

# Den Europæiske Unions Tidende

# C 362



Dansk udgave

## Meddelelser og oplysninger

55. årgang  
22. november 2012Informationsnummer

Indhold

Side

IV Oplysninger

OPLYSNINGER VEDRØRENDE DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE SAMARBEJDSOMRÅDE

**EFTA-Tilsynsmyndigheden**

2012/C 362/01

Meddelelse Fra EFTA-Tilsynsmyndigheden — Retningslinjer for vertikale begrænsninger ..... 1

**DA**Pris:  
4 EUR



## IV

(Oplysninger)

OPLYSNINGER VEDRØRENDE DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE  
SAMARBEJDSOMRÅDE

EFTA-TILSYNSMYNDIGHEDEN

**Meddelelse Fra EFTA-Tilsynsmyndigheden — Retningslinjer for vertikale begrænsninger**

(2012/C 362/01)

INDHOLDSFORTEGNELSE

		<b>Punkt</b>	<b>Side</b>
I.	INDLEDNING	1-7	3
1.	Formålet med retningslinjerne	1-4	3
2.	Anvendelse af artikel 53 på vertikale aftaler	5-7	4
II.	VERTIKALE AFTALER, DER NORMALT IKKE FALDER IND UNDER ARTIKEL 53, STK. 1	8-22	4
1.	Bagatelaftaler og små og mellemstore virksomheder	8-11	4
2.	Agentaftaler	12-21	5
2.1	Definition af agentaftaler	12-17	5
2.2	Anvendelse af artikel 53, stk. 1, på agentaftaler	18-21	7
3.	Underleveranceaftaler	22	8
III.	GRUPPEFRITAGELSENS ANVENDELSE	23-73	8
1.	Legalitetsformodning efter gruppefritagelsen	23	8
2.	Gruppefritagelsens anvendelsesområde	24-46	8
2.1	Definition af vertikale aftaler	24-26	8
2.2	Vertikale aftaler mellem konkurrenter	27-28	10
2.3	Sammenslutninger af detailhandlere	29-30	10
2.4	Vertikale aftaler med bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (IP)	31-45	11
2.5	Forholdet til andre gruppefritagelser	46	14
3.	Alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsen	47-59	14
4.	Alvorlige salgsbegrænsninger, som i individuelle tilfælde kan falde uden for rammerne af artikel 53, stk. 1, eller opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3	60-64	19
5.	Alvorlige begrænsninger, der er udelukket fra gruppefritagelsen	65-69	20
6.	Udskillelse	70-71	21
7.	Distribution af flere produkter via samme distributionssystem	72-73	21

	<b>Punkt</b>	<b>Side</b>
IV. GRUPPEFRITAGELSENS INDDRAGELSE OG UANVENDELIGHED	74-85	21
1. Inddragelse	74-78	21
2. Undladelse af at anvende gruppefritagelsen	79-85	22
V. MARKEDSAFGRÆNSNING OG BEREGNING AF MARKEDSANDELE	86-95	23
1. EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked	86	23
2. Det relevante marked for beregning af markedsandelstærsklen på 30 % efter gruppefritagelsen	87-92	24
3. Beregning af markedsandele efter gruppefritagelsen	93-95	25
VI. HÅNDHÆVELSE AF REGLERNE I KONKRETE TILFÆLDE	96-229	25
1. Analysegrundlaget	96-127	25
1.1. Negative virkninger af vertikale begrænsninger	100-105	27
1.2. Positive virkninger af vertikale begrænsninger	106-109	28
1.3. Analysemetoder	110-127	30
1.3.1. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 53, stk. 1	111-121	31
1.3.2. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 53, stk. 3	122-127	33
2. Analyse af bestemte former for vertikale begrænsninger	128-229	34
2.1. Mærkeeksklusivitet	129-150	34
2.2. Eneforhandling	151-167	38
2.3. Eksklusiv kundetildeling	168-173	42
2.4. Selektiv distribution	174-188	43
2.5. Franchiseaftaler	189-191	47
2.6. Eksklusiv levering	192-202	48
2.7. Distributionsvederlag	203-208	50
2.8. Aftaler om kategoristyring	209-213	51
2.9. Kombinationsklausuler	214-222	52
2.10. Detailprisbinding	223-229	54

A. Denne meddelelse offentliggøres i henhold til reglerne i aftalen om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen) og aftalen mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol (tilsyns- og domstolsaftalen).

