritagelsesforordning (jf. Kommissionens forordning (EF) nr. 1475/95⁽¹⁾). Køberen kan videresælge de leverede varer eller tjenester eller bruge dem som input i sin egen produktion.

(25) Forordningen finder også anvendelse på varer, der sælges og købes med henblik på udlejning til tredje-

mand. Egentlige leje- og leasingaftaler er dog ikke omfattet, da der ikke er tale om, at leverandøren sælger varer eller tjenester til køberen. Mere generelt omfatter gruppefritagelsen ikke begrænsninger eller forpligtelser, der ikke er knyttet til vilkårene for køb, salg og videresalg, og som parterne kan have indføjet i en ellers vertikal aftale, såsom et forbud, der forhindrer parterne i at gennemføre uafhængig forsknings- og udviklingsarbejde. Desuden udelukker artikel 2, stk. 2-5, direkte eller indirekte, visse vertikale aftaler fra gruppefritagelsen.

ii) *Vertikale aftaler mellem konkurrenter*

(26) Forordningens artikel 2, stk. 4, udelukker udtrykkeligt »vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder« fra dens anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem konkurrenter vil blive behandlet i de kommende retningslinjer for anvendelsen af artikel 81 på horisontalt samarbejde for så vidt angår mulige virkninger i form af ulovlig samordning, men aftalernes vertikale aspekter skal vurderes efter nærværende retningslinjer⁽²⁾. I forordningens artikel 1, litra a), defineres konkurrerende virksomheder som »faktiske eller potentielle leverandører på det samme produktmarked«, uanset om de er konkurrenter på det samme geografiske marked eller ej. Konkurrerende virksomheder er virksomheder, der er faktiske eller potentielle leverandører af aftalevarerne eller -tjenesterne eller varer og tjenester, der er substituerbare hermed. En potentiel leverandør er en virksomhed, der ikke for indeværende producerer et konkurrerende produkt, men som i mangel af aftalen ville gøre det som reaktion på en mindre, varig stigning i de relative priser. Dette betyder, at virksomheden ville være i stand til og med sandsynlighed ville foretage de nødvendige supplerende investeringer og udbyde produktet på markedet inden et år. Denne vurdering skal baseres på realistiske forhold; en ren teoretisk mulighed for træde ind på markedet er ikke tilstrækkelig⁽³⁾.

(27) Der er tre undtagelser fra den generelle bestemmelse om, at vertikale aftaler mellem konkurrenter ikke er omfattet af gruppefritagelsen. Alle tre undtagelser er anført i artikel 2, stk. 4, og vedrører aftaler, der ikke er

⁽¹⁾ EFT L 145 af 29.6.1995, s. 25.

⁽²⁾ Udkast offentliggjort i EFT C 118 af 27.4.2000, s. 14.

⁽³⁾ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EFT C 372 af 9.12.1997, punkt 20-24; Kommissionens 13. beretning om konkurrencepolitikken, nr. 55, og Kommissions beslutning 90/419/EØF i sag IV/32.009 Elopak/Metal Box-Odin, EFT L 209 af 8.8.1990, s. 15.

gensidige. Herved forstås for eksempel, at en producent bliver forhandler af en anden producents produkter, uden at sidstnævnte bliver forhandler af førstnævnte producents produkter. Ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen, hvis (1) køberen har en omsætning der ikke overstiger 100 mio. EUR, eller (2) leverandøren er producent og forhandler af varer, mens køberen kun forhandler, men ikke også fremstiller konkurrerende varer, eller (3) leverandøren udbyder tjenester i flere omsætningsled, mens køberen ikke leverer konkurrerende tjenester i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesterne. Den anden undtagelse omfatter situationer, hvor der er tale om parallel distribution, dvs. at producenten af bestemte produkter også optræder som forhandler heraf og dermed som konkurrent til selvstændige forhandlere af de pågældende produkter. En forhandler, der giver en producent specifikationer angående produktion af bestemte produkter under forhandlerens mærke, betragtes ikke som producent af sådanne mærkevarer. Den tredje undtagelse omfatter tilsvarende tilfælde af parallel distribution, men i dette tilfælde vedrørende tjenester, hvor leverandøren også leverer tjenester i samme omsætningsled som køberen.

iii) *Sammenslutninger af detailhandlere*

(28) Ifølge forordningens artikel 2, stk. 2, omfatter gruppefritagelsen vertikale aftaler, der indgås af en sammenslutning af virksomheder, som opfylder visse betingelser, således at vertikale aftaler, der indgås af alle andre sammenslutninger, udelukkes fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem en sammenslutning og dens medlemmer eller mellem en sammenslutning og dens leverandører falder kun ind under gruppefritagelsesforordningen, hvis samtlige medlemmer af sammenslutningen er detailhandlere af varer (ikke tjenester), og hvis hvert enkelt medlem har en omsætning, der ikke overstiger 50 mio. EUR. Detailhandlere er forhandlere, der videresælger varer til de endelige forbrugere. Såfremt kun et begrænset antal medlemmer af sammenslutningen har en omsætning, der ikke væsentligt overstiger tærsklen på 50 mio. EUR, vil dette normalt ikke ændre vurderingen efter artikel 81.

(29) En virksomhedssammenslutning kan indebære såvel horisontale som vertikale aftaler. De horisontale aftaler skal vurderes efter principperne i de kommende retningslinjer om anvendelsen af artikel 81 på horisontalt samarbejde. Hvis denne vurdering fører til den konklusion, at et samarbejde mellem virksomheder om køb eller salg kan accepteres, skal der foretages en yderligere vurdering af de vertikale aftaler, som sammenslutningen har indgået med sine leverandører eller sine medlemmer. Sidstnævnte vurdering skal foretages på grundlag af gruppefritagelsesforordningen og nærværende retningslinjer. For eksempel, horisontale aftaler indgået mellem medlemmerne af sammenslutningen eller beslutninger truffet af sammen-

slutningen såsom en beslutning om at forpligte medlemmerne til at foretage deres indkøb hos sammenslutningen eller en beslutning om at tildele medlemmerne eneforhandlingsområder skal i første omgang vurderes som en horisontal aftale. Kun hvis denne vurdering er positiv, bliver det relevant at vurdere de vertikale aftaler mellem sammenslutningen og de enkelte medlemmer eller mellem sammenslutningen og leverandørerne.

iv) *Vertikale aftaler med bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (IE)*

(30) Efter forordningens artikel 2, stk. 3, omfatter gruppefritagelsen vertikale aftaler, der indeholder visse bestemmelser om overdragelse af IE til køberen eller dennes udnyttelse deraf, hvorved alle andre vertikale aftaler med bestemmelser om IE udelukkes fra gruppefritagelsesforordningen. Forordningen finder anvendelse på vertikale aftaler med bestemmelser om IE, såfremt følgende fem betingelser er opfyldt:

- bestemmelserne om IE skal indgå som en del af en vertikal aftale, dvs. en aftale, der vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester
- IE skal overdrages til eller udnyttes af køberen
- bestemmelserne om IE må ikke være aftalens hovedformål
- bestemmelserne om IE skal være direkte knyttet til køberens eller hans kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. I tilfælde af franchising, hvor udnyttelsen af IE tager sigte på marketing, forhandles varerne eller tjenesterne af hovedfranchisetageren eller franchisetagerne.
- bestemmelserne om IE må ikke i relation til aftalevarerne eller -tjenesterne indeholde konkurrencebegrænsninger, der har samme formål eller følge som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen.

(31) Disse betingelser sikrer, at gruppefritagelsen finder anvendelse på vertikale aftaler, hvor anvendelsen, salget eller videresalget af varer eller tjenester kan gennemføres mere effektivt, fordi IE overdrages til eller udnyttes af køberen. Med andre ord kan begrænsninger vedrørende overdragelsen eller udnyttelsen af IE være omfattet af gruppefritagelsen, når aftalens hovedformål er køb eller distribution af varer eller tjenester.

(32) Den første betingelse gør det klart, at IE skal indgå i en aftale om køb eller distribution af varer eller en aftale om køb eller levering af tjenester og ikke i en aftale om overdragelse af eller tildeling af licens på IE med henblik på fremstilling af varer eller en ren licensaftale. Gruppefritagelsen omfatter for eksempel ikke:

- aftaler, hvorved den ene part giver den anden en opskrift på en bestemt drikkevare samt licens på produktion heraf
- aftaler, hvorved den ene part giver den anden en form eller originalkopi samt licens på at fremstille og distribuere kopier
- rene licenser på et varemærke eller logo med henblik på afsætning
- sponsoraftaler om retten til at annoncere sig selv som officiel sponsor for en begivenhed
- licenser på ophavsrettigheder, såsom radio- og tv-kontrakter om retten til at optage og/eller transmittere en begivenhed.

(33) Den anden betingelse gør det klart, at gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse, når det er køberen, der giver leverandøren IE, uanset om disse vedrører produktion eller distribution. En aftale om overdragelse af IE til leverandøren, eventuelt med begrænsninger i leverandørens salg, er ikke omfattet af gruppefritagelsen. Dette betyder især, at underleverancer, der indebærer overførsel af knowhow til en underleverandør⁽¹⁾, ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen. Vertikale aftaler, hvorved køberen kun giver leverandøren specifikationer, der beskriver de varer eller tjenester, der skal leveres, er dog omfattet af gruppefritagelsen.

(34) Tredje betingelse gør det klart, at aftalens hovedformål ikke må være overdragelse af eller licens på IE, hvis gruppefritagelsesforordningen skal finde anvendelse. Hovedformålet skal være køb eller distribution af varer eller tjenester, og bestemmelserne om IE skal bidrage til gennemførelsen af den vertikale aftale.

(35) Den fjerde betingelse kræver, at bestemmelserne om IE letter køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Varerne eller tjenesterne til brug eller videresalg leveres normalt af licensgiver, men kan tillige indkøbes af licenstagere fra tredjemand. Bestemmelserne om IE vedrører normalt markedsføringen af varer og tjenesteydelser.

Dette er for eksempel tilfældet ved en franchiseaftale, hvor franchisegiveren til franchisetageren sælger franchisevarerne til videresalg og desuden giver franchisetageren licens på udnyttelse af sit varemærke og sin knowhow ved markedsføringen af varerne. Omfattet er tillige tilfælde, hvor leverandøren af en koncentreret ekstrakt giver køberen licens på at fortynde og aftappe ekstrakten inden produktet sælges som drikkevare.

(36) Den femte betingelse indebærer navnlig, at bestemmelserne om IE ikke bør have samme formål eller virkning som nogen af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er opregnet i gruppefritagelses artikel 4, eller nogen af de begrænsninger, der er udelukket fra gruppefritagelses anvendelsesområde i medfør af artikel 5 (jf. nr. 46-61).

(37) IE, der kan betragtes som tjenende til gennemførelsen af vertikal aftaler som omhandlet i forordningens artikel 2, stk. 3, vedrører normalt følgende tre hovedområder: varemærker, ophavsrettigheder og know-how.

V a r e m æ r k e r

(38) En varemærkelicens til en forhandler kan være knyttet til distributionen af licensgiverens produkter i et bestemt område. Hvis der er tale om en eksklusiv licens, har aftalen karakter af en eneforhandlingsaftale.

O p h a v s r e t t i g h e d e r

(39) Forhandlere af varer, der er omfattet af ophavsrettigheder (bøger, software osv.), kan af rettighedshaveren forpligtes til kun at videresælge varen på betingelse af, at køberen, der kan være en anden forhandler eller en endelig forbruger, ikke krænker ophavsretten. Sådanne forpligtelser for videreforhandleren er omfattet af gruppefritagelsen i det omfang de i det hele taget falder ind under artikel 81, stk. 1.

(40) Aftaler, hvorved fysiske kopier af softwareprodukter leveres til videresalg, og hvor forhandleren ikke opnår licens på nogen rettighed over software-produkterne, men kun har ret til at videresælge kopien, betragtes i relation til gruppefritagelsen som aftaler om levering af varer til videresalg. Ved denne distributionsform meddeles der kun licens på softwareprodukterne mellem rettighedshaveren og brugeren af softwareprodukterne. Der kan være tale om en såkaldt »shrink wrap«-licens, dvs. at pakken med den fysiske kopi indeholder en række betingelser, som den endelige forbruger anses for at have accepteret, når han har åbnet pakken.

⁽¹⁾ Jf. meddelelse om underleveranceaftaler, EFT C 1 af 3.1.1979, s. 2.

- (41) Købere af hardware, der indeholder ophavsretligt beskyttet software, kan af rettighedshaveren blive pålagt et forbud mod at krænke ophavsretten, f.eks. forbud mod at lave kopier og videresælge den pågældende software eller mod at lave kopier og bruge dem i forbindelse med anden hardware. Sådanne brugsrestriktioner er omfattet af gruppefritagelsen, i det omfang de overhovedet falder ind under artikel 81, stk. 1.

Knowhow

- (42) Franchiseaftaler, med undtagelse af produktionsfranchiseaftaler, er det mest oplagte eksempel på, at en køber får overført knowhow til markedsføringsformål. Franchiseaftaler omfatter licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørende varemærker eller logoer og knowhow med henblik på anvendelse og distribution af varer eller levering af tjenester. Foruden licenser på IE yder franchisegiveren normalt franchisetageren kommerciel eller teknisk bistand i hele aftalens løbetid, eksempelvis leveringsservice, uddannelse, rådgivning om fast ejendom, finansiel planlægning mv. Licenserne og den pågældende bistand er integrerede bestanddele af den forretningsmetode, der er omfattet af franchiseaftalen.

- (43) Licenser i franchiseaftaler er omfattet af gruppefritagelsen, hvis alle fem betingelser i punkt 30 er opfyldt. Dette er normalt tilfældet, eftersom franchisegiveren i henhold til de fleste franchiseaftaler, herunder hovedfranchiseaftaler, normalt leverer varer og/eller tjenester, navnlig tjenester i form af kommerciel eller teknisk bistand, til franchisetageren. IE gør det lettere for franchisetageren at videresælge de produkter, der leveres af franchisegiveren eller en af denne udpeget leverandør, eller at udnytte disse produkter og sælge de produkter og tjenester, der følger heraf. Hvis franchiseaftalen kun eller i hovedsagen vedrører licenser på IE, er en sådan aftale ikke omfattet af gruppefritagelsen, men den vil blive behandlet på samme måde som de franchiseaftaler, som omfattes af gruppefritagelsen.

- (44) Følgende forpligtelser, der er knyttet til IE, anses normalt for nødvendige for at beskytte franchisegiverens intellektuelle ejendomsrettigheder og er omfattet af gruppefritagelsen, hvis de falder ind under artikel 81, stk. 1:

- a) en pligt for franchisetageren til hverken direkte eller indirekte at udøve nogen virksomhed af tilsvarende art

- b) en pligt for franchisetageren til ikke at erhverve økonomiske interesser i en konkurrerende virksomhed, således at han får indflydelse på denne virksomheds økonomiske adfærd
- c) en pligt for franchisetageren til ikke at videregive den af franchisegiveren meddelte knowhow til tredjemand, så længe denne knowhow ikke er almindelig kendt
- d) en pligt for franchisetageren til at videregive alle erfaringer, som han måtte opnå under sin udnyttelse af franchisen, til franchisegiveren og give denne og andre franchisetagere ikke-eksklusiv licens på den knowhow, som disse erfaringer indebærer
- e) en pligt for franchisetageren til at underrette franchisegiveren om krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, han har fået licens på, og retsforfølge eller bistå franchisegiveren med at retsforfølge krænkelse af disse rettigheder
- f) en pligt for franchisetageren til ikke at udnytte den knowhow, han har fået licens på af franchisegiveren, til andre formål end udnyttelsen af franchisen
- g) en pligt for franchisetageren til ikke uden franchisegiverens samtykke at overdrage til andre de rettigheder og forpligtelser, der følger af franchiseaftalen.

v) Forholdet til andre gruppefritagelsesforordninger

- (45) I gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 5, er det fastsat, at forordningen ikke gælder »for vertikale aftaler, hvis genstand er omfattet af anvendelsesområdet for andre gruppefritagelsesforordninger.« Dette betyder, at gruppefritagelsen ikke gælder for vertikale aftaler, der er omfattet af Kommissionens forordning (EF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om teknologioverførsel⁽¹⁾, Kommissionens forordning (EF) nr. 1475/95⁽²⁾ af 28. juni 1995, om distribution af motorkøretøjer eller Kommissionens forordning (EF) nr. 417/85⁽³⁾ og 418/85⁽⁴⁾, begge af 19. december 1984, om fritagelse for vertikale aftaler, der indgås sammen med horisontale aftaler, senest ændret ved forordning (EF) nr. 2246/97⁽⁵⁾, eller sådanne fremtidige forordninger.

⁽¹⁾ EFT L 31 af 9.2.1996, s. 2.

⁽²⁾ EFT L 145 af 29.6.1995, s. 25.

⁽³⁾ EFT L 53 af 22.2.1985 s. 1.

⁽⁴⁾ EFT L 53 af 22.2.1985 s. 5.

⁽⁵⁾ EFT L 306 af 11.11.1997, s. 12.

3. **Alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningen**

(46) Gruppefritagelsesforordningen indeholder i artikel 4 en liste over alvorlige begrænsninger, der indebærer, at hele den vertikale aftale falder uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde. Den liste af alvorlige begrænsninger finder anvendelse på vertikale aftaler vedrørende handel indenfor Fællesskabet. For så vidt angår vertikale aftaler vedrørende eksport udenfor eller import/reimport fra udenfor Fællesskabet, se Domstolsafgørelsen af 28. april 1998 I sag C-306/96, Javico mod Yves Saint Laurent (1998) Sml. I-1983. Det er også usandsynligt, at vertikale aftaler, der indeholder disse alvorlige begrænsninger, vil kunne meddeles individuel fritagelse.

(47) Den alvorlige begrænsning indeholdt i forordningens artikel 4, litra a), vedrører bindende videresalgspriser, dvs. aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at fastsætte en fast eller mindste videresalgspris eller et fast eller mindste prisniveau, som køberen skal overholde. I tilfælde af aftalebestemmelser eller samordnet praksis, der direkte fastsætter videresalgsprisen, er begrænsningen helt åbenbar. Prisbinding kan dog også foregå indirekte. Som eksempel herpå kan nævnes en aftale om fastsættelse af forhandleravancen, om fastsættelse af den maksimale rabat, som en forhandler må yde i forhold til et foreskrevet prisniveau, om ordninger, som gør leverandørrabatter eller refusion af udgifter til salgsfremmende foranstaltninger betinget af overholdelse af et bestemt prisniveau, om sammenknytning af den foreskrevne videresalgspris med konkurrenternes videresalgspriser, samt trusler, intimidering, advarsler, sanktioner, forsinkelser eller standsning af leverancer eller opsigelse af aftalen i relation til iagttagelsen af et givet prisniveau. Direkte eller indirekte midler til prisfastsættelse kan gøres mere effektive, hvis de kombineres med foranstaltninger, der går ud på at afsløre forhandlere, som anvender lavere priser, f.eks. ved indførelse af prisovervågningssystemer eller krav om, at detailhandlerne skal indberette andre medlemmer af distributions-nettet, der fraviger det fastsatte prisniveau. En direkte eller indirekte pris-fastsættelse kan også gøres mere effektiv, hvis den kombineres med foranstaltninger, der kan reducere køberens incitament til at sænke videresalgsprisen, som f.eks. når leverandøren trykker en vejledende udsalgspris på produktet eller forpligter kunden til at anvende en »mest begunstiget kunde«-klausul. De samme indirekte midler og de samme ledsagende foranstaltninger kan bruges til at få maksimumspriser eller vejledende priser til at fungere som bindende priser. Leverandørens udlevering af en liste med vejledende priser eller maksimumspriser til køberen anses dog ikke i sig selv for at føre til prisbinding.

(48) Hvad angår agentaftaler, fastsætter agenturgiver normalt salgsprisen, eftersom agenten ikke bliver ejer af varerne. Hvis en agentaftale imidlertid falder ind under artikel 81, stk. 1 (jf. nr. 12-20), vil et krav om, at agenten ikke eller kun i begrænset omfang må dele sin, faste eller variable, provision med kunden, udgøre en alvorlig begrænsning i henhold til forordningens artikel 4, litra a). Agenten skal frit kunne sænke den pris, som kunden faktisk skal betale, uden dermed at reducere agenturgivers indkomst⁽¹⁾.

(49) Den alvorlige begrænsning indeholdt i forordningens artikel 4, litra b), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse køberens salg, for så vidt som disse begrænsninger vedrører det område, hvor køberen må sælge aftalevarerne eller tjenesterne, eller den kundegruppe, til hvem han må sælge dem. Denne alvorlige begrænsning vedrører markedsafskæring på grundlag af område eller kundegruppe. Dette kan være en følge af direkte forpligtelser, såsom et forbud mod at sælge til bestemte kunder eller til kunder i bestemte områder eller pligt til at henvise ordrer fra sådanne kunder til andre forhandlere. Den kan også følge af indirekte foranstaltninger, der tager sigte på at afholde forhandleren fra at sælge til sådanne kunder, som f.eks. afvisning eller reduktion af bonus eller rabatter, leveringsnægtelse, reduktion af leverancer eller begrænsning af leverede mængder til efterspørgslen i det tildelte område eller den tildelte kundegruppe, trusler om kontraktopsigelse eller pligt til at tilbagegive fortjenesten. Den kan desuden være en følge af, at leverandøren ikke yder en EF-dækkende garantiservice, i henhold til hvilken alle forhandlere er forpligtede til at yde garantiservice og får udgifterne hertil refunderet af leverandøren, også for så vidt angår produkter, der sælges på deres område af andre forhandlere. Sandsynligheden for, at en sådan praksis vil blive betragtet som en begrænsning af køberens videresalg, er endnu større, når den kombineres med, at leverandøren indfører et overvågningssystem for at kontrollere varernes faktiske bestemmelsessted, f.eks. brug af differentieret mærkning eller serienumre. Hvis alle forhandlere pålægges et forbud mod at sælge til bestemte endelige forbrugere, er der dog ikke tale om en alvorlig begrænsning, hvis forbuddet er objektivt begrundet, såsom et generelt forbud mod salg af farlige stoffer til bestemte kunder af sikkerheds- eller sundhedsmæssige årsager. Det indebærer at leverandøren heller ikke sælger til disse kunder. Det betragtes heller ikke som en alvorlig begrænsning, at forhandleren pålægges pligt til at skilte med leverandørens varemærke.

⁽¹⁾ Jf. f.eks. Kommissionens beslutning 91/562/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.737 — Eirpage), EFT L 306 af 7.11.1991, s. 22, især nr. 6.

(50) Der er fire undtagelser fra den alvorlige begrænsning i forordningens artikel 4, litra b). Den første undtagelse giver en leverandør mulighed for at begrænse sine direkte kunders aktive salg i et område eller til en kundegruppe, der er omfattet af en anden kundes eneforhandlingsret, eller som leverandøren har forbeholdt sig selv. Et område eller en kundegruppe er tildelt på eksklusiv basis, når leverandøren indvilliger i at sælge sit produkt kun til én forhandler til forhandling i et bestemt område eller i forhold til en bestemt kundegruppe og eneforhandleren er beskyttet mod aktivt salg ind i området eller til kundegruppen af leverandøren og alle leverandørens øvrige kunder i Fællesskabet. Leverandøren kan kombinere tildelingen af et eneforhandlingsområde og en bestemt kundegruppe ved f.eks. at udpege en eneforhandler for en bestemt kundegruppe i et bestemt område. Denne beskyttelse af eneforhandlingsområder eller eksklusivt tildelte kundegrupper skal dog tillade passivt salg til sådanne områder eller kundegrupper. I relation til anvendelsen af forordningens artikel 4, litra b), definerer Kommissionen »aktivt« og »passivt« salg således:

— Ved »aktivt« salg forstås: aktiv henvendelse til individuelle kunder, der er omfattet af en anden forhandlers eneforhandlingsområde eller eksklusivt tildelte kundegruppe, f.eks. in form af post eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kundegruppe eller bestemte kunder i et eneforhandlingsområde, eksklusivt tildelt en anden forhandler, gennem reklamer i medierne eller andre salgsmetoder, der specifikt er rettet mod denne kundegruppe eller kunder i det pågældende område, eller oprettelse af et lager eller en distributionskanal i en anden forhandlers eneforhandlingsområde.

— Ved »passivt« salg forstås: besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenester til disse kunder. Generelle reklamer eller salgsmetoder i medierne eller på Internettet, der når kunder, der er omfattet af andre forhandlers eksklusive områder eller kundegrupper, men som udgør en rimelig måde til at nå ud til kunder udenfor andre forhandlers eneforhandlingsområder eller eksklusivt tildelte kundegrupper, f.eks. ved at nå ud til kunder i ikke-eksklusive områder eller i et eget område, er passivt salg.

(51) Enhver forhandler skal frit kunne benytte Internettet til at reklamere for eller sælge varer. En begrænsning i forhandlerens brug af Internettet kan kun falde ind under gruppefritagelsen, hvis salgsmetoderne eller salget over Internettet vil føre til aktivt salg i andre

forhandlers eneforhandlingsområder eller til deres eksklusivt tildelte kundegrupper. Generelt betragtes brugen af Internettet ikke som en form for aktivt salg i sådanne områder eller til sådanne kundegrupper, eftersom det er en rimelig måde at nå ud til de enkelte kunder på. Den omstændighed, at det kan have virkninger uden for forhandlerens eget område eller egen kundegruppe skyldes teknologiske forhold, dvs. den nemme adgang uanset geografisk placering. Hvis en kunde besøger en forhandlers websted og kontakter forhandleren, og en sådan kontakt fører til salg, inklusive levering, skal dette betragtes som passivt salg. Det sprog, der benyttes på webstedet eller i meddelelsen, er normalt uden betydning i denne forbindelse. I det omfang et websted ikke er specifikt rettet mod kunder i et område eller en kudekategori, der er eksklusivt tildelt en anden forhandler, f.eks. ved brug af faner eller links på sider, der er specielt tilgængelige for disse eksklusivt tildelte kunder, betragtes webstedet ikke som en form for aktivt salg. Uopfordrede e-mails, der sendes til individuelle kunder eller til bestemte kundegrupper betragtes dog som aktivt salg. De samme betragtninger gælder for postordresalg. Uanset det tidligere anførte kan leverandøren pålægge kvalitetsstandarder for så vidt angår brugen af webstedet til videresalg af dennes varer, på samme måde som leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for en forretning eller for reklame og salgsmetoder i almindelighed. Sidstnævnte kan være relevant i relation til selektiv distribution. Et direkte forbud mod salg over Internettet eller postordresalg er kun tilladt, hvis det er objektivt begrundet. Leverandøren kan under ingen omstændigheder forbeholde sig salg og/eller reklame via Internettet.

(52) Der er tre andre undtagelser fra den alvorlige begrænsning i forordningens artikel 4, litra b). Alle tre undtagelser giver mulighed for at begrænse såvel aktivt som passivt salg. Det er således tilladt at begrænse en grossists salg til slutbrugere, at pålægge en godkendt forhandler i et selektivt distributionssystem begrænsninger i salget i ethvert omsætningsled til ikke-godkendte forhandlere, som udøver virksomhed på markeder, hvor systemet er iværksat, samt at pålægge en køber af komponenter, der leveres til indarbejdning i andre produkter, begrænsninger med hensyn til videresalg af disse til leverandørens konkurrenter. Udtrykket »komponent« omfatter alle mellemprodukter, og udtrykket »indarbejdning« omfatter brugen af ethvert input til produktion af varer.

(53) Den alvorlige begrænsning indeholdt i forordningens artikel 4, litra c), vedrører tilfælde, hvor medlemmer af et selektivt distributionssystem pålægges begrænsninger med hensyn til aktivt eller passivt salg til endelige brugere, det være sig erhvervsmæssige brugere eller endelige forbrugere. Dette betyder, at forhandlere i et

selektivt distributionssystem, som defineret i forordningens artikel 1, litra d), ikke må pålægges begrænsninger med hensyn til, hvilke brugere eller indkøbsagenter, der handler på disse brugeres vegne, de må sælge til. For eksempel skal en forhandler i et selektivt distributionssystem også frit kunne reklamere og sælge via Internettet. Selektiv distribution kan kombineres med eneforhandling, forudsat at der ikke på nogen måde forekommer begrænsninger med hensyn til aktivt og passivt salg. Leverandøren kan derfor forpligte sig til kun at levere til en enkelt forhandler eller til et begrænset antal forhandlere i et givet område.

(54) Ved selektiv distribution er det desuden tilladt at indskrænke forhandlerens muligheder for at bestemme beliggenheden af hans forretning. Godkendte forhandlere kan afskæres fra at drive deres virksomhed fra forskellige lokaler eller fra at åbne en ny forretning et andet sted. Hvis der er tale om en mobil (»omkørende«) forretning, kan der afgrænses et område, uden for hvilket denne mobile forretning ikke må drives.

(55) Den alvorlige begrænsning indeholdt i forordningens artikel 4, litra d), omhandler en begrænsning af krydsleverancer mellem godkendte forhandlere i et selektivt distributionssystem. Det betyder, at en aftale eller samordnet praksis hverken direkte eller indirekte må have til formål at forhindre eller begrænse aktivt eller passivt salg af aftalevarerne mellem de godkendte forhandlere. De godkendte forhandlere skal fortsat frit kunne købe aftalevarerne fra andre godkendte forhandlere, hvad enten de driver virksomhed i samme eller andre omsætningsled. Dette indebærer, at selektiv distribution ikke kan kombineres med vertikale begrænsninger, der tager sigte på at tvinge forhandlerne til kun at købe aftalevarerne fra en bestemt leverandør, f.eks. eksklusivt køb. Det betyder også, at der i et selektivt distributionsnet ikke må pålægges godkendte grossister begrænsninger i deres salg af produktet til godkendte detailhandlere.

(56) Den alvorlige begrænsning indeholdt i forordningens artikel 4, litra e), vedrører aftaler, hvorved endelige brugere, selvstændige reparatører og serviceudbydere afskæres fra eller pålægges begrænsninger med hensyn til at skaffe sig reservedele direkte fra reservedelsproducenten. En aftale mellem en reservedelsproducent og en kunde, der indarbejder disse dele i sit eget produkt (originaludstyrsfabrikant), må hverken direkte eller indirekte forhindre eller begrænse producenten af disse reservedele i at sælge dem til endelige brugere, selvstændige reparatører eller serviceudbydere. Indirekte begrænsninger kan navnlig foreligge, når leverandøren af reservedele pålægges restriktioner med hen-

syn til udlevering af tekniske oplysninger og specialudstyr, der er en forudsætning for, at brugerne, de selvstændige reparatører eller serviceudbydere kan bruge reservedelene. Aftalen kan dog pålægge begrænsninger med hensyn til leverancer af reservedele til reparatører eller serviceudbydere, som originaludstyrsfabrikanten har udpeget til at reparere eller udføre service på sine egne produkter. Med andre ord kan original-udstyrsfabrikanten forlange, at hans eget reparations- og servicenet køber reservedelene hos ham.

4. Betingelserne efter gruppefritagelsesforordningen

(57) Gruppefritagelsesforordningens artikel 5 udelukker en række forpligtelser fra fritagelsen, selv om markedsandelstærsklen ikke er overskredet. Gruppefritagelsen finder dog fortsat anvendelse på den resterende del af en vertikal aftale, hvis denne del kan adskilles fra de forpligtelser, der ikke er fritaget.

(58) Den første forpligtelse, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, er omhandlet i forordningens artikel 5, litra a), og vedrører konkurrenceklausuler. Konkurrenceklausuler er bestemmelser, som forpligter køberen til fra leverandøren eller en virksomhed udpeget af leverandøren at aftage over 80 % af køberens samlede indkøb af aftalevarerne og -tjenesterne og af varer eller tjenester, der er substituerbare hermed — beregnet på grundlag af indkøbene i det foregående år — (jf. definitionen i forordningens artikel 1, litra b)), og som derved forhindrer køberen i at aftage konkurrerende varer eller tjenester eller begrænser indkøb heraf til under 20 % af de samlede indkøb. Hvis der ikke foreligger relevante oplysninger om køberens indkøb for året inden kontraktens indgåelse, kan køberens bedste skøn over sit samlede årlige behov anvendes. Sådanne konkurrenceklausuler er ikke omfattet af gruppefritagelsen, hvis de er af ubegrænset varighed eller overstiger fem år. Konkurrenceklausuler, der stiltiende fornys ud over en periode på fem år, er heller ikke fritaget. Konkurrenceklausuler er dog fritaget, hvis deres varighed er begrænset til højst fem år, eller fornyelse efter de fem år kræver begge parter udtrykkelige samtykke, og der ikke er nogen hindringer, der medfører, at køberen faktisk forhindres i at opsig konkurrenceklausulen ved femårsperiodens udløb. Hvis aftalen eksempelvis indeholder en femårig konkurrenceklausul, og leverandøren yder køberen et lån, må tilbagebetalingen af dette lån ikke faktisk hindre køberen i at opsig konkurrenceklausulen ved femårsperiodens udløb; tilbagebetalingen skal ske i lige store eller faldende afdrag og må ikke stige i tidens

løb. Dette påvirker ikke muligheden for, f.eks. i forbindelse med en ny distributionskanal, at udsætte tilbagebetalingen i 1–2 år, indtil salget er nået op på et vist niveau. Køberen skal have mulighed for at tilbagebetale den resterende gæld, hvis der stadig er et udestående beløb, når konkurrenceklausulen ophører. Hvis leverandøren forsyner køberen med udstyr, der ikke er relationsspecifikt, skal køberen have mulighed for at overtage udstyret til markedsværdien ved konkurrenceklausulens ophør.

(59) Femårsgrænsen gælder ikke, når de pågældende varer eller tjenester videresælges af køberen »fra grunde og lokaler, der ejes af leverandøren, eller som leverandøren lejer af en tredjemand, der ikke er forbundet med køberen«. I sådanne tilfælde kan konkurrenceklausulen have samme varighed som den periode, hvori køberen benytter salgsstedet (forordningens artikel 5, litra a)). Baggrunden for denne undtagelse er, at det normalt er urimeligt at forlange, at der uden leverandørens tilladelse skulle kunne sælges konkurrerende produkter fra grunde og lokaler, som leverandøren ejer. Kunstige ejendomsretlige konstruktioner, der tager sigte på at undgå femårsgrænsen, falder ikke ind under denne undtagelse.

(60) Den anden forpligtelse, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, er omhandlet i forordningens artikel 5, litra b), og vedrører konkurrenceklausuler, der gælder efter aftalens ophør. Sådanne klausuler falder normalt ikke ind under gruppefritagelsesforordningen, medmindre de er uomgængeligt nødvendige for at beskytte knowhow, som leverandøren har overført til køberen, er begrænset til det salgssted, hvor køberen har drevet virksomhed i aftaleperioden, og højst gælder i et år. Ifølge definitionen i forordningens artikel 1, litra f), skal den pågældende knowhow være »væsentlig«, dvs. »at den pågældende knowhow omfatter viden, der er uomgængeligt nødvendig for køberens brug, salg eller videresalg af aftalevarerne eller -tjenesterne«.

(61) Den tredje forpligtelse, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, er omhandlet i forordningens artikel 5, litra c), og vedrører salg af konkurrerende varer i et selektivt distributionssystem. Gruppefritagelsen omfatter selektiv distribution kombineret med en konkurrenceklausul, der forpligter forhandlerne til ikke i almindelighed at videresælge konkurrerende produkter. Hvis leverandøren imidlertid enten direkte eller indirekte forhindrer de anerkendte forhandlere i at købe produkter til videresalg hos bestemte konkurrerende leverandører, er en sådan klausul dog ikke omfattet af gruppefritagelsen. Formålet med at udelukke denne forpligtelse er at undgå, at en række leverandører benytter de samme selektive salgskanaler og udelukker en eller flere bestemte konkurrenter fra at

distribuere deres produkter gennem de pågældende salgskanaler (afskærmning af markedet for en konkurrerende leverandør, hvilket ville være en form for kollektiv boykot)⁽¹⁾.

5. Ingen illegalitetsformodning uden for gruppefritagelsesforordningen

(62) Vertikale aftaler, der ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen, formodes ikke at være ulovlige, men vil eventuelt kræve individuel undersøgelse. Virksomhederne tilskyndes til selv at vurdere deres aftaler uden at anmelde dem. I tilfælde hvor Kommissionen foretager en individuel undersøgelse, er det den, der skal bevise, at den pågældende aftale er i strid med artikel 81, stk. 1. Hvis den påviser, at aftalen har mærkbare konkurrence-begrænsende virkninger, kan virksomhederne fremlægge dokumentation for eventuelle effektivitetsfordele og begrunde, hvorfor et bestemt distributionssystem vil kunne medføre fordele, der er relevante for så vidt angår betingelserne for fritagelse efter artikel 81, stk. 3.

6. Ingen unødige anmeldelser

(63) Efter artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17: første forordning om anvendelse af traktatens artikler 85 og 86⁽²⁾, ændret senest ved forordning (EF) nr. 1216/99⁽³⁾, kan vertikale aftaler fritages efter artikel 81, stk. 3, fra det tidspunkt, hvor de træder i kraft, også selv om de først anmeldes efter dette tidspunkt. Dette betyder i praksis, at man ikke behøver at indgive anmeldelse for en sikkerheds skyld. Hvis der opstår en tvist, kan en virksomhed stadig indgive anmeldelse, og i så fald kan Kommissionen fritage den vertikale aftale med tilbagevirkende kraft fra det tidspunkt, hvor den træder i kraft, hvis alle fire betingelser i artikel 81, stk. 3, er opfyldt. En anmeldende part behøver ikke at forklare, hvorfor aftalen ikke blev anmeldt tidligere, og fritagelse med tilbagevirkende kraft vil ikke blive afslået, blot fordi anmeldelsen ikke blev indgivet tidligere. Enhver anmeldelse vil blive vurderet individuelt. Denne ændring af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17 skulle eliminere alle kunstige sagsanlæg for nationale domstole og dermed styrke den civilretlige håndhævelse af aftaler. Den tager også højde for den situation, hvor virksomheder ikke har indgivet anmeldelse, fordi de antog, at aftalen var omfattet af gruppefritagelsen.

⁽¹⁾ Et eksempel på indirekte foranstaltninger med sådanne afskærmende virkninger findes i Kommissionens beslutning 92/428/EØF i Givenchy-sagen Nr. IV/33.542, (EFT L 236 af 19.8.1992, s. 11).

⁽²⁾ EFT 13 af 21.2.1962, s. 204/62.

⁽³⁾ EFT L 148 af 15.6.1999, s. 5.

(64) Da anmeldelsestidspunktet ikke længere er afgørende for Kommissionens mulighed for at indrømme fritagelse, må de nationale domstole vurdere sandsynligheden for, at artikel 81, stk. 3, finder anvendelse på vertikale aftaler, der falder ind under artikel 81, stk. 1. Hvis der er sandsynlighed herfor, bør de stille sagen i bero, indtil Kommissionen har taget stilling dertil. De nationale domstole kan dog træffe foreløbige forholdsregler, indtil Kommissionen har vurderet, om artikel 81, stk. 3, finder anvendelse, som det også er tilfældet, når de forelægger et præjudicielt spørgsmål for EF-Domstolen efter traktatens artikel 234. Det er ikke nødvendigt at stille sagen i bero i tilfælde, hvor en national domstol anmodes om at nedlægge forbud i sager, hvor de selv er kompetente til at vurdere sandsynligheden for, at artikel 81, stk. 3, finder anvendelse⁽¹⁾.

(65) Kommissionen vil ikke prioritere behandlingen af anmeldelser af vertikale aftaler i sin håndhævespolitik, medmindre der er tale om sagsanlæg for nationale domstole, eller der er indgivet klage. En anmeldelse giver ikke i sig selv en aftale foreløbig gyldighed. Hvis virksomhederne ikke har anmeldt en aftale, fordi de i god tro mente, at gruppefritagelsesforordningens markeds-andelstærskel ikke var overskredet, vil Kommissionen ikke pålægge dem bøder.

7. Adskillelse

(66) Gruppefritagelsesforordningen fritager vertikale aftaler på betingelse af, at de ikke indeholder eller indebærer nogen alvorlig begrænsning, som fastsat i artikel 4. Hvis der er tale om en eller flere alvorlige begrænsninger, fortabes gruppefritagelsen for hele den vertikale aftale. Alvorlige begrænsninger kan ikke adskilles fra resten af aftalen.

(67) Adskillelsesprincippet gælder dog for de betingelser, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 5. Gruppefritagelsen inddrages derfor kun for den del af den vertikale aftale, der ikke opfylder betingelserne i artikel 5.

8. Distribution af flere produkter via samme distributionssystem

(68) Hvis en leverandør benytter samme distributionsaftale til at distribuere flere forskellige varer/tjenester, kan det som følge af markedsandelstærsklen forekomme, at nogle af dem falder ind under gruppefritagelsesforordningen, mens andre ikke gør det. I så fald finder gruppefritagelsesforordningen anvendelse på de varer og tjenester, for hvilke betingelserne for dens anvendelse er opfyldt.

(69) For de varer eller tjenester, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, gælder de almindelige konkurrenceregler, hvilket betyder:

— at der ikke er nogen gruppefritagelse, men tillige at der ikke gælder nogen illegalitetsformodning

— at det, hvis der foreligger en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, som ikke kan fritages, kan det undersøges, om der inden for rammerne af det konkrete distributionssystem findes egnede retsmidler til at løse konkurrenceproblemet

— at den pågældende leverandør, hvis der ikke er egnede retsmidler, er nødt til at gennemføre andre distributionsarrangementer.

Denne situation kan også opstå, hvor artikel 82 finder anvendelse på nogle produkter, men ikke på andre.

9. Overgangsperiode

(70) Gruppefritagelsesforordningen anvendes fra den 1. juni 2000. I forordningens artikel 12 er der fastsat en overgangsperiode for vertikale aftaler, der allerede er i kraft den 1. juni 2000, og som ikke opfylder betingelserne for fritagelse efter gruppefritagelsesforordningen, men opfylder betingelserne for fritagelse efter de gruppefritagelsesforordninger, der udløb den 31. maj 2000. Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83, Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83, Kommissionens forordning (EØF) nr. 4087/88 og Kommissionens meddelelse om forordningerne (EØF) nr. 1983/83 og (EØF) nr. 1984/83 udløber også den 31. maj 2000. De sidstnævnte aftaler kan fortsat indtil den 31. december 2001 drage fordel af de forordninger, der ophører. Aftaler, der indgås af leverandører med en markedsandel på højst 30 %, og som indeholder konkurrenceklausuler med en varighed på over fem år, er omfattet af gruppefritagelsen, hvis der den 1. januar 2002 ikke er mere end fem år tilbage af disse aftalers løbetid.

⁽¹⁾ Sag C-234/89, Delimitis v. Henninger Bräu, Sml. 1991, s. I-935, præmis 52.

IV. GRUPPEFRITAGELSENS INDDRAGELSE OG UANVENDELIGHED

1. Inddragelsesproceduren

(71) Legalitetsformodningen efter gruppefritagelsen kan inddrages, hvis en vertikal aftale, betragtet enten isoleret eller sammen med tilsvarende aftaler, der anvendes af konkurrerende leverandører eller kunder, falder ind under artikel 81, stk. 1, og ikke opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3. Dette kan være tilfældet, hvis en leverandør eller, ved eksklusive leveringsaftaler, en køber med en markedsandel på højst 30 % indgår en vertikal aftale, der ikke medfører objektive fordele af en sådan art og et sådant omfang, at de opvejer aftalens konkurrenceskadelige virkninger. Dette kan især være tilfældet i relation til distribution af varer til endelige forbrugere, der ofte står meget svagere end erhvervskunder, som aftager mellemprodukter. Ved salg til endelige forbrugere kan de ulemper, som en vertikal aftale medfører, have stærkere virkninger end ved salg og køb af mellemprodukter. Hvis betingelserne i artikel 81, stk. 3, ikke er opfyldt, kan Kommissionen inddrage gruppefritagelsen efter artikel 6 for at fastslå en overtrædelse af artikel 81, stk. 1.

(72) Bevisbyrden for, at aftalen falder ind under artikel 81, stk. 1, og ikke opfylder alle fire betingelser i artikel 81, stk. 3, påhviler i forbindelse med inddragelsesproceduren Kommissionen.

(73) Manglende opfyldelse af betingelserne for en fritagelse efter artikel 81, stk. 3, vil navnlig kunne foreligge, hvis konkurrerende leverandørers eller kunders parallelle net af ensartede vertikale aftaler tilsammen bevirker, at adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette marked begrænses betydeligt (kumulativ virkning). Parallelle vertikale aftalenet anses for at være af samme art, hvis de omfatter begrænsninger med samme virkninger på markedet. Dette vil normalt være tilfældet, når konkurrerende leverandørers eller kunders vertikale begrænsninger falder ind under en af de fire kategorier, der er anført i nr. 104–114. En sådan situation kan for eksempel opstå, når en række leverandører på et marked anvender rent kvalitativ selektiv distribution, mens andre anvender kvantitativ selektiv distribution. I sådanne tilfælde skal der ved vurderingen tages hensyn til de enkelte aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Inddragelsen

kan eventuelt udelukkende vedrøre de kvantitative begrænsninger i antallet af anerkendte forhandlere. Andre tilfælde, hvor en beslutning om inddragelse af fritagelsen kan komme på tale, omfatter blandt andet situationer, hvor kunden, f.eks. i forbindelse med eksklusiv levering eller eneforhandling, har en betydelig markedsstyrke på det relevante marked i det efterfølgende omsætningsled, hvor han videresælger varerne eller leverer tjenesterne.

(74) Ansvar for en konkurrencebegrænsende kumulativ virkning kan kun tillægges de virksomheder, der mærkbart bidrager dertil. Aftaler, der indgås af virksomheder, som kun bidrager ubetydeligt til den kumulative virkning, falder ikke ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1⁽¹⁾, og er derfor ikke omfattet af inddragelsesproceduren. Vurderingen heraf skal foretages på grundlag af kriterierne i nr. 137–229.

(75) En beslutning om inddragelse af gruppefritagelsen kan alene have virkning ex nunc, det vil sige, at fritagelsen af de pågældende aftaler først vil blive påvirket fra det tidspunkt, hvor inddragelsen træder i kraft.

(76) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 7 kan en medlemsstats kompetente myndigheder inddrage gruppefritagelsen for vertikale aftaler, der har konkurrencebegrænsende virkninger på hele eller en del af den pågældende medlemsstats område, forudsat at dette har alle de karakteristika, der kendetegner et særskilt geografisk marked. Når en medlemsstat ikke ved lov har givet de nationale konkurrencemyndigheder mulighed for at anvende Fællesskabets konkurrenceregler eller i hvert fald at inddrage gruppefritagelsen, kan medlemsstaten anmode Kommissionen om at indlede en procedure med henblik herpå.