B. Europa-Kommissionen har udsendt en meddelelse med titlen "Retningslinjer for vertikale begrænsninger" <sup>(1)</sup>. Denne ikke-bindende retsakt redegør for de principper, Europa-Kommissionen lægger til grund ved vurderingen af vertikale aftaler efter artikel 101 i TEUF.

C. EFTA-Tilsynsmyndigheden finder, at den ovennævnte meddelelse er relevant for EØS. For at bevare lige konkurrencevilkår og sikre en ensartet anvendelse af EØS' konkurrenceregler overalt inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde udsender EFTA-Tilsynsmyndigheden derfor med hjemmel i tilsyns- og domstolsaftalens artikel 5, stk. 2, litra b), nærværende meddelelse. Den agter at følge de principper og regler, der opstilles i denne meddelelse, når den anvender de relevante EØS-regler i en konkret sag.

D. Denne meddelelse erstatter Tilsynsmyndighedens tidligere meddelelse med titlen "Retningslinjer for vertikale begrænsninger" <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> EUT C 130 af 19.5.2010, s. 1.

<sup>(2)</sup> EUT C 122 af 23.5.2002, s. 1, og EØS-tillæg nr. 26 af 23.5.2002, s. 7.

## I. INDLEDNING

### 1. Formålet med retningslinjerne

- 1) I disse retningslinjer fastsættes principperne for vurdering af vertikale aftaler efter artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde ("EØS-aftalen"). Begrebet vertikale aftaler er defineret i artikel 1, stk. 1, litra a), i den akt, der henvises til i punkt 2 i bilag XIV til EØS-aftalen (Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010) om anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis<sup>(1)</sup> (herefter "gruppefritagelsen") (se punkt 24-46)). Disse retningslinjer er ikke til hinder for en eventuel samtidig anvendelse af EØS-aftalens artikel 54 (herefter "artikel 54") på vertikale aftaler. Retningslinjerne er struktureret på følgende måde:
  - afsnit II (punkt 8)-22)) beskriver de vertikale aftaler, der normalt ikke falder ind under artikel 53, stk. 1
  - afsnit III (punkt 23)-73)) redegør for betingelserne for gruppefritagelsens anvendelse
  - afsnit IV (punkt 74)-85)) redegør for principperne for inddragelse af gruppefritagelsen og undladdelse af at anvende den
  - afsnit V (punkt 86)-95)) giver retningslinjer for afgrænsning af det relevante marked og beregning af markedsandele
  - afsnit VI (punkt 96)-229)) beskriver EFTA-Tilsynsmyndighedens generelle analysegrundlag og dens håndhævespolitik 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. Der kan også indgås vertikale aftaler både om mellemprodukter og færdigprodukter og -tjenesteydelser. Medmindre andet er anført, gælder analysen og argumenterne i disse retningslinjer for alle typer varer og tjenesteydelser og alle omsætningsled. Udtrykket "produkter" omfatter altså både varer og tjenesteydelser. Udtrykkene "leverandør" og "køber" anvendes for alle omsætningsled. Gruppefritagelsen og disse retningslinjer gælder ikke for aftaler med endelige forbrugere, der ikke er virksomheder, eftersom artikel 53 kun finder anvendelse på aftaler mellem virksomheder.
- 3) Med udsendelsen af disse retningslinjer har EFTA-Tilsynsmyndigheden ønsket at gøre det lettere for virksomhederne selv at foretage en vurdering af deres vertikale aftaler i henhold til EØS-aftalens konkurrenceregler. De kriterier, der opstilles i disse retningslinjer, må ikke anvendes rent mekanisk, men skal anvendes i lyset af de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag. Hver sag skal vurderes på grundlag af dens konkrete omstændigheder.
- 4) Disse retningslinjer har ingen virkninger for EFTA-Domstolens retspraksis i relation til anvendelsen af artikel 53 på vertikale aftaler eller for Den Europæiske Unions Rets og Domstols retspraksis i relation til anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53 og EUF-traktatens artikel 101 på vertikale aftaler. EFTA-Tilsynsmyndigheden vil fortsat holde opsyn med, hvordan gruppefritagelsen og retningslinjerne fungerer, på grundlag af oplysninger om markedet fra interesserede parter og nationale konkurrencemyndigheder og vil eventuelt revidere denne meddelelse i lyset af den fremtidige udvikling og sine erfaringer.

<sup>(1)</sup> EUT L 102 af 23.4.2010, s. 1, indføjet i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 77/2010 af 11. juni 2010 (EUT L 244 af 16.9.2010, s. 35, og EØS-tillæg nr. 49 af 16.9.2010, s. 34).

## 2. Anvendelse af artikel 53 på vertikale aftaler

- 5) Artikel 53 finder anvendelse på vertikale aftaler, der kan påvirke samhandelen mellem kontraherende parter, og som hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen (i det følgende benævnt "vertikale begrænsninger")<sup>(1)</sup>. Artikel 53 giver et retsgrundlag for vurderingen af vertikale begrænsninger, som tager hensyn til sondringen mellem konkurrenceskadelige og konkurrencefremmende virkninger: Artikel 53, stk. 1, indeholder et forbud mod de aftaler, der mærkbart begrænser eller fordrejer konkurrencen, mens artikel 53, stk. 3, fritager de aftaler, der er forbundet med tilstrækkelige fordele til, at de konkurrenceskadelige virkninger opvejes, fra dette forbud<sup>(2)</sup>.
- 6) For de fleste vertikale begrænsningers vedkommende kan der kun opstå konkurrenceproblemer, hvis der i et eller flere led ikke er en tilstrækkelig konkurrence, dvs. hvis der er en vis markedsstyrke i enten leverandørledet eller køberledet eller i begge led. Vertikale begrænsninger er normalt mindre skadelige end horisontale begrænsninger, og de kan give betydelige muligheder for effektivitetsgevinster.
- 7) Formålet med artikel 53 er at sikre, at virksomhederne ikke indgår aftaler - i denne sammenhæng vertikale aftaler - med det formål at begrænse konkurrencen på markedet til skade for forbrugerne. Vurdering af vertikale begrænsninger har også betydning i relation til det mere overordnede mål om et integreret område omfattet af EØS-aftalen. Markedsintegration virker fremmende for konkurrencen inden for EØS. Når det er lykkedes at få afskaffet de statslige barrierer mellem de kontraherende parter, bør virksomhederne derfor ikke kunne genindføre dem.

## II. VERTIKALE AFTALER, DER NORMALT IKKE FALDER IND UNDER ARTIKEL 53, STK. 1

### 1. Bagatelaftaler og små og mellemstore virksomheder

- 8) Aftaler, der ikke kan påvirke handelen mellem kontraherende parter mærkbart eller begrænse konkurrencen mærkbart, hvad enten det er tilsigtet eller en konsekvens, falder ikke ind under artikel 53, stk. 1. Gruppefritagelsen finder kun anvendelse på aftaler, der falder ind under artikel 53, stk. 1. Disse retningslinjer har ingen indvirkning på anvendelsen af EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, (bagatelaftaler)<sup>(3)</sup> eller fremtidige bagatelmeddelelser.
- 9) Med forbehold af de betingelser, der i bagatelmeddelelsen er fastsat angående alvorlige begrænsninger og kumulative virkninger, anses vertikale aftaler mellem virksomheder, der ikke har en markedsandel på over 15 % på det relevante marked, normalt for ikke at falde ind under artikel 53, stk. 1<sup>(4)</sup>. Der gælder ikke nogen formodning om, at vertikale aftaler mellem virksomheder med en markedsandel på over 15 % automatisk er i strid med artikel 53, stk. 1. Aftaler mellem virksomheder med en større markedsandel end de 15 % har ikke nødvendigvis nogen mærkbar indvirkning på handelen mellem kontraherende parter og medfører heller ikke nødvendigvis nogen mærkbar konkurrencebegrænsning<sup>(5)</sup>. Sådanne aftaler skal vurderes i deres retlige og økonomiske sammenhæng. Kriterierne for vurdering af konkrete aftaler er anført i nr. 96-229.