(77) Alene Kommissionen er beføjet til at inddrage gruppefritagelsen for vertikale aftaler, der begrænser konkurrencen på et relevant geografisk marked, der er større end en enkelt medlemsstats område. Når en enkelt medlemsstats område eller en del deraf udgør det relevante geografiske marked, har både Kommissionen og den pågældende medlemsstat kompetence til at inddrage gruppefritagelsen. Ofte er sådanne tilfælde egnede til decentral håndhævelse af de nationale konkurrencemyndigheder. Kommissionen forbeholder sig dog ret til at behandle bestemte sager, der er af særlig interesse for Fællesskabet, f.eks. sager, der vedrører nye retlige spørgsmål.

⁽¹⁾ Domstolens dom i Delimitis.

- (78) Nationale beslutninger om inddragelse af gruppefritagelsen skal træffes efter de procedurer, der er fastlagt i national ret, og har kun virkning på den pågældende medlemsstats territorium. Disse nationale beslutninger må skade den ensartede anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler og den fulde virkning af de foranstaltninger, der er vedtaget til gennemførelse heraf⁽¹⁾. I overensstemmelse med dette princip skal de nationale konkurrencemyndigheder foretage deres vurdering efter artikel 81 på grundlag af de relevante kriterier, der er fastlagt af Domstolen og Retten i Første Instans, og på grundlag af Kommissionens meddelelser og beslutningspraksis.
- (79) Efter Kommissionens opfattelse bør de konsultationsprocedurer, der er fastlagt i meddelelsen om samarbejdet mellem de nationale konkurrencemyndigheder og Kommissionen⁽²⁾ anvendes for dermed at afværge risikoen for modstridende beslutninger og parallelle procedurer.
2. **Uanvendelighed**
- (80) Gruppefritagelsesforordningens artikel 8 giver Kommissionen mulighed for ved forordning at erklære gruppefritagelsesforordningen uanvendelig på parallelle net af ensartede vertikale begrænsninger, som omfatter mere end 50 % af et relevant marked. En sådan foranstaltning er ikke rettet mod bestemte virksomheder, men gælder for samtlige virksomheder, hvis aftaler er defineret i forordningen om gruppefritagelsens uanvendelighed.
- (81) Mens inddragelsen af gruppefritagelsen efter artikel 6 indebærer, at der vedtages en beslutning om, at en bestemt virksomhed har overtrådt artikel 81, indebærer en forordning i henhold til artikel 8 blot, at anvendelsen af gruppefritagelsen ikke omfatter de pågældende begrænsninger og markeder, og at artikel 81, stk. 1 og 3, fuldt ud finder anvendelse. Efter vedtagelsen af en forordning om, at gruppefritagelsen erklæres uanvendelig på visse vertikale begrænsninger på et bestemt marked, vil anvendelsen af artikel 81 på konkrete aftaler ske på grundlag af de kriterier, der er fastsat i Domstolens og Førsteinstansrettens retspraksis på området og i Kommissionens meddelelser og beslutningspraksis. Hvis den finder det hensigtsmæssigt, kan Kommissionen træffe en beslutning i en konkret sag, der kan tjene som vejledning for alle de virksomheder, der opererer på det pågældende marked.
- (82) Ved beregningen af markedsdækningen på 50 % skal der tages hensyn til hvert enkelt net af vertikale aftaler, der indeholder begrænsninger eller kombinationer af begrænsninger med ensartede virkninger på markedet. Virkningerne anses normalt for at være ensartede, når begrænsningerne falder ind under en af de fire kategorier, der er anført i nr. 104–114.
- (83) Artikel 8 forpligter ikke Kommissionen til at gribe ind, når markedsdækningen på 50 % overskrides. Det vil normalt være hensigtsmæssigt at erklære forordningen for uanvendelig, når det er sandsynligt, at adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette marked begrænses mærkbart. Dette kan især være tilfældet, når parallelle, selektive distributionsnet, der dækker over 50 % af et marked, anvender udvælgelseskriterier, der ikke er nødvendige på grund af de pågældende varers art eller medfører forskelsbehandling af bestemte distributionsformer, der er egnet til salget af sådanne varer.
- (84) Når Kommissionen skal vurdere, om det er nødvendigt at anvende artikel 8, vil den overveje, om en individuel inddragelse af fritagelsen ville være et mere velegnet middel. Dette kan især afhænge af antallet af konkurrerende virksomheder, der bidrager til en kumulativ virkning på et marked, eller af antallet af berørte geografiske markeder inden for Fællesskabet.
- (85) Anvendelsesområdet for enhver forordning, der vedtages i henhold til artikel 8, skal fastlægges klart. Dette indebærer for det første, at Kommissionen skal afgrænse det(de) relevante produktmarked(er) og geografiske marked(er), og for det andet, at den klart skal fastslå, hvilken type vertikal begrænsning der ikke længere er omfattet af gruppefritagelsen. I sidstnævnte henseende kan Kommissionen tilpasse forordningens anvendelsesområde efter de konkurrence-mæssige problemer, den skal løse. Selv om det for eksempel forholder sig således, at samtlige parallelle net af aftaler om mærkevareeksklusivitet skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af markedsdækningen på 50 %, kan Kommissionen begrænse forordningen om uanvendelighed til kun at omfatte konkurrenceklausuler ud over en bestemt varighed. Aftaler af kortere varighed eller af mindre restriktiv karakter vil kunne forblive uberørt som følge af, at disse begrænsninger bidrager til markedsafskærmningen i langt mindre grad. Tilsvarende, vil forordningen om uanvendelighed kunne være begrænset til kun at omfatte de supplerende begrænsninger, såfremt der på et bestemt marked anvendes selektiv distribution kombineret med supplerende begrænsninger, såsom konkurrenceklausuler eller mængdeforpligtelser for køberen. Såfremt det er hensigtsmæssigt, vil Kommissionen også kunne udstikke retningslinjer ved at angive den markedsandel, som på det pågældende marked kan anses for utilstrækkelig til, at en individuel virksomhed bidrager væsentligt til den kumulative virkning.

(1) Sag 14/68, Walt Wilhelm m.fl. mod Bundeskartellamt, Sml. 1969, s. 1, præmis 4 og sag C-234/89, Delimitis.

(2) Jf. EFT C 313 af 15.10.1997, s. 3, punkt 49–53.

(86) Den overgangsperiode på mindst seks måneder, som Kommissionen skal fastsætte i henhold til artikel 8, stk. 2, skulle give de pågældende virksomheder mulighed for at tilpasse deres aftaler under hensyn til den forordning, hvorefter gruppefritagelsen erklæres uanvendelig.

(87) En forordning, hvorved gruppefritagelsen erklæres uanvendelig, vil ikke påvirke fritagelsen af de pågældende aftaler for perioden før sin ikrafttræden.

V. MARKEDSAFGRÆNSNING OG BEREKNING AF MARKEDSANDELE

1. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked

(88) Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked⁽¹⁾ giver vejledning med hensyn til de regler, kriterier og beviser, som Kommissionen anvender, når den skal tage stilling til markedsafgrænsningen. I nærværende retningslinjer vil der ikke blive redegjort yderligere for denne meddelelse, der tjener som grundlag for behandlingen af spørgsmål om markedsafgrænsning i almindelighed. Retningslinjerne behandler kun de særlige problemer, der opstår i forbindelse med vertikale begrænsninger, og som ikke er behandlet i den almindelige meddelelse om markedsafgrænsning.

2. Det relevante marked for beregning af markedsandelstærsklen på 30 % efter gruppefritagelsesforordningen

(89) Efter gruppefritagelsesforordningens artikel 3 er det normalt leverandørens markedsandel, der er afgørende for, om gruppefritagelsen finder anvendelse. Ved vertikale aftaler mellem en sammenslutning af detailhandlere og dens individuelle medlemmer, er det sammenslutningen, der er leverandør, og som skal tage hensyn til sin markedsandel som leverandør. Det er udelukkende i forbindelse med eksklusiv levering som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, litra c), at det er køberens markedsandel og kun denne, der er afgørende for, om gruppefritagelsen finder anvendelse.

(90) For at kunne beregne markedsandelen er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked, dvs. både det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Det relevante produktmarked omfatter alle de produkter eller tjenester, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål. Det relevante geografiske marked omfatter det område, hvor de deltagende

virksomheder leverer og efterspørger de pågældende produkter eller tjenester, og som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende geografiske områder, særligt fordi konkurrencevilkårene dér er mærkbart forskellige.

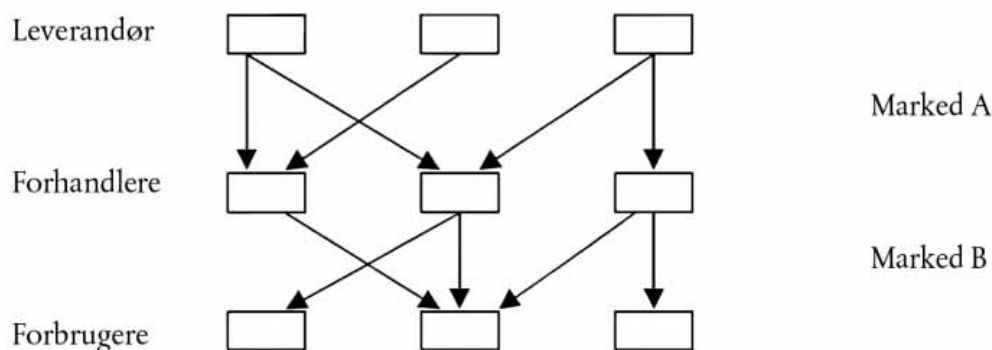
(91) I relation til gruppefritagelsen er leverandørens markedsandel dennes andel af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked, hvor han sælger til sine købere⁽²⁾. I det efterfølgende eksempel er dette marked A. Produktmarkedet afhænger først og fremmest af substitutionsmulighederne set fra køberens synspunkt. Når det leverede produkt anvendes som et input ved produktionen af andre produkter og normalt ikke kan genkendes i det endelige produkt, afgrænses produktmarkedet normalt ud fra de direkte køberes præferencer. Disse køberes kunder vil normalt ikke have en stærk præference for så vidt angår de af køberne anvendte input. Normalt vedrører de vertikale begrænsninger, der aftales mellem leverandøren og køberen af det pågældende input, kun salg og køb af mellemproduktet og ikke af det endelige produkt. Ved distributionen af de endelige produkter vil de endelige forbrugeres præferencer normalt påvirke eller være afgørende for, hvad de direkte købere betragter som substitutionsprodukter. En forhandler kan, som videresælger, ikke se bort fra de endelige forbrugeres præferencer, når denne køber endelige produkter. Endvidere vedrører vertikale begrænsninger i distributionsledet ofte ikke blot salget af produkterne mellem leverandør og kunde, men tillige deres videresalg. Da der normalt er konkurrence mellem forskellige distributionsformer, afgrænses markederne ikke på grundlag af den anvendte distributionsform. Hvis leverandørerne generelt sælger et sortiment af produkter, kan hele sortimentet udgøre produktmarkedet, hvis kunderne betragter sortimenterne og ikke de enkelte produkter som substitutter. Da kunderne på marked A er erhvervsmæssige kunder, er det geografiske marked normalt større end det marked, hvor produktet videresælges til de endelige forbrugere. Dette vil ofte føre til afgrænsning af nationale markeder eller bredere geografiske markeder.

(92) I forbindelse med eksklusiv levering er køberens markedsandel dennes andel af de samlede indkøb på det relevante indkøbsmarked⁽³⁾. I nedenstående eksempel er dette også marked A.

(2) For eksempel det nederlandske marked for nye reservedæk til lastvogne og busser i Michelin-sagen (sag 322/81, NVNederlandse Banden-Industrie Michelin mod Kommissionen, Sml. 1983, s. 3 461, de forskellige kødmarkeder i den danske slagterisag: Kommissionens beslutning 2000/42/EF (Danish Crown/Vestjyske Slagterier) (EFT L 20 af 25.1.2000, s. 1).

(3) Jf. for eksempel indkøbsmarkederne se Kommissions beslutning 1999/674/EF (Rewe/Meinl-sagen, IV/M.1221) (EFT L 274 af 23.10.1999, s. 1).

(1) EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5.



(93) Hvis en vertikal aftale omfatter tre parter, der opererer i hvert sit omsætningsled, skal deres markedsandele være under tærsklen på 30 % i hvert led for at være omfattet af gruppgefritagelsen. Hvis eksempelvis en aftale mellem en producent, en grossist (eller sammenslutning af detailhandlere) og en detailhandler indeholder en konkurrenceklausul, må hverken producentens eller grossistens (eller detailhandelssammenslutningens) markedsandel overstige 30 %, hvis aftalen skal være omfattet af gruppgefritagelsen.

(94) Hvis en leverandør producerer både originaludstyr og reservedele til dette udstyr, vil han ofte være den eneste eller den største leverandør på markedet for reservedele til eftersalgsservice. Dette kan også være tilfældet, hvis leverandøren (originaludstørsfabrikanten) lader underleverandører producere reservedelene. Det relevante marked for så vidt angår anvendelsen af gruppgefritagelses-forordningen kan være markedet for originaludstyr, inklusive reservedele, eller særskilte markeder for originaludstyr og for eftersalgsservice afhængigt af sagens nærmere omstændigheder, såsom virkningerne af de pågældende begrænsninger, udstyrets levetid og reparations- eller udskiftnings-omkostningernes størrelse⁽¹⁾.

(95) Når en vertikale aftale ud over levering af aftalevarerne også omfatter bestemmelser om IE, som for eksempel en bestemmelse om brugen af leverandørens varemærke, som gør det lettere for køberen at sælge aftalevarer-

ne, er leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne, afgørende for, om gruppgefritagelsen finder anvendelse. Når en franchisegiver ikke leverer varer til videresalg, men leverer en mængde tjenester kombineret med IE, der tilsammen udgør den forretningsmetode, som er omfattet af franchisen, skal franchisegiveren tage hensyn til sin markedsandel som leverandør af en forretningsmetode. Med henblik herpå skal franchisegiveren beregne sin markedsandel på det marked, hvor forretningsmetoden udnyttes, dvs. det marked, hvor franchisetagerne udnytter forretningsmetoden til levering af varer eller tjenester til de endelige brugere. Franchisegiveren skal beregne sin markedsandel på grundlag af værdien af de varer eller tjenester, der leveres af franchisetagerne på dette marked. På et sådant marked kan konkurrenterne være andre franchisebaserede forretningsmetoder samt leverandører af substitutionsvarer eller -tjenester, der ikke anvender franchising. For eksempel, hvis der — uden at foregribe selve markedsafgrænsningen — var et marked for fast food tjenester, ville en franchisegiver skulle beregne sin markedsandel på dette marked på grundlag af sine franchisetageres relevante afsætning på markedet. Når franchisegiveren ud over forretningsmetoden også leverer bestemte råvarer, såsom kød og krydderier, skal han også beregne sin markedsandel på det marked, hvor disse varer sælges.

3. Det relevante marked for individuel vurdering

⁽¹⁾ Jf. for eksempel Pelikan/Kyocera, 25. beretning om konkurrencepolitikken, nr. 87 og Kommissionens beslutning 91/595/EØF (sag IV/M.12, Varta/Bosch) (EFT L 320 af 22.11.1991, s. 26), Kommissionens beslutning af 23.2.1998 (sag IV/M.1094, Caterpillar/Perkins Engines) (EFT C 93 af 28.3.1998, s. 23) og Kommissionens beslutning af 11.7.1996 (sag IV/M.768, Lucas/Varity) (EFT C 266 af 13.9.1996, s. 6). Se også Eastman Kodak Co mod Image Technical Services, Inc et al, Supreme Court of the United States, No 90 1029, samt Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, punkt 56.

(96) Ved den individuelle vurdering af vertikale aftaler, der ikke er omfattet af gruppgefritagelsen, kan det være nødvendigt at undersøge yderligere markeder ud over det relevante marked, der er afgrænset i forbindelse med anvendelsen af gruppgefritagelsen. En vertikal aftale har måske ikke blot indvirkning på markedet mellem leverandøren og kunden, men også på markederne i de efterfølgende omsætningsled. Ved en individuel vurdering af en vertikal aftale skal man undersøge de relevante markeder i hvert af de omsætningsled, der påvirkes af begrænsningerne i aftalen:

- i) Hvad angår »mellemprodukter eller -tjenester«, som køberen indarbejder i sine egne produkter eller tjenester, har vertikale begrænsninger normalt kun virkninger på markedet mellem leverandøren og køberen. Hvis køberen pålægges en konkurrenceklausul, kan det for eksempel udelukke andre leverandører fra markedet, men det vil reducere konkurrencen i de enkelt butikker i det efterfølgende led. I relation til eksklusiv levering er køberens stilling på markedet i de efterfølgende led dog også relevant, eftersom køberens markedsafskærmende adfærd kun kan have mærkbare negative virkninger, hvis denne har en stærk markedsstilling i de efterfølgende omsætningsled.
- ii) Hvad angår »færdigvarer« er det mindre sandsynligt, at en analyse, der kun omfatter markedet mellem leverandøren og køberen, er tilstrækkelig, eftersom vertikale begrænsninger kan få negative virkninger i form af mindre intrabrand-konkurrence og/eller interbrand-konkurrence på markedet for videresalg, dvs. køberens efterfølgende omsætningsled. For eksempel vil eneforhandling ikke blot kunne få markedsafskærmende virkninger på markedet mellem leverandøren og køberen, men kan først og fremmest medføre mindre intrabrand-konkurrence i forhandlerens videresalgsområder. Videresalgsmarkedet er særlig vigtigt, såfremt køberen er en detailhandler, der sælger til de endelige forbrugere. En konkurrenceklausul, der aftales mellem en producent og en grossist, kan afskære andre producenter fra at levere til denne grossist, men det er ikke sandsynligt, at det vil betyde mindre konkurrence mellem virksomhederne i engrosledet. Hvis samme aftale indgås med en detailhandler, kan det sammenlagt medføre mindre interbrand-konkurrence i den enkelte butik på videresalgsmarkedet.
- iii) Ved en individuel vurdering af et marked for »eftersalgsservice« kan det relevante marked være markedet for originaludstyr eller markedet for eftersalgsservice, afhængigt af de nærmere omstændigheder. Situationen på et særskilt marked for eftersalgsservice vurderes under alle omstændigheder under hensyntagen til situationen på markedet for originaludstyr. En mindre betydelig stilling på markedet for originaludstyr reducerer normalt mulige konkurrenceskadelige virkninger på markedet for eftersalgsservice.

4. Beregning af markedsandelen efter gruppefritagelsesforordningen

- (97) Beregningen af markedsandelen skal principielt foretages på grundlag af værdibaserede data. Hvis der ikke foreligger sådanne værdibaserede data, kan der foretages underbyggede skøn. Disse skøn kan baseres på andre pålidelige markedsoplysninger, såsom mængdebaserede data (gruppefritagelsesforordningens artikel 9, stk. 1).

- (98) In-house produktion, dvs. til eget forbrug, af et mellemprodukt kan være af meget stor betydning i en konkurrenceanalyse, da den kan begrænse konkurrencen eller styrke virksomhedens markedsstilling. Med hensyn til markedsafgrænsningen og beregningen af markedsandele i relation til mellemprodukter tages in-house produktion imidlertid ikke i betragtning.
- (99) I tilfælde af parallel distribution af færdigvarer, dvs. hvor en producent af en færdigvare også forhandler den på markedet, skal markedsafgrænsningen og beregningen af markedsandele dog nødvendigvis omfatte de produkter, som producenten og konkurrerende producenter sælger gennem agenter og »integrerede forhandlere« (jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 9, stk. 2, litra b)). Integrerede forhandlere er forbundne virksomheder som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 11.

VI. HÅNDHÆVELSESPOLITIK I KONKRETE TILFÆLDE

- (100) Vertikale begrænsninger er generelt mindre skadelige end horisontale begrænsninger. Den vigtigste årsag til, at en vertikal begrænsning behandles mere lempeligt end en horisontal, er, at der ved en horisontal begrænsning kan være tale om en aftale mellem konkurrenter, der producerer identiske eller indbyrdes substituerbare varer eller tjenester. I et sådant horisontalt forhold kan det være til gavn for konkurrenterne, hvis en virksomhed udnytter sin markedsstyrke (ved at sætte sine priser op). Det kan give konkurrenterne et incitament til at tilskynde hinanden til anlægge en konkurrenceskadelig adfærd. I vertikale forhold udgør den ene parts produkt et input for den anden part. Dette betyder, at hvis en virksomhed i enten det forudgående eller det efterfølgende led udnytter sin markedsstyrke, vil det normalt skade efterspørgslen efter den anden parts produkt. De virksomheder, der deltager i aftalen, har derfor normalt et incitament til at forhindre den anden part i at udnytte sin markedsstyrke.
- (101) Denne selvregulering bør dog ikke overvurderes. En virksomhed uden markedsstyrke kan kun forsøge at øge sin indtjening ved at optimere sine produktions- og distributionsprocesser, med eller uden hjælp fra vertikale begrænsninger. En virksomhed med markedsstyrke kan også forsøge at øge sin indtjening på bekostning af sine direkte konkurrenter ved at øge deres omkostninger og på bekostning af sine kunder, og i sidste instans forbrugerne, ved at forsøge at tilegne sig noget af deres overskud (surplus). Dette kan ske, når virksomheden i det foregående led og virksomheden i det efterfølgende led deler den pågældende ekstra profit, eller når én af dem bruger vertikale begrænsninger til at sikre sig selv hele den ekstra profit.

- (102) Kommissionen vil i sin vurdering af konkrete sager anlægge en økonomisk synsvinkel med hensyn til anvendelsen af artikel 81 på vertikale begrænsninger. Dermed begrænses denne artikels anvendelsesområde til virksomheder med en vis markedsstyrke, hvor interbrand-konkurrencen kan være utilstrækkelig. For at forbrugerne kan få fordele af blandt andet øget effektivitet er det vigtigt at beskytte interbrand- og intrabrand-konkurrencen i disse tilfælde.

1. Analysegrundlaget

1.1. Negative virkninger af vertikale begrænsninger

- (103) De negative virkninger på markedet, som kan følge af vertikale begrænsninger, og som Fællesskabets konkurrenceret tager sigte på at forhindre, består i:

- (i) afskærmning af markedet for andre leverandører eller kunder gennem en forhøjelse af adgangsbarrierer
- (ii) reduktion af interbrand-konkurrencen mellem virksomheder, der opererer på et marked, herunder lettelse af samordning mellem leverandører eller kunder. Ved samordning forstås både udtrykkelig samordning og stiltiende samordning (bevidst parallel adfærd)
- (iii) reduktion af intrabrand-konkurrencen mellem forhandlere af samme mærke
- (iv) skabelse af hindringer for markedsintegrationen, fremfor alt begrænsninger i forbrugernes frie adgang til at købe varer og tjenester i en hvilken som helst medlemsstat, de måtte ønske.

- (104) Sådanne negative virkninger kan skyldes flere forskellige vertikale begrænsninger. Aftaler af forskellig form kan have samme materielle indvirkning på konkurrencen. Ved analysen af sådanne mulige negative virkninger er det hensigtsmæssigt opdele vertikale begrænsninger i fire kategorier, nemlig mærkeeksklusivitet, begrænset distribution, bindende videresalgspriser og markedsopdeling. De vertikale begrænsninger inden for hver kategori har stort set samme negative virkninger for konkurrencen.

- (105) Opdelingen i de fire kategorier er foretaget på grundlag af, hvad der kan betegnes som grundelementerne i vertikale begrænsninger. I nr. 103–136 gennemgås de fire forskellige kategorier. Nr. 137–229 indeholder en analyse af vertikale aftaler, således som de anvendes i praksis, eftersom mange vertikale aftaler indeholder mere end et af disse elementer.

Mærkeeksklusivitet

- (106) Kategorien »mærkeeksklusivitet« (»single branding«) omfatter alle de aftaler, hvis hovedelementer består i, at køberen tilskyndes til at samle sine ordrer på en bestemt type produkt hos en enkelt leverandør. Dette element findes blandt andet i konkurrenceklausuler og mængdeforpligtelser pålagt køberen, dvs. når køberen i henhold til en forpligtelse eller en tilskyndelsesordning, aftalt med leverandøren, udelukkende eller hovedsagelig skal dække hele sit behov for et bestemt produkt og substituerbare produkter hos en og samme leverandør. Samme element indgår i produktbindinger, også kaldet kombinationsklausuler, hvor køberen af et produkt forpligtes eller tilskyndes til at købe et andet produkt som betingelse for at kunne købe det første produkt. Det første produkt betegnes som det »primære«, og den andet betegnes som det »sekundære«.

- (107) Der kan især opstå fire negative virkninger for konkurrencen: 1) andre leverandører på det pågældende marked afskæres fra at sælge til disse kunder, hvilket kan føre til markedsafskærmning eller, ved kombinationsklausuler, til afskærmning af markedet for det sekundære produkt, 2) markedsandelene gøres mere fastlåste, hvilket kan gøre det lettere at foretage samordning, når sådanne klausuler anvendes af flere leverandører, 3) når der er tale om distribution af færdigvarer, må de pågældende forhandlere kun sælge et mærke, og der vil derfor ikke være nogen interbrand-konkurrence i deres butikker, og 4) ved kombinationsklausuler kan køberen komme til at betale en højere pris for det sekundære produkt, end det ellers ville have været tilfældet. All disse virkninger kan alle føre til en begrænsning af interbrand-konkurrencen.

- (108) Denne begrænsning af interbrand-konkurrencen kan mindskes af en hård umiddelbar konkurrence mellem flere leverandører om indgåelsen af aftalen om mærkeeksklusivitet, men jo længere konkurrenceklausulens varighed, desto mere sandsynligt er det, at denne effekt ikke vil være stærk nok til at opveje begrænsningen i interbrand-konkurrencen.

Begrænset distribution

- (109) Kategorien »begrænset distribution« omfatter de aftaler, hvis hovedelement består i, at producenten kun sælger til én køber eller et begrænset antal købere. Formålet kan være at begrænse antallet af købere i et bestemt område eller en kundekategori eller at udvælge en bestemt type købere. Dette element forekommer blandt andet i:

- eneforhandling og tildeling af en bestemt kunde-gruppe, hvor leverandøren begrænser sit salg til en køber i et bestemt område eller til en bestemt kategori af kunder

- eksklusiv levering og mængdeforpligtelser pålagt leverandøren, hvor leverandøren i henhold til en forpligtelse eller tilskyndelsesordning, som denne har aftalt med køberen, udelukkende eller hovedsagelig sælger til en enkelt køber
- selektiv distribution, hvor de betingelser, der pålægges eller aftales med de godkendte forhandlere, normalt resulterer i en begrænsning af deres antal
- begrænsninger vedrørende eftersalgsservice, hvor komponent leverandørens salgsmuligheder indskrænkes.

(110) Der kan især opstå tre negative virkninger for konkurrencen: 1) nogle kunder på dette marked vil ikke længere kunne købe hos den pågældende leverandør, hvilket kan, navnlig ved eksklusiv levering, hindre dem i at få adgang til indkøbsmarkedet, 2) når alle eller de fleste konkurrerende leverandører begrænser antallet af detailforhandlere, kan det gøre det lettere at foretage en samordning, enten på forhandler- eller leverandørniveau, og 3) eftersom færre forhandlere vil føre produktet, vil det også føre til en begrænsning af intrabrand-konkurrencen. Hvis eneretten omfatter et stort område eller en stor kundekategori, kan resultatet blive en fuldstændig udelukkelse af intrabrand-konkurrencen, hvilket igen kan føre til en svækkelse af interbrand-konkurrencen.

Bindende videresalgspriser

- (111) Kategorien »bindende videresalgspriser« omfatter de aftaler, hvis hovedelement består i, at køberen forpligtes eller tilskyndes til at videresælge varen til en bestemt pris eller ikke over eller under en bestemt pris. Der kan være tale om mindstepriser, faste priser, maksimumspriser og vejledende priser for videresalg. Maksimale og vejledende videresalgspriser, der ikke udgør alvorlige begrænsninger, kan alligevel have konkurrencebegrænsende virkninger.
- (112) Bindende videresalgspriser har især to negative virkninger for konkurrencen: 1) en reduktion af intrabrand priskonkurrence, og 2) forøget pris-gennemsigtighed. I tilfælde af bindende eller minimums videresalgspriser kan forhandlerne ikke længere konkurrere på prisen for det pågældende mærke, hvilket resulterer i en fuldstændig udelukkelse af intrabrand priskonkurrencen. En maksimums- eller vejledende pris kan udgøre et fikspunkt for videresælgerne, der fører til en mere eller mindre ensartet anvendelse af dette prisniveau. Øget gennemsigtighed i henseende til priser og kilden

til prisændringer gør det lettere for producenterne eller forhandlerne at foretage en horisontal samordning, i hvert fald på stærkt koncentrerede markeder. En reduktion af intrabrand-konkurrencen kan — eftersom den fører til et mindre nedadgående pres på prisen på et bestemt produkt — indirekte reducere interbrand-konkurrencen.

Markedsafskærmning

- (113) Kategorien »markedsafskærmning« omfatter aftaler, hvis hovedelement består i, at køberens adgang til at købe eller videresælge et bestemt produkt begrænses. Dette element findes i eksklusive købsaftaler, hvor køberen i henhold til en forpligtelse eller tilskyndelsesordning, aftalt med leverandøren, udelukkende må dække hele sit behov for et bestemt produkt, eksempelvis øl af mærke X, hos den pågældende leverandør, men frit kan købe og sælge konkurrerende produkter, eksempelvis konkurrerende ølmærker. Kategorien omfatter også territoriale videresalgsbegrænsninger, tildeling af et hovedområde, restriktioner med hensyn til forhandlerens geografiske beliggenhed og kundebase-rede videresalgsbegrænsninger.
- (114) Den vigtigste negative virkning for konkurrencen består i en begrænsning af intrabrand-konkurrencen, som kan gøre det lettere for leverandøren at opdele markedet og dermed lægge hindringer i vejen for markedsintegrationen. Dette kan lette prisdiskrimination. Når alle eller de fleste leverandører begrænser deres kunders forsynings- eller videresalgsmuligheder, kan det gøre det lettere at foretage en samordning, enten på forhandler- eller leverandørniveau.

1.2. Positive virkninger af vertikale begrænsninger

- (115) Det er vigtigt at anerkende, at vertikale begrænsninger ofte har positive virkninger, fordi de især fremmer konkurrencen på andet end prisen og forbedrer tjenernes kvalitet. En virksomhed uden markedsstyrke kan kun søge at øge sin indtjening ved at optimere sine produktions- eller distributionsmetoder. I en række situationer kan vertikale begrænsninger hjælpe virksomheden hermed, da rent »arm's length«-baserede relationer mellem leverandør og køber, hvor kun priser og mængder for en bestemt transaktion bestemmes, kan medføre et ikke-optimalt investerings- og salgsniveau. Disse retningslinjer indeholder ikke nogen udtømmende eller komplet opregning af alle de forhold, der kan gøre vertikale begrænsninger berettigede, men har blot til formål at give et rimeligt overblik.

(116) Følgende grunde kan berettigge anvendelsen af visse vertikale begrænsninger:

- 1) »For at løse et "frijhulsproblem"« (»free rider problem«). Der kan være tale om, at en forhandler kører frihjuls på en anden forhandlers salgsmæssige indsats. Dette fænomen er mest almindeligt i engros- og detailledet. Eneforhandling eller tilsvarende begrænsninger kan bidrage til at undgå sådanne problemer. Problemet kan også opstå mellem leverandører, f.eks. hvor den ene investerer i salgsmæssigt i køberens lokaler, normalt i detailledet, og dermed også tiltrækker kunder til konkurrerende leverandører. Begrænsninger i form af konkurrenceklausuler kan bidrage til løsning af problemet i sidstnævnte situation.

Der skal imidlertid være tale om et reelt frijhulsproblem. I forholdet mellem købere kan der kun opstå et sådant problem med hensyn til førsalgsservice og ikke med hensyn til eftersalgsservice. Produktet skal normalt være relativt nyt eller teknisk kompleks, da kunden ellers normalt vil vide fra tidligere køb, hvad han vil have. Produktet skal ligeledes være af relativt høj værdi, da det ellers ikke er attraktivt for en kunde at hente information i en forretning og købe varen i en anden. Endelig må det ikke være praktisk muligt for leverandøren ved aftale at forpligte alle køberne til at yde en effektiv førsalgsservice.

I forholdet mellem leverandører er problemet også begrænset til bestemte situationer, nemlig de tilfælde, hvor den salgsmæssige indsats finder sted i køberens lokaler, er generisk og ikke mærkespecifik.

- 2) »For at åbne eller komme ind på nye markeder«. Hvis en producent ønsker at komme ind på et nyt geografisk marked, f.eks. ved at eksportere til et andet land for første gang, kan det betyde, at forhandleren skal foretage særlige »førstegangsinvesteringer« for at få mærket etableret på markedet. For at få en lokal forhandler til at foretage disse investeringer kan det være nødvendigt at sikre forhandleren områdebeskyttelse, således at denne kan tjene sine investeringer ind igen ved midlertidigt at sælge til en højere pris. Forhandle-

re på andre markeder bør da i en begrænset periode være afskåret fra at sælge på det nye marked. Dette er en særlig variant af det frijhulsproblem, der er beskrevet under 1) ovenfor.

- 3) »På grund af frijhulsproblemer vedrørende forhandleromdømme«. I visse sektorer har nogle detailforhandlere ry for udelukkende at lagere »kvalitetsvarer«. For at komme ind på markedet med et nyt produkt kan det i sådanne tilfælde være vigtigt, at man kan sælge det via sådanne forhandlere. Hvis producenten ikke indledningsvis kan indskrænke sig til kun at sælge til disse forhandlere, løber producenten en risiko for, at de ikke vil føre dennes produkt, og at produktlanceringen slår fejl. Der kan derfor være grund til at tillade konkurrencebegrænsning, såsom eneforhandling eller selektiv distribution, i en begrænset periode. Perioden skal være lang nok til at sikre det nye produkts introduktion på markedet, men ikke så lang, at det lægger hindringer i vejen for en større udbredelse. Sådanne fordele er mere sandsynlige i forbindelse med varer, der kun kan bedømmes på et vist erfaringsgrundlag, eller komplekse varer, der repræsenterer et relativt stort indkøb for den endelige forbruger.
- 4) »På grund af det såkaldte "hold up"-problem«. Undertiden må enten leverandøren eller køberen foretage kundespecifikke investeringer, f.eks. i specialudstyr eller uddannelse. Der kan f.eks. være tale om en komponentfabrikant, der er nødt til at fremstille eller købe nye maskiner og nyt værktøj for at kunne levere et bestemt produkt til en bestemt kunde. Han vil måske ikke foretage de fornødne investeringer heri, før der er indgået en særlig leveringsaftale.

Ligesom i de ovennævnte eksempler på frijhulsproblemer er der imidlertid en række betingelser, der skal være opfyldt, for at risikoen for, at de nødvendige investeringer ikke gennemføres, kan anses for at være reel eller væsentlig. For det første skal investeringen være relationsspecifik. En investering, der gennemføres af leverandøren, betragtes som relationsspecifik, når leverandøren ikke efter aftalens ophør kan benytte den til levering til andre kunder, og når den kun kan sælges med betydelige tab. En investering, der foretages af køberen, betragtes som relationsspecifik, når køberen ikke efter aftalens ophør kan benytte den til køb og/eller anvendelse af produkter leveret af andre leverandører, og investeringen kun kan sælges med betydelige tab. En investering er således relationsspecifik, fordi den f.eks. kun kan anvendes til produktion af en mærkespecifik komponent eller opbevaring af et bestemt mærke og altså ikke med fortjeneste kan bruges til at fremstille eller videresælge alternative komponenter. For det andet skal der være tale om en langsigtet investering, der ikke kan tjenes ind på

kort sigt, og for det tredje skal investeringen være asymmetrisk, dvs. at den ene part i aftalen investerer mere end den anden. Når disse betingelser er opfyldt, er der normalt god grund til at indføre en vertikal begrænsning i den tid, det tager at afskrive investeringen. En hensigtsmæssig vertikal begrænsning vil være af konkurrenceklausul- eller mængdeforpligtelsestypen, når investeringen foretages af leverandøren, og af eneforhandlings, eksklusive kundetildelings eller eksklusive leveringstypen, når investeringen foretages af køberen.

- 5) »På grund af det særlige "hold up"-problem ved overførsel af væsentlig knowhow«. Når knowhow først er overført, kan den ikke tilbageføres, og den, der har overført den, ønsker måske ikke, at den udnyttes af eller til gavn for hans konkurrenter. Hvis den pågældende knowhow ikke umiddelbart var tilgængelig for køberen, er væsentlig og uomgængeligt nødvendig for aftalens gennemførelse, kan knowhow-overførslen berettige en restriktion af konkurrenceklausulstypen. Denne vil normalt ikke falde ind under artikel 81, stk. 1.
- 6) »For at opnå stordriftsfordele i distributionen«. For at kunne udnytte stordriftsfordele og dermed fastsætte en lavere detailpris på sine produkter kan producenten have interesse i at koncentrere videresalg af sine produkter på et begrænset antal forhandlere. Det kan gøres via eneforhandling, mængdeforpligtelser i form af krav om mindstekøb, selektiv distribution, der omfatter et sådant krav, eller eksklusivt køb.
- 7) »På grund af imperfektioner på kapitalmarkeder«. De normale långivere (banker, kapitalmarkeder) kan tilvejebringe kapital suboptimalt, når de har ufuldstændig information om kvaliteten af låntageren, eller når der er utilstrækkeligt grundlag til sikring af lånet. Køberen eller leverandøren kan være bedre informeret og via en eksklusivklausul være i stand til at skaffe ekstra sikkerhed bag investeringen. Hvis det er leverandøren, der yder lånet til køberen, kan der blive tale om en konkurrenceklausul eller en mængdeforpligtelse pålagt køberen. Hvis det er køberen, der yder lånet til leverandøren, kan der være grund til at aftale eksklusiv levering eller en mængdeforpligtelse pålagt leverandøren.
- 8) »Af hensyn til ensartethed og kvalitetsstandardisering«. En vertikal begrænsning kan bidrage til at øge salget ved at skabe et godt mærkeomdømme

og dermed øge et produkts tiltrækningskraft hos de endelige forbrugere ved at pålægge forhandlerne at sikre en vis ensartethed og kvalitetsstandardisering. Dette kan f.eks. være tilfældet inden for selektiv distribution og franchising.

- (117) Af ovennævnte otte situationer, jf. nr. 116, fremgår det klart, at vertikale aftaler under visse omstændigheder kan medføre effektivitetsfordele og gøre det lettere at udvikle nye markeder, og at dette vil kunne opveje deres mulige negative virkninger. Generelt er dette navnlig tilfældet for kortere vertikale begrænsninger, der gør det lettere at indføre nye, komplekse produkter eller beskytte relationsspecifikke investeringer. En vertikal begrænsning er undertiden nødvendig i den periode, hvor leverandøren sælger sit produkt til køberen (jf. især de situationer, der er beskrevet under nr. 116, i punkt 1, 5, 6 og 8).
 - (118) Der er en høj grad af substituerbarhed mellem de forskellige vertikale begrænsninger. Det betyder, at et og samme effektivitetsproblem kan løses ved hjælp af forskellige vertikale begrænsninger. F.eks. kan der opnås stordriftsfordele i distributionen ved hjælp af eneforhandling, selektiv distribution, mængdeforpligtelser eller eksklusivt køb. Dette er vigtigt, da de negative virkninger for konkurrencen kan være forskellige, alt efter hvilken type vertikal begrænsning der er tale om. Dette spiller en rolle, når det på grundlag af artikel 81, stk. 3, skal afgøres, om begrænsningen er nødvendig.
- 1.3. **Generelle regler for vurderingen af vertikale begrænsninger**
- (119) Der kan formuleres visse generelle regler for vurderingen af vertikale begrænsninger ud fra et konkurrencepolitisk synspunkt:

- 1) Ved de fleste vertikale begrænsninger kan der kun opstå konkurrenceproblemer, hvis der ikke er tilstrækkelig interbrand-konkurrence, dvs. hvis der på leverandør- eller køberside eller på begge sider forefindes en vis markedsstyrke. Begrebet markedsstyrke dækker over evnen til at forhøje prisen over det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, og, i hvert fald på kort sigt, at opnå supranormal profitter. En virksomhed kan have markedsstyrke uden at have markedsdominans, der er kriteriet for anvendelse af artikel 82. Hvis mange virksomheder konkurrerer på et ikke-koncentreret marked, er der en formodning for, at ikke-almindelige vertikale begrænsninger ikke får mærkbare negative virkninger. Et marked anses ikke for koncentreret, hvis HHI-indekset, dvs. summen af kvadraterne på samtlige virksomheders individuelle markedsandele på det relevante marked, er under 1 000.

- 2) Vertikale begrænsninger, der reducerer interbrand-konkurrencen, er generelt mere skadelige end vertikale begrænsninger, der begrænser intrabrand-konkurrencen. F.eks. vil de negative virkninger, der ikke opvejes af positive virkninger, normalt være større ved konkurrence-klausuler end ved enefor-handling. I kraft af deres markedsafskærmende virkninger kan konkurrence-klausuler hindre andre mærker i at få adgang til markedet. Eneforhandling begrænser ganske vist intrabrand-konkurrencen, men forhindrer ikke, at produkterne kan nå ud til den endelige forbruger.
- 3) Vertikale begrænsninger i kategorien begrænset distribution kan mærkbart indskrænke forbrugernes valgmuligheder, når der ikke er tilstrækkelig interbrand-konkurrence. De har særlig skadelige virkninger, når de afskærer mere effektive forhandlere eller forhandlere med et andet distributionskoncept fra markedet. Dette kan mindske innovationen inden for distribution og afskære forbrugerne fra den særlige service, disse forhandlere yder, eller deres kombination af pris og service.
- 4) Eksklusive aftaler skaber generelt større konkurrencemæssige problemer end ikke-eksklusive ordninger. En eksklusiv aftale indebærer enten efter sit udtrykkelige indhold eller sin virkning i praksis, at den ene part dækker hele eller praktisk taget hele sit behov ved køb hos den anden part. Ved en konkurrenceklausul køber køberen f.eks. kun ét mærke. En mængdeforpligtelse giver derimod køberen en vis mulighed for at købe konkurrerende produkter. Ved mængdeforpligtelser kan markeds-afskærmningen derfor være mindre.
- 5) Vertikale begrænsninger for andre produkter end mærkevarer er generelt mindre skadelige end restriktioner vedrørende distributionen af mærkevarer (og tjenester). Et mærke har tendens til at gøre et produkt mere differentieret og mindre substituerbart med andre produkter, hvilket fører til en lavere efterspørgselselasticitet og større mulighed for at forhøje prisen. Sondringen mellem mærkevarer og andre varer vil ofte falde sammen med sondringen mellem mellemprodukter og færdigprodukter.

Mellemprodukter sælges til virksomheder til anvendelse som input ved produktionen af andre varer eller tjenester, og de kan normalt ikke genkendes i det endelige produkt. Køberne af mellemprodukter er normalt velinformerede kunder, der er i stand til at vurdere deres kvalitet, og som derfor ikke lægger så stor vægt på mærke

og image. Færdigprodukter sælges direkte eller indirekte til de endelige forbrugere, der ofte lægger større vægt på mærke og image. Da forhandlerne (detail- og engrosforhandlere) skal efterkomme de endelige forbrugeres efterspørgsel, kan det skabe større konkurrenceproblemer, når forhandlerne afskæres fra at sælge et eller flere mærker, end når købere af mellemprodukter hindres i at købe konkurrerende produkter hos bestemte forsyningskilder.

Virksomheder, der køber mellemprodukter, har normalt særlige afdelinger eller rådgivere, der følger udviklingen på udbudssiden. Da der er tale om større leverancer, er de hermed forbundne omkostninger normalt ikke prohibitive. En formidskelse af intrabrand-konkurrencen har desuden mindre betydning, når der er tale om mellemprodukter.

- 6) En kombination af vertikale begrænsninger forstærker generelt deres negative virkninger. Visse kombinationer af vertikale begrænsninger kan dog virke mere konkurrencefremmende, end når begrænsningerne anvendes hver for sig. F.eks. kan en eneforhandler fristes til at forhøje prisen på produkterne, da intrabrand-konkurrencen er blevet reduceret. Anvendelse af mængdeforpligtelser eller fastsættelse af maksimale videresalgspriser kan begrænse sådanne prisforhøjelser.
- 7) Vertikale begrænsningers eventuelle negative virkninger forstærkes, når flere leverandører og deres købere tilrettelægger deres relationer på samme måde. Disse såkaldte kumulative virkninger kan være et problem i en række sektorer.
- 8) Jo mere en vertikal begrænsning er forbundet med overførsel af knowhow, desto større grund er der til at forvente effektivitetsfordele, og desto større behov kan der være for den vertikale begrænsning for at beskytte den overførte knowhow eller investeringsomkostningerne.
- 9) Jo tættere den vertikale begrænsning er knyttet til relationsspecifikke investeringer, desto større berettigelse kan visse vertikale begrænsninger have. Hvilken varighed der er berettiget, afhænger af, hvor lang tid det tager at afskrive investeringen.
- 10) Når der er tale om et nyt produkt, eller når et eksisterende produkt sælges for første gang på et nyt geografisk marked, kan det være vanskeligt for virksomheden at afgrænse markedet, eller dens markedsandel kan være meget stor. Dette

bør dog ikke betragtes som noget større problem, da vertikale begrænsninger i forbindelse med åbning af nye produkt-markeder eller geografiske markeder generelt ikke virker konkurrence-skadelige. Dette gælder uanset størrelsen af virksomhedens markeds-andel i to år efter, at produktet første gang er markedsført, ligesom det gælder for alle vertikale begrænsninger, der ikke betragtes som alvorlige, og — i forbindelse med et nyt geografisk marked — for begrænsninger, der afskærer leverandørens direkte forhandlere på andre markeder fra aktivt og passivt salg til mellemmand på det nye marked. Ved egentlig afprøvning af et nyt produkt i et begrænset område eller over for en begrænset kundekategori kan de forhandlere, der er udpeget til at sælge det nye produkt på afprøvningsmarkedet, kun begrænses i deres aktive salg uden for dette marked i højst et år, uden at der er tale om en begrænsning, som er omfattet af artikel 81, stk. 1.

1.4. Analysemetoder

(120) Vurderingen af en vertikal begrænsning omfatter generelt følgende fire faser:

- 1) Først skal de deltagende virksomheder afgrænse det relevante marked for at fastlægge leverandørens eller køberens markedsandel, afhængigt af, hvilken vertikal begrænsning der er tale om (jf. nr. 88–99, navnlig nr. 89–95).
- 2) Hvis den relevante markedsandel ikke overstiger tærsklen på 30 %, falder den vertikale aftale ind under gruppefritagelsesforordningen med forbehold af de deri fastsatte alvorlige begrænsninger og betingelser.
- 3) Hvis den relevante markedsandel ligger over tærsklen på 30 %, må der tages stilling til, om den vertikale aftale falder ind under artikel 81, stk. 1.
- 4) Hvis den vertikale aftale falder ind under artikel 81, stk. 1, må det undersøges, om den opfylder betingelserne for fritagelse efter artikel 81, stk. 3.