<sup>(1)</sup> Se bl.a. Domstolens dom i forenede sager 56/64 og 58/64, *Grundig-Consten mod Kommissionen*, Sml. 1966, s. 299; og sag 56/65, *Technique Minière mod Maschinenbau Ulm*, Sml. 1966, s. 235; og Førsteinstansrettens dom i sag T-77/92, *Parker Pen mod Kommissionen*, Sml. 1994, s. II-549.

<sup>(2)</sup> Se EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om retningslinjer for anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, vedtaget ved afgørelse nr. 123/04/KOL (EUT C 208 af 6.9.2007, s. 1, og EØS-tillæg nr. 42 af 6.9.2007, s. 1.), med hensyn til EFTA-Tilsynsmyndighedens generelle metodologi og fortolkning af betingelserne for anvendelse af artikel 53, stk. 1, og især artikel 53, stk. 3.

<sup>(3)</sup> EUT C 67 af 20.3.2003, s. 20, og EØS-tillæg nr. 15 af 20.3.2003, s. 11.

<sup>(4)</sup> For aftaler mellem indbyrdes konkurrerende virksomheder er bagatel-markedsandelsgrænsen på 10 % for deres markedsandel tilsammen på hvert berørt relevant marked.

<sup>(5)</sup> Se Rettens dom i sag T-7/93, *Langnese-Iglo mod Kommissionen*, Sml. 1995 II, s. 1533, præmis 98.

- 10) Aftaler, der indeholder de alvorlige begrænsninger, der henvises til i bagatelmeddelelsen, kan falde ind under artikel 53, stk. 1, selv om tærsklen på 15 % ikke er overskredet, forudsat at handelen mellem kontraherende parter og konkurrenceforholdene påvirkes mærkbart. Der henvises i denne forbindelse til EFTA-Domstolens og EU-Domstolens og Rettens retspraksis på området <sup>(1)</sup>. Der henvises også til, at det kan være nødvendigt at vurdere både de positive og de negative virkninger af alvorlige konkurrencebegrænsninger, jf. punkt 47) i disse retningslinjer.
- 11) Medmindre der er tale om kumulative virkninger og alvorlige begrænsninger, er det endvidere EFTA-Tilsynsmyndighedens opfattelse, at vertikale aftaler mellem små og mellemstore virksomheder som defineret i bilaget til Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder <sup>(2)</sup> sjældent mærkbart vil kunne påvirke handelen mellem kontraherende parter eller mærkbart begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 53, stk. 1, og derfor normalt ikke falder ind under artikel 53, stk. 1. I tilfælde hvor sådanne aftaler alligevel opfylder betingelserne for anvendelse af artikel 53, stk. 1, vil EFTA-Tilsynsmyndigheden normalt ikke indlede en procedure, idet der ikke foreligger en tilstrækkelig EØS-interesse, medmindre disse virksomheder tilsammen eller hver især indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det af EØS-aftalen omfattede område.

## 2. Agentaftaler

### 2.1 Definition af agentaftaler

- 12) En agent er en juridisk eller fysisk person, der bemyndiges til på en anden persons (agenturgiverens) vegne 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) Den afgørende faktor for, om der i relation til artikel 53, stk. 1, er tale om en agentaftale, er den økonomiske eller kommercielle risiko, der påhviler agenten i forbindelse med den virksomhed, hvortil han er blevet udpeget som agent af agenturgiver <sup>(3)</sup>. I denne forbindelse er det ikke relevant for vurderingen, om agenten handler for én eller flere agenturgivere. Det har heller ingen større betydning, hvad parterne kalder deres aftale, eller hvordan den betegnes i national lovgivning.
- 14) Der er tre typer økonomiske eller kommercielle risici, som er afgørende for, hvorvidt der i relation til artikel 53, stk. 1, reelt er tale om en agentaftale. For det første er der de kontraktsspecifikke risici, der er direkte forbundet med de kontrakter, som agenten indgår og/eller forhandler på agenturgivers vegne, f.eks. risici i forbindelse med finansiering af lagre. For det andet er der risiciene i forbindelse med markedsspecifikke investeringer. Der er her tale om investeringer, der særligt 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, at den pågældende virksomhed opgives. For det tredje er der risici i forbindelse med andre aktiviteter på det samme produktmarked, når agenturgiveren forlanger, at agenten varetager sådanne aktiviteter - ikke som agent på agenturgiverens vegne, men for egen regning.