1.4.1. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 81, stk. 1

(121) Når Kommissionen skal vurdere sager, der overskrider markedsandelstærsklen på 30 %, foretager den en fuldstændig konkurrenceanalyse. Følgende faktorer er de vigtigste, når det skal fastslås, om en vertikal aftale indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen efter artikel 81, stk. 1:

- a) leverandørens markedsstilling
- b) konkurrenternes markedsstilling
- c) købers markedsstilling
- d) adgangsbarrierer
- e) markedets modningsgrad
- f) omsætningsleddet
- g) produktets art
- h) andre faktorer.

(122) De enkelte faktorer betydning kan variere fra sag til sag og afhænger af alle de øvrige faktorer. Hvis leverandøren f.eks. har en høj markedsandel, er det normalt et tegn på markedsstyrke, men hvis der ikke er nævneværdige adgangsbarrierer, behøver dette ikke at være tilfældet. Der kan derfor ikke opstilles faste regler for de enkelte faktorer betydning. Generelt kan dog siges følgende:

Leverandørens markedsstilling

(123) Leverandørens markedsstilling fastlægges først og fremmest på grundlag af dennes markedsandel på det relevante produktmarked og geografiske marked. Jo større dennes markedsandel er, jo stærkere må leverandørens stilling på markedet antages at være. Leverandørens markedsstilling forstærkes yderligere, hvis denne har visse omkostningsfordele frem for sine konkurrenter. Disse konkurrencefordele kan bestå i, at leverandøren var først på markedet (har den bedste beliggenhed osv.), er indehaver af afgørende patenter, benytter overlegen teknologi, er den førende virksomhed inden for det pågældende mærke eller har et bedre sortiment.

Konkurrenternes markedsstilling

(124) Konkurrenternes markedsstilling fastlægges på grundlag af de samme faktorer, nemlig markedsandel og eventuelle konkurrencefordele. Jo stærkere de etablerede konkurrenter står på markedet, og jo flere der er af dem, desto mindre risiko er der for, at den pågældende leverandør eller køber vil være i stand til på egen hånd at afskærme markedet, og desto mindre risiko er der for begrænsning af interbrand-konkurrencen. Hvis antallet af konkurrenter bliver ret beskedent, og deres markedsstilling (størrelse, omkostninger, F&U-potentiel osv.) er relativt ens, kan denne markedsstruktur imidlertid øge risikoen for samordning. Udsving eller hurtige ændringer i markedsandelene er generelt et tegn på intens konkurrence.

Købers markedsstilling

- (125) Købermagt kan henføres til køberens stilling på markedet. Den første indikator på købermagt er køberens markedsandel på indkøbsmarkedet. Denne markedsandel afspejler betydningen af køberens efterspørgsel for dennes mulige leverandører. Andre indikatorer omfatter køberens stilling på videresalgsmarkedet, herunder hans butikkers geografiske dækning, forhandlerens egne mærker og køberens omdømme hos de endelige forbrugere. Købermagt har ikke samme betydning for sandsynligheden for konkurrencebegrænsende virkninger ved de forskellige typer vertikale begrænsninger. Købermagt kan især forstærke de negative virkninger, når der er tale om begrænsninger af typen begrænset distribution og markedsopdeling, f.eks. i form af eksklusiv levering, eneforhandling og kvantitativ selektiv distribution.

Adgangsbarrierer

- (126) Adgangsbarrierer måles på grundlag af de etablerede virksomheders muligheder for at hæve prisen ud over det konkurrencemæssige niveau, normalt over de minimale gennemsnitlige totalomkostninger, og opnå supranormale profitter uden derved at tiltrække nye virksomheder til markedet. I fraværet af nogen form for adgangsbarrierer vil nye virksomheder let og hurtigt kunne trænge ind på markedet og eliminere disse profitmuligheder. Hvis det er sandsynligt, at der i løbet af 1–2 år vil finde en effektiv indtrængen på markedet sted, som vil forhindre eller udhule de supranormale profitter, betragtes adgangsbarriererne som lave.
- (127) Adgangsbarrierer kan skyldes en lang række forskellige faktorer, såsom stor- og samdriftsfordele, statslig regulering, navnlig med hensyn til enerettigheder, statsstøtte, importtold, intellektuelle ejendomsrettigheder, ejendomsret til ressourcer, der er knappe på grund af f.eks. naturlige begrænsninger⁽¹⁾, essential facilities, fordelene ved at være den første virksomhed på markedet samt forbrugernes mærkeloyalitet på grund af massive reklamefremstød. Vertikale begrænsninger og vertikal integration kan også virke som adgangsbarrierer ved at gøre adgang til markedet vanskeligere for (potentielle) konkurrenter ved at udelukke dem og afskærme markedet. Der kan være tale om adgangsbarrierer udelukkende på leverandør- eller købersiden eller på begge sider.
- (128) Spørgsmålet, om visse af disse faktorer bør betragtes som adgangsbarrierer, afhænger af, om de er forbundet med såkaldte irreversible omkostninger (»sunk costs«), dvs. de omkostninger, der kræves for at trænge ind

eller operere på et marked, og som går tabt, når virksomheden trækker sig ud af det igen. Reklameomkostninger for at opbygge loyalitet hos forbrugerne er normalt irreversible, medmindre en virksomhed, der trækker sig ud af markedet igen, enten kan sælge sit mærke eller bruge det andetsteds uden noget tab. I jo højere grad der er tale om irreversible omkostninger, desto mere må potentielle konkurrenter afveje den risiko, der er forbundet med at gå ind på det pågældende marked, og desto mere troværdigt kan de etablerede virksomheder true med at imødegå ny konkurrence, eftersom irreversible omkostninger gør det dyrt for etablerede virksomheder at trække sig ud af markedet. Hvis forhandlere f.eks. er bundet af en konkurrenceklausul over for deres leverandør, er den markedsafskærmende virkning større, såfremt det indebærer betydelige irreversible omkostninger for den potentielle konkurrent selv at etablere et distributionsnet.

- (129) Generelt er indtrængning på et nyt marked forbundet med større eller mindre irreversible omkostninger. Den faktiske konkurrence er normalt derfor mere effektiv og vil veje tungere i vurderingen af konkrete sager end den potentielle konkurrence.

Markedets modningsgrad

- (130) Et modent marked er et marked, der har eksisteret i nogen tid, hvor den anvendte teknologi er velkendt og udbredt og ikke ændrer sig særlig meget, hvor der ikke foregår større mærkeinnovationer, og hvor efterspørgslen er relativt stabil eller aftagende. På et sådant marked er der større sandsynlighed for negative virkninger end på mere dynamiske markeder.

Omsætningsled

- (131) Med hensyn til omsætningsleddet skelnes der mellem mellemprodukter og tjenester og færdigprodukter og tjenester. Som allerede nævnt er der generelt mindre sandsynlighed for negative virkninger, når der er tale om mellemprodukter og tjenester.

Produktets art

- (132) Produktets art spiller navnlig i relation til færdigprodukter en rolle ved vurderingen både af sandsynlige negative og positive virkninger. Ved vurderingen af de sandsynlige negative virkninger er det af betydning, om produkterne på markedet er mere eller mindre homogene eller heterogene, om produktet er dyrt og lægger beslag på en stor del af forbrugernes budget, om der er tale om et produkt, der kun købes én gang eller gentagne gange. Hvis produktet overvejende er heterogent, ikke er så dyrt og nærmest er et engangskøb, er der større sandsynlighed for, at de vertikale begrænsninger får negative virkninger.

⁽¹⁾ Jf. Kommissionens beslutning 97/26/EF (sag nr. IV/M.619 — Gencor/Lonhro), EFT L 11 af 14.1.1997, s. 30.

Andre faktorer

- (133) Ved vurderingen af konkrete begrænsninger vil det undertiden være nødvendigt at tage andre faktorer i betragtning. Disse faktorer kan bl.a. være den kumulative virkning, dvs. dækningsgraden på markedet af ensartede aftalers, aftalernes varighed, om aftalen er »påtvunget« (især den ene part er underlagt restriktioner eller forpligtelser) eller »aftalt« (begge parter respekterer restriktioner eller forpligtelser), lovgivningsrammer og adfærd, der kan tyde på eller lette samordning, f.eks. priskefærd, forudgående annoncering af prisændringer og drøftelser angående den »rette« pris, prisstivhed som reaktion på overkapacitet, prisdiskrimination og tidligere samordning.

1.4.2. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 81, stk. 3

- (134) Der er fire kumulative betingelser for anvendelsen af artikel 81, stk. 3:

- den vertikale aftale skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller tjenesterne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling
- den vertikale aftale skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved
- den vertikale aftale må ikke pålægge de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål
- den vertikale aftale må ikke give disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

- (135) Det sidste kriterium vedrørende udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer hænger sammen med spørgsmålet om dominans. Hvis en virksomhed er dominerende eller bliver dominerende som følge af den vertikale aftale, kan en vertikal begrænsning, der har mærkbare konkurrence-begrænsende virkninger, principielt ikke fritages. Den vertikale aftale kan dog falde uden for artikel 81, stk. 1, hvis den må anses for objektivt begrundet, f.eks. fordi den er nødvendig for at beskytte relationsspecifikke investeringer eller for at overføre væsentlig knowhow, der er en nødvendig forudsætning for levering eller køb af bestemte varer eller tjenester.

- (136) Hvis leverandøren og køberen ikke er dominerende, bliver de andre tre betingelser vigtige. Den første betingelse, der vedrører forbedring af produktionen eller fordelingen af varerne eller fremme af den

tekniske eller økonomiske udvikling, angår den type effektivitetsfordele, der er beskrevet i nr. 115–118. Disse effektivitetsfordele skal dokumenteres og resultere i en positiv nettoeffekt. Spekulative påstande angående frihjulsproblemer eller generelle udtalelser om omkostningsbesparelser accepteres ikke. Omkostningsbesparelser, der alene beror på udøvelse af markedsstyrke eller konkurrence-begrænsende adfærd, kan ikke accepteres. Ifølge den anden betingelse skal de økonomiske fordele ikke blot komme aftaleparterne, men også forbrugerne til gode. Hvorvidt forbrugerne opnår en andel af fordelene, vil normalt afhænge af intensiteten af konkurrencen på det relevante marked. Stærk konkurrence vil normalt sikre, at omkostningsbesparelser kommer forbrugerne til gavn i form af lavere priser, eller at virksomhederne ansføres til at markedsføre nye produkter så hurtigt som muligt. Hvis der opretholdes en tilstrækkelig konkurrence på markedet, som effektivt begrænser aftaleparternes handlefrihed, vil denne konkurrence normalt sikre forbrugerne en rimelig andel af de økonomiske fordele. Den tredje betingelse tager sigte på at sikre, at den mindst konkurrencebegrænsende restriktion vælges med henblik på at opnå visse positive virkninger.

2. Analyse af bestemte former for vertikale begrænsninger

- (137) Vertikale aftaler kan indeholde en kombination af to eller flere af de komponenter i vertikale begrænsninger, der er beskrevet i nr. 103–114. De mest almindelige vertikale begrænsninger og kombinationer heraf analyseres nedenfor på grundlag af de analysemetoder, der er beskrevet i nr. 120–136.

2.1. Mærkeeksklusivitet

- (138) En aftale med en konkurrenceklausul er baseret på, at køberen forpligtes eller tilskyndes til at dække praktisk talt hele sit behov på et bestemt marked ved køb hos en enkelt leverandør. Det betyder ikke, at køberen kun kan købe direkte hos leverandøren, men at køberen ikke må købe, videresælge eller anvende konkurrerende varer eller tjenester. De eventuelle konkurrencemæssige risici er afskærmning af markedet for konkurrerende og potentielle leverandører, samordning på leverandørniveau i tilfælde af kumulativ anvendelse, og hvis køberen er en detailhandler, der sælger til endelige forbrugere, manglende interbrand-konkurrence i den enkelte butik. Disse tre konkurrencebegrænsende virkninger har direkte følger for interbrand-konkurrencen.

- (139) Mærkeeksklusivitet er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, når leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 %, og forudsat at konkurrenceklausulen er begrænset til fem år. Hvis markedsandelstærsklen eller tidsbegrænsningen på fem år overskrides, anvendes følgende retningslinjer ved vurderingen af individuelle sager.

- (140) »Leverandørens markedsstilling« er af stor betydning ved vurderingen af konkurrenceklausulers eventuelle konkurrenceskadelige virkninger. I almindelighed er det leverandøren, der pålægger køberen en sådan klausul, og leverandøren har lignende aftaler med andre købere.
- (141) Det er ikke kun leverandørens markedsstilling, der er af betydning, men også konkurrenceklausulens omfang og varighed. Jo større den bundne markedsandel er, dvs. den del af markedsandelen, der sælges under mærkeeksklusivitet, og jo længere klausulen gælder, desto større afskærmning må der forventes. Konkurrenceklausuler på under et år, der indgås af ikke-dominerende virksomheder, vil normalt ikke give anledning til mærkbare konkurrence-skadelige virkninger eller negative nettovirkninger. Konkurrenceklausuler på mellem et og fem år, der aftales mellem ikke-dominerende virksomheder, kræver normalt en behørig afvejning af de konkurrencefremmende og -skadelige virkninger. I relation til de fleste typer investeringer er konkurrenceklausuler på over fem år unødvendige for at sikre påståede effektivitetsfordele, eller effektivitetsfordelene er utilstrækkelige til at opveje deres afskærmende virkning. Dominerende virksomheder må ikke pålægge køberne konkurrence-klausuler, medmindre de objektivt kan begrunde en sådan praksis inden for rammerne af artikel 82.
- (142) For at vurdere leverandørens markedsstyrke er det vigtigt at se på »konkurrenternes« markedsstilling. Så længe konkurrenterne er tilstrækkeligt talrige og stærke, kan der ikke forventes nogen mærkbare konkurrence-begrænsende virkninger. Det er kun sandsynligt, at konkurrerende leverandører vil blive afskærmet, hvis de er betydeligt mindre end den leverandør, der anvender konkurrenceklausulen. Afskærmning af konkurrenter er ikke særlig sandsynlig, hvis de har en tilsvarende markedsstilling og kan tilbyde lige så attraktive produkter. I så fald kan der dog forekomme afskærmning af potentielle nye markedsdeltagere, hvis et antal store leverandører indgår aftaler, som indeholder konkurrenceklausuler, med et stort antal købere på det relevante marked (kumulativ virkning). I denne situation kan aftaler med konkurrenceklausuler også gøre det nemmere for konkurrerende leverandører at foretage ulovlig samordning. Hvis leverandørerne individuelt er omfattet af gruppefritagelsen, kan det være nødvendigt at inddrage denne i tilfælde af sådanne negative kumulative virkninger. En bundet markedsandel på under 5 % anses normalt ikke for at bidrage væsentligt til en kumulativ afskærmende virkning.
- (143) I tilfælde, hvor den største leverandørs markedsandel er under 30 %, og de fem største leverandørers (CR5) er under 50 %, er det usandsynligt, at der vil opstå en individuel eller en kumulativ konkurrencebegrænsende virkning. Hvis en potentiel konkurrent ikke rentabelt kan trænge ind på markedet, skyldes det sandsynligvis andre faktorer end konkurrenceklausuler, såsom forbruger-præferencer. Det er usandsynligt, at der vil opstå et konkurrencemæssigt problem, når f.eks. 50 virksomheder, hvoraf ingen har nogen betydelig markedsandel, konkurrerer skarpt på et bestemt marked.
- (144) »Adgangsbarrierer« er af betydning for, at det kan fastslås, om der foreligger egentlig afskærmning. I det omfang, hvor det er forholdsvis let for konkurrerende leverandører at finde nye eller alternative købere til produktet, er afskærmning sandsynligvis ikke et reelt problem. Der er imidlertid ofte adgangsbarrierer i såvel produktions- som distributionsleddet.
- (145) »Markedsstyrke på købersiden« er relevant, da købere med en stærk stilling ikke er lette at afskære fra udbuddet af konkurrerende produkter eller tjenester. Afskærmning, der ikke er baseret på effektivitetsfordele, og som har skadelige virkninger for de endelige forbrugere, er derfor hovedsagelig en risiko, hvis køberne er spredte. Når aftaler med konkurrenceklausuler indgås med større kunder, kan dette have en kraftigt afskærmende virkning.
- (146) Endelig er »omsætningsleddet« af betydning for afskærmningen. Afskærmning er mindre sandsynlig, hvis der er tale om et mellemprodukt. Når leverandøren af et mellemprodukt ikke indtager en dominerende stilling, vil de konkurrerende leverandører stadig kunne dække en stor del af den efterspørgsel, der er »fri«. I tilfælde hvor der ikke foreligger dominans, kan der dog opstå en alvorlig afskærmende virkning for faktiske eller potentielle konkurrenter i tilfælde af en kumulativ virkning. En alvorlig kumulativ virkning er ikke sandsynlig, så længe mindre end 50 % af markedet er bundet. Når leverandøren er dominerende, vil enhver forpligtelse til kun eller fortrinsvis at købe produkter hos den dominerende leverandør let kunne have betydelige afskærmende virkninger på markedet. Jo stærkere dominans, desto større risiko for afskærmning af andre konkurrenter.
- (147) Hvis aftalen vedrører levering af færdigvarer i engrosleddet, vil spørgsmålet om, hvorvidt det er sandsynligt, at der opstår et konkurrenceproblem, hvis leverandøren ikke har en dominerende stilling, i høj grad afhænge af, hvilken type engroshandel der er tale om, og hvilke adgangsbarrierer der findes i engrosleddet. Der er ikke nogen reel afskærmningsrisiko, hvis konkurrerende producenter let kan udføre engrostransaktioner selv. Hvorvidt adgangs-barriererne er lave, afhænger til dels af, hvilken type grossistsalg der er talt om, dvs. om grossisternes virksomhed kan drives effektivt, hvis de kun handler med aftaleproduktet (f.eks. is), eller om det er mere effektivt at handle

- med et større produktsortiment (f.eks. frostvarer). I sidstnævnte tilfælde er det ikke effektivt for en producent, der kun sælger et enkelt produkt, at starte sin egen engrosvirksomhed. I så fald kan der opstå konkurrenceskadelige virkninger, selv om virksomheden ikke er dominerende. Hertil kommer, at der kan opstå problemer med hensyn til kumulative virkninger, hvis flere leverandører binder de fleste af de eksisterende grossister.
- (148) I forbindelse med færdigvarer er det normalt mere sandsynligt, at der opstår afskærmning i detailledet på grund af de betydelige adgangsbarrierer for de fleste producenter i henseende til etablering af detailforretninger til afsætning af deres egne produkter. Endvidere er det i detailledet, at aftaler med en konkurrenceklausul kan føre til nedsat interbrand-konkurrence i den enkelte butik. Af disse grunde kan der, under hensyntagen til alle andre relevante faktorer, opstå betydelige konkurrenceskadelige virkninger for færdigvarer i detailledet, hvis en ikke-dominerende leverandør binder 30 % eller mere af det relevante marked. For en dominerende virksomhed kan selv en beskednen bunden markedsandel have betydelige konkurrenceskadelige virkninger. Jo stærkere dominans, desto større risiko for afskærmning af andre konkurrenter.
- (149) Der kan også opstå kumulativ afskærmende virkning i detailledet. Når alle virksomheder har markedsandele på under 30 %, er en kumulativ afskærmningsvirkning usandsynlig, hvis den samlede bundne markedsandel er på under 40 %, i hvilket tilfælde en inddragelse af gruppefritagelsen er usandsynlig. Denne procentsats kan være højere, når man tager højde for andre faktorer, såsom antallet af konkurrenter, adgangsbarrierer mv. Når det ikke er alle virksomheder, der har markedsandele under tærsklen i gruppefritagelsesforordningen, men ingen virksomhed er dominerende, er det usandsynligt, at der opstår en kumulativ afskærmningsvirkning, hvis den samlede bundne markedsandel er på under 30 %.
- (150) Hvis køberen driver forretning fra lokaler og grunde, som leverandøren ejer eller forpagter af en tredjemand, der ikke er forbundet med køberen, begrænser det mulighederne for at træffe effektive retsmidler mod en eventuel afskærmende virkning. I så fald er det usandsynligt, at Kommissionen vil gribe ind, hvis der ikke er tale om dominans.
- (151) I nogle sektorer kan det være vanskeligt at sælge mere end ét mærke fra et enkelt forretningssted, og i så fald kan et afskærmningsproblem bedst afhjælpes ved at begrænse aftalernes faktiske løbetid.
- (152) En såkaldt »engelsk klausul«, der kræver, at køberen skal indberette ethvert bedre tilbud og kun tillader køberen at benytte sig af et sådant tilbud, hvis leverandørens tilbud er ringere, kan forventes at have samme virkning som en konkurrenceklausul, især når køberen skal angive, hvem der har afgivet det bedre tilbud. Den kan endvidere ved at forøge gennemsigtigheden på markedet lette en samordning mellem leverandører. En engelsk klausul kan også virke som en mængdeforpligtelse. En mængdeforpligtelse for køberen er en mildere form for konkurrenceklausul, hvor de incitamenter eller forpligtelser, som leverandøren og køberen har indgået aftale om, betyder, at sidstnævnte i vid udstrækning koncentrerer sine indkøb hos én leverandør. En mængdeforpligtelse kan f.eks. være en mindstekøbsforpligtelse eller en ikke-lineær prisfastsættelse, såsom mængderabatter, loyalitetsrabatter eller dobbelttariffer (fast pris plus en enhedspris). En mængdeforpligtelse for køberen vil have lignende, men mildere afskærmende virkninger end en konkurrenceklausul. Vurderingen af alle disse forskellige former afhænger af deres virkninger på markedet. Desuden afskærer artikel 82 dominerende virksomheder fra at anvende engelske klausuler eller loyalitetsrabatter.
- (153) Hvis der fastslås mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, er det et spørgsmål, om der kan indrømmes fritagelse efter artikel 81, stk. 3, hvis leverandøren ikke er dominerende. For konkurrenceklausulers vedkommende er det især effektivitetsfordelene i nr. 116, punkt 1, (frihjulspølelsen i forholdet mellem leverandører), punkt 4 (»hold up«-problemer) og punkt 7 (imperfektioner på kapitalmarkedet), der kan være relevante.
- (154) I tilfælde af effektivitetsfordele som beskrevet i nr. 116, punkt 1, 4 og 7, kan en mængdeforpligtelse for køberen eventuelt være et mindre indgribende alternativ. En konkurrenceklausul kan være den eneste måde, hvorpå man kan opnå en effektivitetsfordel som beskrevet i nr. 5 (»hold up«-problem i relation til overførslen af knowhow).
- (155) Hvis leverandøren foretager en relationsspecifik investering (jf. effektivitetsfordel 4 i nr. 116), vil en aftale med en konkurrenceklausul eller mængdeforpligtelse i investeringsens afskrivningsperiode i almindelighed opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3. I forbindelse

med store relations-specifikke investeringer kan en konkurrenceklausul på over fem år være berettiget. En relationsspecifik investering kunne f.eks. være leverandørens installering eller tilpasning af udstyr, som bagefter kun kan benyttes til produktion af komponenter til en bestemt køber. Generelle eller markeds-specifikke investeringer i (yderligere) kapacitet er normalt ikke relationsspecifikke. Når en leverandør etablerer ny kapacitet, der er specielt beregnet på en bestemt købers aktiviteter, f.eks. en producent af metaldåser, der etablerer ny kapacitet til produktion af dåser i nærheden af en levnedsmiddelproducents påfyldningsanlæg eller i disse anlæg, vil denne nye kapacitet måske kun være rentabel i forbindelse med produktion til denne bestemte køber, og i så fald betragtes investeringen som relationsspecifik.

(156) Leverandørens ydelse af et lån til køberen eller levering til køberen af udstyr, der ikke er relationsspecifikt, er normalt ikke i sig selv tilstrækkeligt til at berettige en fritagelse af en afskærmende virkning på markedet. Det vil kun være i et begrænset antal tilfælde, hvor imperfektioner på kapitalmarkedet (jf. effektivitetsfordel 7 i nr. 116) vil medføre, at leverandøren af et produkt kan yde et lån mere effektivt end en bank. Selv om leverandøren af et produkt skulle være en mere effektiv kapitalindskyder, kan et lån kun begrunde en konkurrenceklausul, hvis køberen ikke forhindres i at opsiges konkurrenceklausulen og tilbagebetale det udestående lånebeløb på et hvilket som helst tidspunkt og uden betaling af nogen form for strafrente. Dette betyder, at tilbagebetalingen af lånet skal ske i lige store eller faldende afdrag og ikke må stige i tidens løb, og at køberen skal have mulighed for at overtage det udstyr, som leverandøren har stillet til rådighed, til dets markedsverdi. Dette påvirker ikke muligheden for, f.eks. i forbindelse med et nyt salgssted, at udsætte tilbagebetalingen i et eller to år, indtil salget er nået op på et vist niveau.

(157) Overførsel af væsentlig knowhow (effektivitetsfordel 5, nr. 116) gør normalt en konkurrenceklausul berettiget i hele leveringsaftalens løbetid, som f.eks. i forbindelse med franchising.

(158) Hvis der ikke foreligger dominans, kan kombinationen af konkurrenceklausuler og eneforhandling også gøre en konkurrenceklausul, der gælder i hele aftalens løbetid, berettiget. I sidstnævnte tilfælde er det sandsynligt, at konkurrence-klausulen vil forbedre eneforhandlerens afsætningsarbejde på dennes område (jf. nr. 161–177).

(159) Eksempel på en konkurrenceklausul:

En virksomhed, der med en markedsandel på 40 % er førende på et nationalt marked for et impulsforbrugs-

gode, sælger de fleste af sine produkter (90 %) gennem bundne detailhandlere (bundet markedsandel på 36 %). Aftalerne forpligter detailhandlerne til kun at købe hos den førende virksomhed i mindst fire år. Den førende virksomhed på markedet er særlig stærkt repræsenteret i tæt befolkede områder, som f.eks. hovedstaden. Konkurrenterne – i alt ti – hvoraf nogle kun er repræsenteret lokalt, har alle meget mindre markedsandele; den største har således 12 %. Disse ti konkurrenter dækker samlet 10 % af markedet gennem bundne forretninger. Der er en stærk mærke- og produktdifferentiering på markedet. Den førende virksomhed har de stærkeste mærker og er den eneste, der regelmæssigt gennemfører nationale reklamekampanjer. Den stiller særlige opbevaringsudstyr til sit produkt til rådighed for de bundne detailhandlere.

Resultatet på markedet er, er i alt 46 % af markedet (36 % + 10 %) er lukket for potentielle nye markedsdeltagere og markedsdeltagere uden bundne forretninger. Potentielle markedsdeltagere har endnu vanskeligere ved at komme ind på markedet i tæt befolkede områder, hvor afskærmningen er endnu stærkere, selv om det er dér, de ville foretrække at etablere sig. På grund af den stærke mærke- og produktdifferentiering og de højere søgeomkostninger i forhold til produktprisen medfører den manglende interbrand-konkurrence i den enkelte butik et yderligere velfærdstab for forbrugerne. De mulige effektivitetsfordele, forbundet med forretningseksklusivitet, som markedslederen påstår er resultatet af reducerede transportomkostninger og et eventuelt »hold up«-problem vedrørende opbevaringsudstyret, er begrænsede og opvejer ikke de negative virkninger på konkurrencen. Effektivitetsfordelene er begrænsede, da transportomkostningerne er knyttet til mængden og ikke eksklusiviteten, og da opbevaringsudstyret ikke indebærer særlig knowhow og ikke er markesspecifikke. Det er derfor ikke sandsynligt, at betingelserne for fritagelse er opfyldt.

(160) Eksempel på mængdeforpligtelse:

En producent X med en markedsandel på 40 % sælger 80 % af sine produkter gennem kontrakter, der præciserer, at videresælgeren skal dække mindst 75 % af sit behov for det pågældende produkt ved køb hos X. Til gengæld tilbyder X finansiering og udstyr på gunstige vilkår. Kontrakterne har en varighed på fem år, i løbet af hvilke lånet skal tilbagebetales i lige store afdrag. Efter de første to år har køberne dog mulighed for at opsiges kontrakten med seks måneders varsel, hvis de tilbagebetaler det udestående beløb, og overtage

udstyret til dets markedsværdi. Ved udløbet af femårsperioden overgår ejendomsretten til udstyret til køberen. De fleste af de konkurrerende producenter er små — i alt tolv — hvor den største har en markedsandel på 20 % og indgår tilsvarende kontrakter af forskellig varighed. Producenter med markedsandele på under 10 % har ofte kontrakter af længere varighed og med mindre gunstige opsigelsesbetingelser. Producent X's kontrakter giver køberen mulighed for frit at indkøbe 25 % hos konkurrenterne. I de sidste tre år har to nye producenter etableret sig på markedet og opnået en samlet markedsandel på ca. 8 %, til dels ved at overtage en række forhandleres lån til gengæld for kontrakter med disse forhandlere.

Producent X's bundne markedsandel er på 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). De øvrige producenters bundne markedsandel er på ca. 25 %. I alt ca. 49 % af markedet er derfor lukket for potentielle nye markedsdeltagere og markedsdeltagere uden bundne forretninger i hvert fald i leveringskontrakternes to første år. Markedet viser, at forhandlerne ofte har vanskeligt ved at optage lån hos bankerne og generelt er for små til at skaffe sig kapital på anden måde, f.eks. ved aktieudstedelse. Producent X er desuden i stand til at påvise, at han bedre kan planlægge sin afsætning og spare transportomkostninger, når han koncentrerer sin afsætning på et begrænset antal forhandlere. I betragtning af at 25 % af producent X's kontrakter ikke er bundet, at der reelt er mulighed for at opsiges kontrakten, at der for nylig er kommet nye producenter på markedet, og at ca. halvdelen af forhandlerne ikke er bundet, er det sandsynligt, at producent X's mængdeforpligtelse på 75 % opfylder fritagelsesbetingelserne.

2.2. Eneforhandling

- (161) Ved en eneforhandlingsaftale indgår leverandøren på kun at sælge sine produkter til én forhandler med henblik på videresalg i et bestemt område. Samtidig begrænses normalt forhandlerens mulighed for aktivt salg i andre eneforhandlingsområder. De mulige konkurrencerisici er navnlig reduceret intrabrand-konkurrence og markedsafskærmning, hvilket kan fremme især prisdiskrimination. Når de fleste eller alle leverandører anvender eneforhandling, kan det lette samordning både på leverandør- og forhandlerniveau.

- (162) Eneforhandlingsaftaler er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, når leverandørens markedsandel ikke

overstiger 30 %, selv om de kombineres med andre ikke-alvorlige vertikale begrænsninger, såsom en femårig konkurrenceklausul, mængdeforpligtelser eller eksklusivt køb. En kombination af eneforhandling og selektiv distribution er kun fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, hvis aktivt salg i andre områder ikke begrænses. Når markedsandelstærsklen på 30 % er overskredet, gælder følgende retningslinjer for vurderingen af ene-forhandlings-aftaler i konkrete sager.

- (163) Leverandørens og konkurrenternes markedsstilling er af stor betydning, da den manglende intrabrand-konkurrence kun er problematisk, hvis interbrand-konkurrencen er begrænset. Jo stærkere »leverandørens stilling« er, desto mere alvorlig er tabet af intrabrand-konkurrence. Over markedsandelstærsklen på 30 % kan der være en risiko for en betydelig reduktion af intrabrand-konkurrencen. For at kunne fritages skal tabet af intrabrand-konkurrence opvejes af reelle effektivitetsfordele.

- (164) »Konkurrenternes stilling« kan have betydning i to henseender. Stærke konkurrenter betyder i almindelighed, at reduktionen af intrabrand-konkurrencen kan opvejes af en tilstrækkelig interbrand-konkurrence. Hvis der imidlertid er forholdsvis få konkurrenter, og de stort set har samme markedsstilling, når det gælder markedsandel, kapacitet og distributionsnet, er der risiko for samordning. Tabet af intrabrand-konkurrence kan øge denne risiko, især når flere leverandører anvender de samme distributionssystemer. Eneforhandling af flere mærker, dvs. når forskellige leverandører udpeger den samme eneforhandler i et givet område, kan yderligere øge risikoen for samordning. Hvis en forhandler tildeles eneret til at forhandle et eller flere vigtige konkurrerende produkter i samme område, er det sandsynligt, at interbrand-konkurrencen for disse mærker vil blive reduceret væsentligt. Jo højere den kumulative markedsandel for de mærker, denne forhandler sælger, er, jo større er risikoen for ulovlig samordning, og jo mindre interbrand-konkurrence vil der være. Sådanne kumulative virkninger kan være en grund til at inddrage gruppefritagelsen, når leverandørernes markedsandele ligger under tærsklen i gruppefritagelsen.

- (165) »Adgangsbarrierer«, der kan hindre leverandørerne i at etablere nye eller finde alternative forhandlere, er af mindre betydning for vurderingen af eneforhandlings eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. Markedet vil ikke blive afskærmet for andre leverandører, så længe eneforhandlingen ikke kombineres med mærkeeksklusivitet.

- (166) Afskærmning for andre forhandlere er ikke noget problem, når den leverandør, der står for eneforhandlingsystemet, udpeger et stort antal eneforhandlere på det samme marked, og disse eneforhandlers salg til andre forhandlere ikke begrænses. Afskærmning for andre ikke-godkendte forhandlere kan dog være et problem i tilfælde af »købermagt« og i de efterfølgende omsætningsled, navnlig i tilfælde af meget store områder, hvor eneforhandleren bliver den eneste køber på et helt marked. Som eksempel herpå kan nævnes en supermarkeds kæde, der bliver den eneste forhandler af et førende mærke på det nationale fødevarerdetailmarked. Markedsafskærmningen for andre forhandlere kan blive yderligere styrket, hvis der er tale om eneforhandling af flere mærker. Selv om et sådant tilfælde er omfattet af gruppefritagelsen, når hver leverandørs markedsandel er på under 30 %, kan det give anledning til inddragelse af gruppefritagelsen.
- (167) »Købermagt« kan også øge risikoen for samordning på købersiden, når store købere, eventuelt etableret i forskellige områder, påtvinger en eller flere leverandører eneforhandlingsaftaler.
- (168) »Markedets modningsgrad« er af betydning, eftersom tab af intrabrand-konkurrence og prisdiskriminering kan være et alvorligt problem på et modent marked, men mindre relevant på et marked med stigende efterspørgsel, skiftende teknologier og skiftende markedsstillinger.
- (169) »Omsætningsleddet« er af betydning, da de mulige negative virkninger kan være forskellige på engros- og detailniveau. Eneforhandling anvendes hovedsagelig inden for distribution af færdigvarer og tjenester. Tab af intrabrand-konkurrence er især sandsynlig på detailniveau, hvis der er tale om store områder, da de endelige forbrugere kan blive stillet over for meget få muligheder for at vælge mellem en forhandler med høje priser/højt serviceniveau og en forhandler med lave priser/lavt serviceniveau for et stort mærkes vedkommende.
- (170) Når en producent vælger en grossist som eneforhandler, vil det normalt være for et stort område, f.eks. en hel medlemsstat. Så længe grossisten kan sælge produktet uden begrænsninger til detailhandlere i de efterfølgende led, er det usandsynligt, at der er tale om mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, hvis producenten ikke har en dominerende stilling. Et eventuelt tab af intrabrand-konkurrence på grossistniveau kan let opvejes af effektivitetsfordele inden for logistik, salgsfremme osv., især når producenten er etableret i et andet land. Markedet vil sandsynligvis ikke blive afskærmet for andre grossister på det pågældende område, da en leverandør med en markedsandel på over 30 % normalt har tilstrækkelig forhandlingsstyrke til ikke at vælge en mindre effektiv grossist. De mulige risici for interbrand-konkurrencen i forbindelse med eneforhandling af flere mærker er imidlertid større på grossistniveau end på detailniveau.
- (171) En kombination af eneforhandling og mærkeeksklusivitet kan forværre afskærmningen af markedet for andre leverandører, især hvis der findes et tæt net af eneforhandlere med små områder, eller i tilfælde af en kumulativ virkning. Dette kan gøre det nødvendigt at anvende de principper, der er nævnt ovenfor i forbindelse med mærkeeksklusivitet. Hvis kombinationen af eneforhandling og mærkeeksklusivitet ikke fører til nogen væsentlig afskærmning, kan den være konkurrencefremmende, idet den kan øge eneforhandlerens incitament til at koncentrere sin indsats om netop dette mærke. Hvis der ikke er tale om nogen afskærmende virkning, vil kombinationen af eneforhandling og en konkurrenceklausul kunne fritages i hele aftalens løbetid, især på grossistniveau.
- (172) En kombination af eneforhandling og eksklusive købsaftaler øger de mulige konkurrencerisici i form af formindsket intrabrand-konkurrence og markedsopdeling, hvilket især kan fremme prisdiskriminering. Eneforhandling begrænser i forvejen kundernes arbitragemuligheder, da det begrænser antallet af forhandlere og normalt også deres muligheder for aktivt salg. Eksklusive købsaftaler, der kræver, at eneforhandlerne skal foretage deres indkøb af det pågældende mærke direkte hos producenten, fjerner desuden eneforhandlerens arbitragemuligheder, idet de forhindres i at købe hos andre leverandører i systemet. Dette fremmer leverandørens muligheder for at begrænse intrabrand-konkurrencen og anvende forskellige salgsbetingelser. Det er derfor usandsynligt, at en kombination af eneforhandling og eksklusive købsaftaler kan fritages, hvis leverandørerne har en markedsandel på over 30 %, medmindre det indebærer meget klare og betydelige effektivitetsfordele, som fører til lavere priser for alle endelige forbrugere. Hvis ikke der forekommer sådanne effektivitetsfordele, kan det også føre til inddragelse af gruppefritagelsen, når leverandørens markedsandel er på under 30 %.
- (173) »Produkttypen« er ikke særlig relevant for vurderingen af eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med eneforhandling. Men den er relevant, når man drøfter spørgsmålet om de mulige effektivitetsfordele, dvs. når der er konstateret en mærkbar konkurrencebegrænsning.
- (174) Eneforhandling kan indebære effektivitetsfordele, især når det kræves, at forhandlerne foretager investeringer for at beskytte eller opbygge mærkets omdømme.

Generelt er effektivitetsfordelene størst for nye produkter, komplekse produkter, produkter, hvis kvalitet vanskeligt kan vurderes før forbrug (de såkaldte oplevelsesprodukter), eller hvis kvalitet vanskeligt kan bedømmes selv efter forbrug (de såkaldte tillidsprodukter). Endvidere kan eneforhandling føre til logistikbesparelser som følge af stordriftsfordele på transport og distributionsområdet.

(175) Eksempel på eneforhandling på grossistniveau:

På markedet for et varigt forbrugsgode er A den førende virksomhed. A sælger sit produkt gennem eneforhandlere (grossister). Grossisternes områder er enten hele medlemsstaten for de små medlemsstater vedkommende og til en region i de store medlemsstater. Grossisterne står for salget til alle detailhandlere i deres område, men sælger ikke til de endelige forbrugere. De står også for salgsfremme på deres markeder. Dette omfatter sponsorering af lokale begivenheder, men også oplysning om og fremme af nye produkter over for detailhandlerne i deres områder. Teknologi- og produktinnovation udvikler sig forholdsvis hurtigt på dette marked, og førsalgsservice over for detailhandlere og endelige forbrugere spiller en afgørende rolle. Grossisterne er ikke forpligtede til at dække hele deres behov for leverandør A's mærke ved køb hos denne, og grossisterne og detailhandlerne har arbitragemuligheder, fordi transport-omkostningerne er forholdsvis lave i forhold til produktets værdi. Grossisterne er heller ikke underlagt en konkurrenceklausul. Detailhandlerne sælger også en række mærker fra konkurrerende leverandører, og der er ingen eksklusive eller selektive distributionsaftaler på detailniveau. På det europæiske marked for salg til grossister har A en markedsandel på ca. 50 %. A's markedsandel på de forskellige nationale detailmarkeder svinger mellem 40 % og 60 %. A har mellem seks og ti konkurrenter på hvert nationalt marked; B, C og D er de største konkurrenter og er også repræsenteret på hvert nationalt marked med markedsandele på mellem 20 % og 5 %. De øvrige producenter er nationale producenter med mindre markedsandele. B, C og D har lignende distributionsnet, mens de lokale producenter fortrinsvis sælger deres produkter direkte til detailhandlerne.

På markedet for engrossalg, som beskrevet ovenfor, er risikoen for nedsat intrabrand-konkurrence og prisdiskriminering lav. Der er arbitragemuligheder, og manglende intrabrand-konkurrence er ikke særlig relevant på grossistniveau. På detailniveau er der hverken hindringer for intra- eller interbrand-konkurrencen. Endvidere er interbrand-konkurrencen stort set upåvirket af eneforhandlingsaftaler i grossistledet. Dette gør det sandsynligt, at betingelserne for fritagelse

er opfyldt, i fald der måtte foreligge konkurrencebegrænsende virkninger.

(176) Eksempel på eneforhandling af flere mærker på et oligopolistisk marked:

På et nationalt marked for et færdigprodukt er der fire førende virksomheder, som hver har en markedsandel på ca. 20 %. Disse fire virksomheder sælger deres produkt gennem eneforhandlere (detailhandlere). Detailhandlerne tildeles et område på eksklusivbasis, der svarer til den by, hvor de er etableret, eller et område af byen for større byers vedkommende. I de fleste områder vil de fire virksomheder udpege den samme eksklusive detailhandler (eneforhandling af flere mærker), der ofte er centralt beliggende og forholdsvis specialiseret i produktet. De resterende 20 % af det nationale marked består af små lokale producenter, og den største af disse har en markedsandel på 5 % af det nationale marked. Disse lokale producenter sælger i almindelighed deres produkter gennem andre detailhandlere, især fordi de fire største leverandørers eneforhandlere normalt udviser ringe interesse for at sælge mindre kendte og billigere mærker. Der er en stærkt mærke- og produktdifferentiering på markedet. De fire førende virksomheder gennemfører store nationale reklamekampagner og sørger for et stærkt image for deres mærke, mens de små producenter ikke reklamerer for deres produkter på nationalt plan. Markedet er forholdsvis modent med en stabil efterspørgsel og ingen væsentlige produkt- eller teknologiinnovationer. Produktet er ret enkelt.

På et sådant oligopolistisk marked er der risiko for samordning mellem de fire førende virksomheder. Risikoen forøges ved eneforhandling af flere mærker. Intrabrand-konkurrencen begrænses af områdeeksklusiviteten. Konkurrencen mellem de fire førende mærker reduceres i detailledet, da én forhandler fastsætter prisen for alle fire mærker i hvert område. Eneforhandling af flere mærker betyder, at detailhandleren, hvis én producent sætter prisen ned på sit mærke, ikke vil være interesseret i at lade dette prisfald komme den endelige forbruger til gode, da det ville reducere dennes salg og fortjeneste i relation til de andre mærker. Producenterne har derfor kun ringe interesse i at konkurrere med hinanden på prisen. Interbrand-priskonkurrence findes hovedsagelig inden for de varer med et svagt image, som de små producenter fremstiller. De eventuelle effektivitetsfordele for (fælles) eneforhandlere i detailledet er begrænsede, da produktet er forholdsvis enkelt, og videresalget ikke kræver særlige investeringer eller uddannelse, og reklametiltag fortrinsvis gennemføres af producenterne.

Selv om hver af de førende virksomheder har en markedsandel under tærsklen, kan fritagelse efter artikel 81, stk. 3, være uberettiget, og det kan være nødvendigt at inddrage gruppefritagelsen.

- (177) Eksempel på eneforhandling kombineret med en eksklusiv købsaftale:

Producent A er den førende virksomhed på det europæiske marked for et voluminøst varigt forbrugsgode og har en markedsandel på mellem 40 % og 60 % på de fleste nationale detailmarkeder. I hver medlemsstat har A omkring syv konkurrenter med meget mindre markedsandele; den største konkurrent har en markedsandel på 10 %. Disse konkurrenter er kun repræsenteret på et eller to nationale markeder. A sælger sit produkt gennem sine nationale datterselskaber til detailhandlere med eneforhandling, som ikke har ret til at sælge aktivt ind i hinandens områder. Desuden er detailhandlerne forpligtede til udelukkende at købe producent A's produkter hos dennes nationale datterselskaber. De detailhandlere, der sælger producent A's mærke, er de største forhandlere af den pågældende produkttype i deres område. De forhandler konkurrerende mærker, men med varierende grad af succes og interesse. A arbejder med prisforskelle mellem markederne på 10–15 % og mindre forskelle på de enkelte markeder. Det omsættes til mindre prisforskelle i detailledet. Markedet er forholdsvis stabilt på udbuds- og efterspørgselssiden, og der er ingen betydelige teknologiske ændringer.

På disse markeder er tabet af intrabrand-konkurrence ikke kun en følge af geografisk eksklusivitet i detailledet, men skærpes på grund af den eksklusive købsforpligtelse, der pålægges detailhandlerne. Denne forpligtelse bidrager til at holde markeder og områder adskilte ved at fjerne mulighederne for arbitrage mellem eneforhandlerne. De eksklusive detailhandlere kan endvidere ikke sælge aktivt i hinandens områder, og i praksis er der en tendens til, at de undgår at levere uden for deres eget område. Dette muliggør prisdiskriminering. Forbrugernes og de selvstændige handlendes arbitragemuligheder er begrænsede på grund af produktets karakter.

Det er usandsynligt, at ordningens påståede effektivitetsfordele, der relaterer til detailhandlerne stordriftsfordele på transport- og salgsfremmeområdet, kan opveje den negative virkning af prisdiskriminering og nedsat intrabrand-konkurrence. Det er derfor ikke sandsynligt, at betingelserne for fritagelse er opfyldt.

2.3. **Eksklusiv kundetildeling**

- (178) I en aftale om eksklusiv kundetildeling indgår leverandøren på kun at sælge sine produkter til én forhandler med henblik på videresalg til en bestemt kundegruppe. Samtidig er forhandleren normalt pålagt begrænsninger med hensyn til aktivt salg til andre eksklusivt

tildelte kundegrupper. De eventuelle konkurrencemæssige risici består hovedsagelig i nedsat intrabrand-konkurrence og markedsopdeling, der kan lette især prisdiskriminering. Når de fleste eller alle leverandører anvender eksklusiv kundetildeling, kan det fremme samordning på såvel leverandør- som forhandlerniveau.

- (179) Eksklusiv kundetildeling er fritaget efter gruppefritagelsen, hvis leverandørens markedsandel ikke overstiger tærsklen på 30 %, selv om tildelingen kombineres med andre ikke-alvorlige vertikale begrænsninger, såsom en konkurrence-klausul, mængdeforpligtelser eller en eksklusiv købsaftale. En kombination af eksklusiv kundetildeling og selektiv distribution udgør normalt en alvorlig begrænsning, da de anerkendte forhandlere hindres i aktivt salg til de endelige forbrugere. Hvis tærsklen på 30 % er overskredet, gælder retningslinjerne i nr. 161–177 om eneforhandling for vurderingen af eksklusiv kundetildeling, dog med forbehold af følgende særlige bemærkninger.

- (180) Tildeling af kunder giver normalt kunderne færre arbitragemuligheder. Da hver af de anerkendte forhandlere har sin egen kundegruppe, kan det være vanskeligt for andre forhandlere at skaffe produktet. Dette vil reducere sidstnævnte forhandleres arbitragemuligheder. Derfor er det usandsynligt, at eksklusiv kundetildeling vil kunne fritages, hvis gruppefritagelsesforordningens markedsandelstærskel på 30 % er overskredet, medmindre der foreligger klare og mærkbare effektivitetsfordele.

- (181) Eksklusiv kundetildeling anvendes hovedsagelig for mellemprodukter og i engrosledet, når der er tale om færdigvarer, hvor man kan identificere kundegruppe med forskellige særlige krav i relation til produktet.

- (182) Eksklusiv kundetildeling kan indebære effektivitetsfordele, især hvis det kræves, at forhandlerne foretager investeringer i f.eks. særligt udstyr, uddannelse eller knowhow med henblik på at tilpasse sig deres kundegrupes krav. Investeringernes afskrivningsperiode giver et fingerpeg om de eksklusive kundetildelingsaftalers berettigede varighed. Generelt er effektivitetsfordelene størst for nye produkter, komplekse produkter og produkter, der kræver tilpasning til den enkelte forbrugers behov. Identifierbare differentierede behov er mere sandsynlige for mellemprodukter, dvs. produkter, der sælges til forskellige kategorier af professionelle købere. Tildeling af endelige forbrugere vil antageligt ikke medføre nogen effektivitetsfordele og vil sandsynligvis derfor ikke kunne fritages.

(183) Eksempel på eksklusiv kundetildeling:

En virksomhed har udviklet et avanceret sprinkleranlæg. Virksomheden har på nuværende tidspunkt en markedsandel på 40 % af markedet for sprinkleranlæg. Da virksomheden startede sit salg af den avancerede sprinkler, havde den en markedsandel på 20 % med et ældre produkt. Installationen af den nye sprinklertype er afhængig af den type bygning, den installeres i, og af bygningens anvendelse (kontor, kemisk fabrik, hospital osv.). Virksomheden udpegede en række forhandlere til at sælge og installere sprinkleranlægget. Hver forhandler skulle uddanne sine ansatte, så de fik kendskab til de generelle og særlige krav til installation af sprinkleren for en given kundegruppe. For at sikre at forhandlerne specialiserede sig, gav virksomheden hver forhandler eneret til en given kundegruppe og forbød dem at foretage aktivt salg til de andres eksklusivt tildelte kundegrupper. Efter fem år vil alle eneforhandlerne kunne sælge aktivt til alle kundegrupper, og dermed ophører den eksklusive tildelingsordning. Leverandøren kan derefter også sælge til nye forhandlere. Markedet er ret dynamisk med to nye markedsdeltagere og en række teknologiske fremskridt. Konkurrenter med markedsandele på mellem 25 % og 5 % er også i færd med at opgradere deres produkter.

I betragtning af, at eneretten er af begrænset varighed og bidrager til at sikre, at forhandlerne kan forrente deres investeringer og i første omgang koncentrere deres salgsarbejde om en bestemt kundegruppe og dermed få kendskab til fagområdet, og de mulige konkurrenceskadelige virkninger er begrænsede på et dynamisk marked, vil betingelserne for fritagelse sandsynligvis være opfyldt.

2.4. *Selektiv distribution*

- (184) Ligesom eneforhandlingsaftaler begrænser selektive distributionsaftaler dels antallet af anerkendte forhandlere, dels mulighederne for videresalg. Forskellen i forhold til eneforhandlingsaftaler består i, at begrænsningen af antallet af forhandlere ikke sker ud fra antallet af områder, men derimod ud fra udvælgelseskriterier, der i første række er knyttet til produktets art. En anden forskel består i, at begrænsningen med hensyn til videresalg ikke er en begrænsning i det aktive salg til et område, men en begrænsning i salget til forhandlere, der ikke er godkendt, således at der kun må sælges til godkendte forhandlere og de endelige forbrugere. Selektiv distribution anvendes næsten altid til distribution af færdige mærkeprodukter.

- (185) De mulige konkurrencerisici består i en reduktion af intrabrand-konkurrencen og, især når kumulative virkninger spiller ind, udelukkelse af bestemte typer forhandlere og lettere adgang til samordning mellem leverandører eller købere. Ved vurderingen efter artikel 81, stk. 1, af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger af selektiv distribution må der sondres mellem rent kvalitativ selektiv distribution og kvantitativ selektiv distribution. Ved rent kvalitativ selektiv distribution udvælges forhandlerne udelukkende på grundlag af objektive kriterier, der er nødvendige som følge af produkternes egenskaber, som f.eks. salgspersonalets uddannelse, service i forretningen, et vist produktsortiment i forretningen osv.⁽¹⁾ Anvendelse af sådanne kriterier medfører ikke direkte nogen reduktion i antallet af forhandlere. Rent kvalitativ selektiv distribution anses normalt ikke for at falde ind under artikel 81, stk. 1, fordi der ikke er tale om konkurrencebegrænsende virkninger, forudsat at følgende tre betingelser er opfyldt. For det første skal produktets egenskaber nødvendiggøre anvendelsen af selektiv distribution, i den forstand at et sådant system skal være berettiget i lyset af det pågældende produkts egenskaber for at bevare dets kvalitet og sikre, at det anvendes hensigtsmæssigt. For det andet skal forhandlerne udvælges på grundlag af objektive, kvalitative kriterier, der fastsættes ensartet for alle potentielle forhandlere og anvendes uden forskelsbehandling. For det tredje må de fastlagte kriterier ikke strække sig ud over det, der er nødvendigt⁽²⁾. Ved kvantitativ selektiv distribution tilføjes yderligere udvælgelseskriterier, der mere direkte begrænser det potentielle antal forhandlere, f.eks. gennem minimums- eller maksimumskrav vedrørende salget, fastsættelse af antallet af forhandlere, osv.

- (186) Kvalitativ og kvantitativ selektiv distribution er omfattet af gruppefritagelsen, når markedsandelen på 30 % ikke overskrides, selv om den kombineres med andre ikke-almvorlige vertikale begrænsninger, såsom konkurrenceklausuler eller eneforhandling, forudsat at de anerkendte forhandleres aktive salg til hinanden og til de endelige forbrugere ikke begrænses. Selektiv distribution er omfattet af gruppefritagelsen uanset produktets egenskaber. Hvis produktets egenskaber ikke kræver selektiv distribution, vil et sådant distribu-

⁽¹⁾ Jf. f.eks. sag T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc mod Kommissionen, Sml. 1996, s. II-1961.

⁽²⁾ Jf. sag 31/80, L'Oreal, Sml. 1980, s. 3775, præmis 15 og 16, sag 26/76, Metro I, Sml. 1977, s. 1875, præmis 20 og 21, sag 107/82, AEG, Sml. 1983, s. 3151, præmis 35, og sag T-19/91, Vichy mod Kommissionen, Sml. 1992, s. II-415, præmis 65.

tionssystem dog normalt ikke have tilstrækkelige effektivitetsfremmende virkninger til, at det kan opveje en væsentlig reduktion af intrabrand-konkurrencen. Hvis der opstår mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget. Desuden kan følgende retningslinjer anvendes ved vurdering af selektiv distribution i konkrete tilfælde, der er ikke omfattet af gruppefritagelsen, eller i tilfælde af en kumulativ virkning af parallelle selektive distributionsnet.

(187) »Leverandørens og hans konkurrenters markedsstilling« har afgørende betydning for vurderingen af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger, da tabet af intrabrand-konkurrence kun er problematisk, hvis interbrand-konkurrencen er begrænset. Jo stærkere leverandørens stilling er, desto mere problematisk er den manglende intrabrand-konkurrence. En anden vigtig faktor er antallet af selektive distributionsnet på det samme marked. Hvis selektiv distribution kun anvendes af én leverandør på markedet, der ikke har en dominerende stilling, skaber kvantitativ selektiv distribution normalt ikke negative nettovirkninger, forudsat at aftalevarernes egenskaber kræver, at der anvendes et selektivt distributionssystem, og at de anvendte udvælgelseskriterier er nødvendige for at sikre effektiv distribution af de pågældende varer. I praksis ser det dog ud til, at selektiv distribution ofte anvendes af flere leverandører på et givet marked.

(188) Konkurrenternes stilling kan spille ind i to henseender og har navnlig betydning i tilfælde af en kumulativ virkning. Hvis konkurrenterne er stærke, vil det normalt betyde, at begrænsningen af intrabrand-konkurrencen let opvejes af en tilstrækkelig interbrand-konkurrence. Når flertallet af de førende leverandører benytter selektiv distribution, vil der ske en betydelig reduktion af intrabrand-konkurrencen og eventuelt en afskærmning af markedet for visse typer forhandlere samt være risiko for en forøget samordning mellem disse større leverandører. Risikoen for afskærmning af markedet for mere effektive forhandlere har altid været større ved selektiv distribution end ved eneforhandling på grund af begrænsningerne i salget til ikke-godkendte forhandlere. Formålet hermed er at gøre selektive distributionssystemer lukkede og gøre det umuligt for ikke-godkendte forhandlere uden for systemet at skaffe leverancer. Selektiv distribution er særlig velegnet til at undgå, at lavprisforhandlere presser fabrikantens og de anerkendte forhandleres avancer.

(189) I tilfælde hvor gruppefritagelsen finder anvendelse på individuelle selektive distributionsnet, kan man

overveje at inddrage gruppefritagelsen eller gøre den uanvendelig i tilfælde af kumulative virkninger. Det er dog usandsynligt, at et sådant problem vil opstå, når den andel af markedet, som dækkes af den selektive distribution, er under 50 %. Det er heller ikke sandsynligt, at der vil opstå et sådant problem, når markedsdækningen overstiger 50 %, men de fem største leverandørers (CR5) samlede markedsandel er på under 50 %. Når både CR5 og selektiv distributions dækker mere end 50 % af markedet, kan vurderingen variere afhængigt af, om alle de fem største leverandører benytter selektiv distribution. Jo stærkere stilling de konkurrenter, der ikke anvender selektiv distribution, indtager, jo mindre sandsynligt vil det være, at markedet afskærmes for andre forhandlere. Hvis alle de fem største leverandører anvender selektiv distribution, kan der især opstå konkurrencemæssige problemer med hensyn til de aftaler, der anvender kvantitative udvælgelseskriterier ved direkte at begrænse antallet af godkendte forhandlere. Det er i almindelighed usandsynligt, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, er opfyldt, hvis de pågældende selektive distributions-systemer forhindrer, at nye forhandlere, der kan sælge de pågældende produkter på forsvarlig vis, især lavprisforhandlere, får adgang til markedet, da dette begrænser distributionen til fordel for visse eksisterende kanaler til skade for de endelige forbrugere. Ved mere indirekte former for kvantitativ selektiv distribution, f.eks. som følge af en kombination af rent kvalitative udvælgelseskriterier og et krav til forhandlerne om årligt at aftage produkter for et minimumsbeløb, er det mindre sandsynligt, at der vil opstå negative nettovirkninger, hvis et sådant beløb ikke udgør en væsentlig del af forhandlerens samlede omsætning, opnået inden for den pågældende produkttype og ikke er mere vidtgående end nødvendigt for, at leverandøren kan få dækket sine relationsspecifikke investeringer og/eller opnå distributionsmæssige stordriftsfordele. Med hensyn til leverandørens individuelle bidrag vil en leverandørs markedsandel på under 5 % normalt ikke blive anset for at bidrage væsentligt til en kumulativ virkning.

(190) »Adgangsbarrierer« er hovedsagelig af interesse i de tilfælde, hvor markedet afskærmes for forhandlere, der ikke er godkendt. I almindelighed vil adgangsbarriererne være betydelige, da selektiv distribution normalt anvendes af mærkevarereproducenter. Det vil generelt kræve tid og betydelige investeringer for detailhandlere, der ikke deltager i systemet, selv at lancere mærkevarer eller skaffe sig konkurrencedygtige leverancer andetsteds.

(191) »Købermagt« kan øge risikoen for samordning mellem forhandlerne og dermed betyde en væsentlig ændring i analysen af selektive distributionssystemers eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. Afskærmning af markedet i forhold til mere effektive detailhandlere kan især forekomme, når en stærk forhandlerorganisation pålægger leverandøren udvælgelseskriterier, der tager sigte på at begrænse distributionen til medlemmernes fordel.

- (192) I gruppefritagelsesforordningens artikel 5, litra c), er det fastsat, at leverandøren ikke må pålægge de godkendte forhandlere en direkte eller indirekte forpligtelse til at undlade at sælge bestemte konkurrerende leverandørers mærker. Denne betingelse tager specielt sigte på at undgå horisontal samordning mellem de førende leverandører om at udelukke bestemte mærker ved at oprette en selektiv mærkevareklub. Denne form for forpligtelse vil sandsynligvis ikke kunne fritages, når CR5 er lig med eller overstiger 50 %, medmindre ingen af de leverandører, der anvender en sådan forpligtelse, hører til de fem største leverandører på markedet.
- (193) Udelukkelse af andre leverandører er normalt ikke et problem, så længe andre leverandører kan benytte de samme forhandlere, dvs. så længe det selektive distributionssystem ikke kombineres med mærkeeksklusivitet. Hvis nettet af godkendte forhandlere er finmasket, eller hvis der er tale om en kumulativ virkning, kan en kombination af selektiv distribution og en konkurrenceklausul indebære en risiko for, at andre leverandører afskæres fra markedet. I så fald gælder ovennævnte principper for mærkeeksklusivitet. Når selektiv distribution ikke kombineres med en konkurrenceklausul, kan afskærmning af markedet for konkurrerende leverandører stadig være et problem, hvis de førende leverandører ikke blot anvender rent kvalitative udvælgelseskriterier, men også pålægger deres forhandlere en række yderligere betingelser, såsom en forpligtelse til at reservere et minimum af hyldeplads til deres produkter eller at sikre, at forhandlerens salg af deres produkter udgør en minimumsprocentandel af hans samlede omsætning. Et sådant problem vil sandsynligvis ikke opstå, hvis selektiv distribution dækker mindre end 50 % af markedet, eller, såfremt denne andel overskrides, hvis de fem største leverandørers markedsandel er på under 50 %.
- (194) »Markedets modningsgrad« har betydning, fordi tab af intrabrand-konkurrence og risikoen for afskærmning af markedet for leverandører eller forhandlere kan skabe alvorlige problemer på et modent marked, men ikke spiller så stor en rolle på et marked præget af vækst i efterspørgslen, teknologisk udvikling og skiftende markedsstillinger.
- (195) Selektiv distribution kan medføre effektivitetsfordele, når det fører til besparelser i relation til logistikomkostninger på grund af stordriftsfordele på transportområdet, hvilket kan forekomme anset produktets egenskaber (effektivitetsfordel 6). Dette udgør dog normalt kun en beskedent effektivitetsfordel ved selektiv distribution. Produktets egenskaber spiller en væsentlig rolle, når det drejer sig om at løse et frihjulsproblem mellem forhandlerne (effektivitetsfordel 1) eller at skabe et mærkeimage (effektivitetsfordel 8). Dette er især tilfældet med nye produkter, komplekse produkter, produkter, hvis kvalitet vanskeligt kan bedømmes før forbrug (de såkaldte »erfæringsprodukter«), eller hvis kvalitet vanskeligt kan bedømmes selv efter forbruget (de såkaldte »tillidsprodukter«). Kombinationen af selektiv distribution og eneforhandling vil sandsynligvis indebære en overtrædelse af artikel 81, hvis den anvendes af en leverandør, hvis markedsandel overstiger 30 % eller i tilfælde af kumulative virkninger, selv om der fortsat er mulighed for aktivt salg mellem områderne. En sådan kombination kan i ekstraordinære tilfælde opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, hvis den er nødvendig for at beskytte betydelige og relationsspecifikke investeringer, som de anerkendte forhandlere har foretaget (effektivitetsfordel 4, nr. 116).
- (196) For at sikre at den mindst konkurrencebegrænsende løsning vælges, må det vurderes, om de samme effektivitetsfordele kan opnås med tilsvarende omkostninger ved f.eks. kun at stille servicekrav.
- (197) Eksempel på kvantitativ selektiv distribution:
- På et marked for varige forbrugsgoder sælger producenten af det førende mærke (mærke A), der har en markedsandel på 35 %, sit produkt til de endelige forbrugere gennem et selektivt distributionsnet. Der er opstillet flere kriterier for optagelse i dette net: butikken skal have specialuddannet personale og yde førsalgsservice, en bestemt del af butikken skal være forbeholdt salg af produktet og tilsvarende high tech-produkter, og butikken skal sælge et bredt udsnit af leverandørens produkter og præsentere dem på en attraktiv måde. Desuden begrænses antallet af godkendte forhandlere i nettet direkte gennem fastsættelsen af et loft over antallet af detailhandlere på grundlag af antallet af indbyggere i hver region eller i hvert byområde. Producent A har seks konkurrenter på dette marked. Producentens største konkurrenter, B, C og D, har markedsandele på henholdsvis 25, 15 og 10 %, mens de øvrige producenter har lavere markedsandele. A er den eneste af producenterne, der benytter selektiv distribution. A's selektive forhandlere fører altid et par konkurrerende mærker. Konkurrerende mærker sælges imidlertid også i vid udstrækning i butikker, der ikke deltager i A's selektive distributionsnet. Der er tale om forskellige distributionskanaler: f.eks. sælges mærke B og C i de fleste af A's butikker, men også i andre butikker, der yder service af høj kvalitet, samt i supermarkeder. Mærke D sælges fortrinsvis i butikker med højt serviceniveau. Markedet er præget af en relativt hurtig teknologisk udvikling, og de førende leverandører satser meget på deres kvalitetsomdømme og reklamerer kraftigt for deres produkter.

På dette marked har selektiv distribution en dækning på 35 %. Interbrand-konkurrencen påvirkes ikke direkte af A's selektive distributionssystem. Intrabrand-konkurrencen inden for mærke A kan være begrænset, men forbrugerne har adgang til i lavpris/lavservice butikker at købe mærke B og C, der er af nogenlunde samme kvalitet som mærke A. Andre mærker afskæres heller ikke fra at få adgang til serviceorienterede forhandlere, da de godkendte forhandleres mulighed for at sælge konkurrerende mærker ikke begrænses på nogen måde, og den kvantitative begrænsning af antallet af mærke A-forhandlere betyder, at andre serviceorienterede forhandlere frit kan forhandle konkurrerende mærker. I dette tilfælde vil A's selektive distributionssystem sandsynligvis opfylde betingelserne for fritagelse på grund af de servicekrav, der stilles, og de effektivitetsfordele, de må antages at medføre, samt den begrænsede indvirkning på intrabrand-konkurrencen.

- (198) Eksempel på selektiv distribution med kumulativ virkning:

På et marked for en bestemt sportsartikel findes der syv producenter, som hver især har en markedsandel på henholdsvis 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % og 7 %. De fem største producenter sælger deres produkter via kvantitativ selektiv distribution, mens de to mindste benytter andre distributionssystemer, hvilket medfører en dækningsgrad af selektiv distribution på 85 %. Kriterierne for adgang til de forskellige selektive distributionssystemer har bemærkelsesværdigt mange fælles træk: forhandlerne skal have faguddannet personale og yde førsalgsservice, en del af butikken skal være specielt indrettet til salg af produktet, og der er specificeret et minimum for denne del af butikken. Butikken skal sælge et bredt udsnit af det pågældende mærke og repræsentere produktet på en attraktiv måde, butikken skal ligge på et forretningsstrøg, og produktet skal tegne sig for mindst 30 % af butikens samlede omsætning. Det er normalt den samme forhandler, der udpeges som selektiv forhandler af alle fem mærker. De to mærker, der ikke benytter selektiv distribution, sælger normalt via mindre specialiserede og mindre serviceorienterede forhandlere. Markedet er stabilt, både på udbuds- og efterspørgselsiden, og der er et stærkt mærkeimage og en stærk produktdifferentiering. De fem førende virksomheder på markedet har hver især et stærkt mærkeimage, som de har skabt gennem reklamer og sponsoring, mens de to mindre producenter satser på billigere produkter uden noget stærkt mærkeimage.

På dette marked har lavprisforhandlere ingen adgang til de fem førende mærker. Kravet om, at den pågæl-

dende produkttype skal tegne sig for mindst 30 % af forhandlernes omsætning, og kriterierne for varens præsentation og førsalgsservice, udelukker de fleste lavprisforhandlerne fra nettet af godkendte forhandlere. Forbrugerne har derfor ingen anden mulighed end at købe de fem førende mærker i de serviceorienterede/dyre butikker. Dette medfører en begrænset interbrand-konkurrence mellem de fem førende mærker. Det opvejes ikke af, at de to mindste mærker kan købes i lavprisbutikker, der ikke er serviceorienterede, da de fem førende producenter har et langt bedre mærkeimage. Interbrand-konkurrencen begrænses desuden af, at de fem førende mærker normalt føres af de samme forhandlere. Selv om der findes en vis intrabrand-konkurrence, og antallet af forhandlere ikke direkte begrænses, er adgangskriterierne strenge nok til, at der kun findes et lille antal forhandlere af de fem førende mærker i hvert område.

Disse kvantitative selektive distributionssystemer er kun forbundet med ubetydelige effektivitetsfordele: produktet er ikke særlig komplekst og begrunder ikke noget specielt højt serviceniveau. Medmindre producenterne kan bevise, at deres selektive distributionsnet giver klare effektivitetsfordele, vil det sandsynligvis blive nødvendigt at inddrage gruppefritagelsen på grund af de kumulative virkninger, der medfører færre valgmuligheder og højere priser for forbrugerne.

2.5. **Franchising**

- (199) Franchiseaftaler indeholder licenser til intellektuelle ejendomsrettigheder navnlig vedrørende varemærker eller logoer og knowhow med henblik på brug og distribution af varer eller tjenester. Ud over licensen til IE yder franchisegiver normalt franchisetageren kommerciel eller teknisk bistand i aftalens løbetid. Licensen og bistanden udgør en integrerende bestanddel af den forretningsmetode, der er omfattet af franchisen. Franchisetageren betaler normalt franchisegiveren en franchiseafgift for brugen af den pågældende forretningsmetode. Franchising kan sætte franchisegiveren i stand til med begrænsede investeringer at etablere et ensartet distributionsnet vedrørende dennes produkter. Ud over tilvejebringelsen af forretningsmetoden indeholder franchiseaftaler normalt en kombination af forskellige vertikale begrænsninger vedrørende det forhandlede produkt, navnlig selektiv distribution og/eller konkurrenceklausuler og/eller eneforhandling eller mindre specifikke former deraf.

- (200) Anvendelsen af gruppefritagelsen på IE licenser indeholdt i franchiseaftaler er behandlet i nr. 23-45. Vertikale begrænsninger med hensyn til køb, salg og videresalg af varer og tjeneste inden for rammerne af en franchiseaftale, såsom selektiv distribution, konkur-

renceklausuler eller eneforhandling, falder ind under gruppefritagelsen, når markedsandelstærsklen på 30 % ikke overskrides af franchisegiveren eller en af franchisegiveren udpeget leverandør⁽¹⁾. Den vejledning, der er givet i det foregående vedrørende disse typer af begrænsninger, finder tillige anvendelse på franchising, med forbehold for følgende bemærkninger.

- 1) I overensstemmelse med den generelle regel 8 (jf. nr. 119) forholder det sig således, at jo vigtigere overførslen af knowhow er, desto lettere vil de vertikale begrænsninger opfylde betingelserne for fritagelse.
- 2) En konkurrenceklausul pålagt de varer eller tjenester, som franchisetageren køber, falder ikke ind under artikel 81, stk. 1, når den er nødvendig for at beskytte franchisenettets fælles identitet og omdømme. I sådanne tilfælde er konkurrenceklausulens varighed også uden betydning i relation til artikel 81, stk. 1, så længe den ikke overstiger selve franchiseaftalens varighed.

(201) Eksempel vedrørende franchising:

En producent har udviklet et nyt koncept for salg af slik i såkaldte »fun shops«, hvor slikket kan farves efter forbrugers særlige ønsker. Slikproducenten har også udviklet maskiner til at farve slikket. Slikproducenten fremstiller desuden de flydende farvestoffer, hvis kvalitet og friskhed har afgørende betydning for slikkets kvalitet. Producenten opnåede stor succes ved at sælge sit slik i sine egne butikker, der alle drives under samme handelsnavn og har samme udseende (»fun shop«-koncept, fælles reklamer osv.). For at udvide salget etablerede producenten et franchisesystem. Franchisetagerne har pligt til at købe slik, farvestoffer og farvemaskiner hos producenten, at indrette deres butikker efter franchisegiverens koncept og arbejde under dennes handelsnavn, betale franchiseafgift, bidrage til fælles reklamer og hemmeligholde indholdet af den driftsmanual, som franchisegiveren har udarbejdet. Desuden må franchisetagerne kun sælge fra de i aftalen angive lokaler, de må kun sælge til endelige forbrugere eller andre franchisetagere, og de må ikke sælge andet slik. Franchisegiveren må ikke udpege nogen anden franchisetager eller selv drive en butik i det tildelte aftaleområde. Desuden har franchisegiveren pligt til at opdatere og videreudvikle sine produkter, butikskonceptet og driftsmanualen og stille disse forbedringer til rådighed for alle franchisetagerne. Franchiseaftalerne indgås for ti år.

Slikforhandlerne køber deres slik på et nationalt marked hos enten nationale producenter, der fremstiller slik efter den nationale befolknings smag eller hos grossister, der importerer fra udenlandske producenter ved siden af deres salg af nationale producenters mærker. På dette marked konkurrerer franchisegiverens produkter med andre slikmærker. Franchisegiveren har en markedsandel på 30 % på markedet for slik, der sælges til detailhandlere. Han konkurrerer med en række nationale og internationale mærker, undertiden fremstillet af store bredtftavende fødevareproducenter. Der findes mange potentielle salgssteder for slik i form af kiosker, dagligvarebutikker, cafeteriaer og slikbutikker. På markedet for maskiner til farvning af levnedsmidler har franchisegiveren en markedsandel på under 10 %.

De fleste af forpligtelserne i franchiseaftalerne kan anses for at være nødvendige for at beskytte de intellektuelle ejendomsrettigheder eller franchisenettets fælles identitet og omdømme, og de falder derfor ikke ind under artikel 81, stk. 1. Salgsrestriktionerne (aftaleområde og selektiv distribution) giver franchisetagerne et incitament til at investere i farvemaskinen og franchisekonceptet og bidrage til at beskytte den fælles identitet, selv om de måske ikke er absolut nødvendige herfor, og de opvejer således den manglende intrabrand-konkurrence. Konkurrenceklausulen, der betyder, at franchisetagerne ikke må sælge andre slikmærker i aftalernes løbetid, sætter rent faktisk franchisegiveren i stand til at opretholde butikkernes ensartede udseende og forhindrer konkurrenterne i at udnytte dennes handelsnavn. Det resulterer ikke i nogen alvorlig markedsafskærmning i betragtning af det store antal potentielle salgssteder, der er til rådighed for andre slikproducenter. Disse franchiseaftaler opfylder sandsynligvis betingelserne for fritagelse efter artikel 81, stk. 3, i det omfang deres bestemmelser falder ind under artikel 81, stk. 1.

2.6. Eksklusiv levering

- (202) Eksklusiv levering som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, litra c), er den mest ekstreme form for begrænset distribution, hvad angår begrænsningen af antallet af købere: det fastsættes i aftalen, at der kun er én køber inden for Fællesskabet, til hvem leverandøren kan sælge et bestemt færdigprodukt. For mellemprodukter eller -tjenester indebærer eksklusiv levering, at der kun er én køber inden for Fællesskabet, eller at der kun er én køber inden for Fællesskabet til et bestemt anvendelsesformål. For mellemprodukter eller -tjenester er eksklusiv levering ofte benævnt industrileverancer.

⁽¹⁾ Se også nr. 89–95, navnlig nr. 95.

- (203) Eksklusiv levering som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, litra c), falder ind under gruppefritagelsen i artikel 2, stk. 1, i sammenhæng med artikel 3, stk. 2, når købers markedsandel ikke overstiger 30 %, også selv om den eksklusive levering kombineres med andre ikke-almindelige vertikale begrænsninger, såsom konkurrenceklausuler. Når tærsklen for markedsandele er overskredet, finder følgende retningslinjer anvendelse ved vurderingen af eksklusiv levering i konkrete tilfælde.
- (204) Den vigtigste konkurrencemæssige risiko ved eksklusiv levering er afskærmningen for andre købere. Det er klart, at køberens markedsandel på indkøbsmarkedet i det foregående omsætningsled er vigtig for vurderingen af, om køberen kan »gennemtvunge« eksklusiv levering, som afskærer andre købere fra at få adgang til leverancer. Køberens betydning på det efterfølgende marked er dog afgørende for, om der kan opstå et konkurrenceproblem. Hvis køberen ikke har nogen markedsstyrke på det efterfølgende marked, kan der ikke forventes nogen mærkbare negative virkninger for forbrugerne. Der kan dog forventes negative virkninger, når køberen såvel på det efterfølgende leveringsmarked som på det foregående købsmarked har en markedsandel på over 30 %. Hvis køberens markedsandel på det foregående marked ikke overstiger 30 %, kan der stadig forekomme betydelige afskærmende virkninger, især hvis køberens markedsandel på det efterfølgende marked overstiger 30 %. I sådanne tilfælde kan det være påkrævet at inddrage gruppefritagelsen. Hvis en virksomhed indtager en dominerende stilling på det efterfølgende marked, kan enhver forpligtelse til kun eller hovedsagelig at levere produkterne til den dominerende køber let have betydelige konkurrencebegrænsende virkninger.
- (205) Det er ikke kun »køberens markedsstilling« i det foregående og efterfølgende led, der har betydning, men også i hvilket omfang og hvor længe denne anvender en eksklusiv leveringsklausul. Jo større den bundne leveringsandel er, og jo længere den eksklusive leveringsklausul anvendes, desto større bliver den markedsafskærmende virkning. Eksklusive leveringsaftaler på under fem år, der indgås af ikke-dominerende virksomheder, kræver normalt en afvejning mellem de konkurrencefremmende og de konkurrencebegrænsende virkninger, mens aftaler af mere end fem års varighed i relation til de fleste investeringstyper ikke anses for nødvendige for at opnå de hævdede effektivitetsfordele, eller disse fordelene anses for utilstrækkelige til at opveje sådanne langvarige eksklusive leveringsaftalers afskærmende virkninger.
- (206) »De konkurrerende køberes stilling på indkøbsmarkedet« har også betydning, da den eksklusive leveringsaftale sandsynligvis kun vil få konkurrenceskadelige virkninger for de konkurrerende købere, dvs. øge deres omkostninger, hvis de er betydeligt mindre end den køber, der er årsag til markedsafskærmningen. Det er ikke særlig sandsynligt, at markedet afskærmes for konkurrerende købere, når disse konkurrenter har samme styrke og kan tilbyde leverandøren tilsvarende salgsmuligheder. I så fald kan der kun blive tale om markedsafskærmning for potentielle nye virksomheder, der måske ikke er i stand til at sikre sig leverancer, når en række store købere alle har indgået eksklusive leveringsaftaler med flertallet af leverandører på markedet. En sådan kumulativ virkning kan medføre, at gruppefritagelsen inddrages.
- (207) Ved vurderingen af, om der er tale om reel markedsafskærmning, vil der blive lagt vægt på, om der findes »adgangsbarrierer« på leverandørsiden. Hvis konkurrerende købere effektivt kan levere varen eller tjenesten selv, fordi de er vertikalt integrerede i de foregående omsætningsled, vil der sandsynligvis ikke være noget reelt afskærmningsproblem. Der findes dog ofte betydelige adgangsbarrierer.
- (208) »Markedsstyrke hos leverandørerne« er en relevant faktor, da det normalt ikke vil være let at afskære stærke leverandører fra at levere til alternative købere. Derfor er der hovedsagelig risiko for markedsafskærmning i en situation med svage leverandører og stærke købere. Hvis leverandørerne er stærke, kan den eksklusive levering være kombineret med en konkurrenceklausul, og i så fald vil reglerne for mærkeeksklusivitet spille ind. Når der er tale om relationsspecifikke investeringer på begge sider (»hold up«-problem), vil en kombination af eksklusiv levering og konkurrenceklausuler, dvs. gensidig eksklusivitet i industrielle leveringsaftaler, normalt være berettigede under det niveau, hvor der indtræder dominans.
- (209) Endelig har »omsætningsleddet og produktets art« betydning for markedsafskærmningen. Der er mindre sandsynlighed for markedsafskærmning ved mellemprodukter eller homogene produkter. For det første vil en producent, der er afskåret fra markedet, og som bruger et vist produkt som mellemprodukt, normalt have bedre muligheder for at imødekomme sine kunders efterspørgsel, end grossist/detailhandleren har for at efterkomme den endelig forbrugers efterspørgsel, for hvem markedet ofte spiller en betydelig rolle. For det andet vil det forhold, at en potentiel forsyningskilde forsvinder, ikke betyde så meget for den køber, der er afskåret fra markedet, når der er tale om homogene produkter, som når produktet er heterogent og findes i forskellige varianter og kvaliteter.
- (210) For homogene mellemprodukter vil konkurrenceskadelige virkninger sandsynligvis kunne fritages, når der ikke foreligger dominans. For færdige mærkevarer eller differentierede mellemprodukter, hvor der findes adgangsbarrierer, kan eksklusiv levering have betydelige konkurrencebegrænsende virkninger, hvis køberens konkurrenter er forholdsvis små i forhold til denne, også selv om køberen ikke indtager nogen dominerende stilling på afsætningsmarkedet.

(211) Når der er fastslået mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, kan fritagelse efter artikel 81, stk. 3, komme på tale, så længe virksomheden ikke har en dominerende stilling. Ved »hold up«-problemer kan der forventes effektivitetsfordele (4 og 5 i nr. 116), og dette er mere sandsynligt ved mellemprodukter end ved færdigprodukter. Andre effektivitetsfordele er mindre sandsynlige. Mulige stordriftsfordele i distributionen (nr. 116, punkt 6) synes ikke at kunne berettigg eksklusiv levering.

(212) I tilfælde af et »hold up«-problem og især i forbindelse med stordriftsfordele i distributionen kan mængdeforpligtelser pålagt leverandøren, som f.eks. krav om minsteleverancer, ofte være et mindre konkurrencebegrænsende alternativ.

(213) Eksempel vedrørende eksklusiv levering:

På markedet for en bestemt type komponenter (mellemprodukt) indgår leverandør A en aftale med køber B om, at førstnævnte med sin egen knowhow og betydelige investeringer i nye maskiner skal udvikle en ny version af komponenten på basis af køber B's specifikationer. B vil være nødt til at foretage betydelige investeringer for at kunne anvende den nye komponent. Det aftales, at A kun skal levere det nye produkt til køber B i en periode på fem år fra det tidspunkt, hvor komponenten første gang markedsføres. B har pligt til kun at købe det nye produkt hos A i samme femårsperiode. Både A og B kan fortsat henholdsvis sælge og købe andre versioner af komponenten andesteds. Køber B har en markedsandel på 40 % på det foregående komponentmarked og på det efterfølgende færdigproduktmarked. Komponentleverandøren har en markedsandel på 35 %. Der findes to andre komponentleverandører med markedsandele på ca. 20–25 % og en række små leverandører.

I betragtning af de betydelige investeringer opfylder aftalen sandsynligvis betingelserne for fritagelse på grund af effektivitetsfordelene og de begrænsede markedsafskærmende virkninger. Andre købere afskæres fra en bestemt version af et produkt, der fremstilles af en leverandør med en markedsandel på 35 %, og der findes andre komponentproducenter, som kunne udvikle tilsvarende nye produkter. Bindingen af køber B's efterspørgsel bevirker, at der højst er 40 % af markedet, som afskærmes for andre leverandører.

(214) Eksklusiv levering er baseret på en direkte eller indirekte forpligtelse, der medfører, at leverandører kun sælger til én køber. Mængdeforpligtelser pålagt leverandøren er baseret på incitamenter, der aftales mellem leverandøren og kunden, og som skal få leverandøren til hovedsagelig at sælge til én køber. Mængdeforplig-

telser, der pålægges leverandøren, kan have tilsvarende, men ikke så kraftige, virkninger som eksklusiv levering. Vurderingen af mængdeforpligtelser vil afhænge af, hvorvidt markedet i det foregående led afskærmes for andre købere.

2.7. **Kombinationsklausuler**

(215) Kombinationsklausuler går ud på, at leverandøren gør salget af et produkt betinget af, at køberen samtidig aftager et andet, separat produkt fra leverandøren eller en af denne udpeget person. Det første produkt betegnes som det »primære« det anden som det »sekundære«. Hvis kombinationsklausulen ikke er objektivt begrundet i produkternes art eller i handels-sædvane, kan der være tale om misbrug som omhandlet i artikel 82⁽¹⁾. Artikel 81 kan finde anvendelse på horisontale aftaler eller samordnet praksis mellem konkurrerende leverandører, når der er tale om at gøre salget af et produkt betinget af, at der samtidig aftages et andet, separat produkt. Kombinationsklausuler kan også betragtes som vertikale begrænsninger, der falder ind under artikel 81, hvis de medfører mærkeeksklusivitet (jf. nr. 138–160) for det sekundære produkt. Det er kun sidstnævnte situation, der behandles i disse retningslinjer.

(216) Hvad der skal forstås ved et separat produkt, afgøres først og fremmest af køberens efterspørgsel. To produkter betragtes som separate, hvis de ud fra købernes synspunkt købes på to forskellige markeder, når der ikke foreligger kombinationsklausuler. F.eks. er det blevet handels-sædvane for skoproducenter at levere sko med snørebånd, da kunderne ønsker at købe sko med snørebånd. Salget af sko med snørebånd er derfor ikke nogen kombinationsklausul. Kombinationer er ofte blevet en anerkendt praksis, fordi det på grund af produktets art kan være teknisk vanskeligt at levere et produkt uden samtidig at levere et andet.

(217) Kombinationsklausulers væsentligste negative indvirkning på konkurrencen er den mulige afskærmning af markedet for det sekundære produkt. Ved kombinations-salg påhviler der køberen en form for mængdeforpligtelse i forbindelse med det sekundære produkt. Hvis der desuden aftales en konkurrenceklausul for det sekundære produkt, øger dette den eventuelle afskærmende virkning på markedet for dette produkt. Kombinationsklausuler kan også føre til supranormale priser, især i følgende tre situationer: for det første, hvis det primære og sekundære produkt er delvis

⁽¹⁾ Domstolens dom af 14. november 1996 i sag C-333/94, P Tetra-pak, Sml. 1996, s. I-5951, præmis 37.

substituerbare for køberen, for det andet, hvis kombinationssalget giver mulighed for anvendelse af forskellige priser afhængigt af kundens brug af det primære produkt, f.eks. hvis salget af tonerkassetter knyttes sammen med salget af fotokopieringsmaskiner, og for det tredje, hvis det i forbindelse med langsigtede kontrakter eller eftersalgsservice for originaludstyr med lang levetid bliver vanskeligt for kunderne at beregne kombinationsklausulernes konsekvenser. Endelig kan kombinationssalg også øge adgangsbarriererne til markedet for både det primære og det sekundære produkt.

(218) Kombinationsklausuler er omfattet af gruppefritagelsen, når leverandørens markedsandel på både markedet for det sekundære produkt og på markedet for det primære produkt ikke overstiger 30 %. De kan anvendes sammen med andre vertikale begrænsninger, der ikke er alvorlige restriktioner, såsom konkurrenceklausuler eller mængdeforpligtelser i forbindelse med det primære produkt eller eksklusive købsaftaler. De efterfølgende retningslinjer anvendes ved vurderingen af kombinationssalg i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen er overskredet.

(219) »Leverandørens stilling« på markedet for det primære produkt er klart af stor betydning for vurderingen af eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. Generelt pålægges køberen denne type aftale af leverandøren. Leverandørens stilling på markedet for det primære produkt kan være hovedårsag til, at en køber kan finde det vanskeligt at afslå en kombinationsklausul.

(220) »Konkurrenternes stilling« på markedet for det primære produkt er af stor betydning for vurderingen af leverandørens markedsstyrke. Så længe der er tilstrækkeligt mange og stærke konkurrenter, kan der ikke forventes nogen konkurrencebegrænsende virkninger, da køberne i så fald har tilstrækkeligt mange muligheder for at købe det primære produkt uden det sekundære, medmindre andre leverandører anvender tilsvarende kombinationsklausuler. Desuden er »hindringerne for adgang til markedet for det primære produkt« relevante for en vurdering af leverandørens markedsstilling. Når kombinationsklausuler kombineres med konkurrenceklausuler for det primære produkt, styrker dette leverandørens stilling betydeligt.

(221) »Købermagt« i forhold til leverandørernes er relevant, da store kunder ikke så let kan tvinges til at acceptere kombinationsklausuler uden at opnå i hvert fald en del af de mulige effektivitetsfordele. Kombinationssalg, der ikke er baseret på effektivitet, er derfor hovedsagelig en risiko, hvis køberne ikke har nogen betydelig markedsstyrke.

(222) Hvis der påvises mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, kan en eventuel fritagelse efter artikel 81,

stk. 3, komme på tale, så længe virksomheden ikke indtager en dominerende stilling. Kombinationsklausuler kan bidrage til at skabe effektivitet gennem fælles produktion eller fælles distribution. Hvis det sekundære produkt ikke fremstilles af leverandøren, kan der også opnås effektivitetsfordele ved, at leverandøren indkøber store mængder af det sekundære produkt. For at kombinationsklausuler skal kunne fritages, skal det dog påvises, at i hvert fald en del af disse omkostningsbesparelser kommer forbrugerne til gode. Derfor kan kombinationsklausuler normalt ikke fritages, hvis detailhandleren regelmæssigt kan skaffe sig leverancer af samme eller tilsvarende produkter på samme eller bedre betingelser end dem, der tilbydes af den leverandør, der anvender kombinationsklausulerne. Der kan være tale om en anden effektivitetsfordel, når kombinationsklausulerne bidrager til at sikre en vis ensartethed og kvalitetsstandardisering (jf. effektivitetsfordel 8). Det skal dog påvises, at de positive virkninger ikke kan opnås lige så effektivt ved at forpligte køberen til at anvende eller videresælge produkter, der opfylder minimumskvalitetsstandarder, uden at køberen samtidig forpligtes til at aftage disse fra leverandøren eller en af denne udpeget person. Kravene vedrørende minimumskvalitetsstandarder falder normalt ikke ind under artikel 81, stk. 1. Når leverandøren af det primære produkt pålægger køberen af købe det sekundære produkt hos bestemte leverandører, f.eks. fordi det er umuligt at fastlægge minimumskvalitetsstandarder, kan dette også falde uden for artikel 81, stk. 1, især hvis leverandøren af det primære produkt ikke opnår en direkte (finansiel) fordel ved at udpege leverandører af det sekundære produkt.

(223) Virkningen af supranormale priser betragtes i sig selv som konkurrencebegrænsende. Den afskærmende virkning afhænger af, hvor stor en procentdel af det samlede salg på markedet for det sekundære produkt, der er bundet. Med hensyn til spørgsmålet om, hvad der kan betragtes som en betydelig afskærmning efter artikel 81, stk. 1, kan analysen af mærkeeksklusivitet anvendes. Hvis markedsandelstærsklen på 30 % overskrides, er det usandsynligt, at kombinationsklausuler kan fritages, medmindre de medfører klare effektivitetsfordele, som i hvert fald delvis kommer forbrugerne til gode. Fritagelse er endnu mindre sandsynlig, når kombinationsklausulerne kombineres med konkurrenceklausuler for enten det sekundære eller det primære produkt.

(224) Gruppefritagelsen vil sandsynligvis blive inddraget, hvis kombinationssalg ikke medfører effektivitetsfordele, eller sådanne fordele ikke kommer forbrugerne til gode (jf. nr. 222). Inddragelse af fritagelsen er også sandsynlig i tilfælde af en kumulativ virkning, hvor et flertal af leverandørerne anvender tilsvarende kombinationsklausuler, uden at eventuelle effektivitetsfordele i hvert fald delvis kommer forbrugerne til gode.

2.8. *Vejledende og maksimale videresalgspriser*

- (225) Krav om, at forhandleren skal anvende en vejledende eller maksimal videresalgspris er, med forbehold af bemærkningerne dertil i nr. 46-56. om prisbinding, omfattet af gruppefritagelsen, når leverandørens markedsandel ikke overstiger tærsklen på 30 %. For så vidt angår tilfælde hvor markeds-andelstærsklen er overskredet samt tilfælde hvor inddragelse af gruppefritagelsen kan komme på tale, kan gives følgende vejledning.
- (226) De konkurrencerisici, der kan være forbundet med maksimale og vejledende priser, er for det første, at forhandlerne vil fokusere på den maksimale eller vejledende pris, som de fleste af dem eller alle måske vil anvende, og for det andet at sådanne priser kan lette en samordning mellem leverandørerne.
- (227) Den vigtigste faktor for vurderingen af eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med maksimale eller vejledende videresalgspriser er »leverandørens markedsstilling«. Jo stærkere leverandørens markedsstilling er, jo større risiko er der for, at den maksimale eller den vejledende videresalgspris fører til en mere eller mindre ensartet anvendelse af det pågældende prisniveau, fordi forhandlerne kan fokusere på det. Det vil måske være vanskeligt for dem at

afvige fra, hvad de opfatter som den foretrukne videresalgspris, der er foreslået af en stor leverandør på markedet. Under sådanne omstændigheder kan krav om maksimale eller vejledende videresalgspriser være i strid med artikel 81, stk. 1, fordi det fører til et ensartet prisniveau.

- (228) Den næstvigtigste faktor for vurdering af eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med maksimale og vejledende priser er »konkurrenternes markedsstilling«. Anvendelse eller offentliggørelse af maksimale eller vejledende priser kan især i forbindelse et snævert oligopol gøre det lettere for leverandørerne at gennemføre samordning ved at udveksle oplysninger om det foretrukne prisniveau og ved at reducere sandsynligheden for lavere videresalgspriser. Et krav om maksimale eller vejledende videresalgspriser, der har sådanne virkninger, kan også være i strid med artikel 81, stk. 1.

2.9. *Andre vertikale begrænsninger*

- (229) De ovenfor beskrevne vertikale begrænsninger og kombinationer heraf er kun udvalgte eksempler. Der findes andre begrænsninger og kombinationer, som der ikke gives nogen retningslinjer for her. De vil dog blive behandlet efter de samme principper, på grundlag af de samme generelle regler og med samme vægt på deres virkninger på markedet.