<sup>(1)</sup> Se Domstolens dom i sag 5/69, *Völk mod Vervaecke*, Sml. 1969, s. 295, sag 1/71, *Cadillon mod Höss*, Sml. 1971, s. 351, og sag C-306/96, *Javico mod Yves Saint Laurent*, Sml. 1998 I, s. 1983, præmis 16. og 17.

<sup>(2)</sup> EUT L 124 af 20.5.2003, s. 36, indføjet i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 131/2004 (EUT L 64 af 10.3.2005, s. 67, og EØS-tillæg af 10.3.2005, s. 49).

<sup>(3)</sup> Se Rettens dom i sag T-325/01, *Daimler Chrysler mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3319, Domstolens dom i sag C-217/05, *Confederación Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio mod CEPSA*, Sml. 2006 II, s. 11987, og i sag C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA mod LV Tobar e Hijos SL*, Sml. 2008 I, s. 6681.

- 15) I relation til artikel 53, stk. 1, vil aftalen være at betragte som en agentaftale, hvis agenten ikke eller kun i ubetydeligt omfang bærer nogen risiko i relation til de kontrakter, der indgås og/eller forhandles på agenturgivers vegne, i relation til markedsspecifikke investeringer vedrørende det pågældende aktivitetsområde og med hensyn til andre aktiviteter, som agenturgiveren forlanger varetaget på det samme produktmarked. Risici, som er knyttet til selve den virksomhed, der består i at optræde som agent i almindelighed, og som f.eks. beror på, at agentens indkomst afhænger af, hvor godt han udfører sit arbejde som agent, eller på generelle investeringer i f.eks. lokaler eller personale, er imidlertid ikke relevant for denne vurdering.
- 16) I relation til artikel 53, stk. 1, vil en aftale således normalt blive betragtet som en agentaftale, når agenten ikke har ejendomsretten til de købte eller solgte aftalevarer eller ikke selv leverer aftalevarerne, og når agenten
- a) ikke bidrager til dækning af omkostningerne ved levering/køb af aftalevarerne eller -tjenesterne, herunder omkostninger ved transport af varerne. Dette udelukker ikke agenten fra at udføre transporten, hvis omkostningerne derved dækkes af agenturgiver
  - b) 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)
  - c) ikke påtager sig ansvaret over for tredjemand for skade, der forvoldes af det solgte produkt (produktansvar), medmindre han som agent er ansvarlig for sådanne fejl
  - d) 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 at undlade at træffe rimelige sikkerheds- eller tyverisikringsforanstaltninger eller indberette tyveri til agenturgiver eller politiet eller videregive alle tilgængelige oplysninger om kundens finansielle soliditet til agenturgiver)
  - e) ikke, hverken direkte eller indirekte, er forpligtet til at investere i salgsfremmende foranstaltninger, f.eks. ved at bidrage til agenturgivers reklamebudgetter
  - f) ikke foretager markedsspecifikke investeringer i udstyr, lokaler eller uddannelse af personale, som f.eks. en benzinopbevaringstank i forbindelse med detailsalg af benzin eller særligt software til en forsikringsagents salg af forsikringspolicer, uden at blive holdt fuldt skadesløs af agenturgiver,
  - g) ikke udøver andre aktiviteter på det samme produktmarked på agenturgivers forlangende uden at blive holdt fuldt skadesløs af agenturgiver.
- 17) Denne liste er ikke udtømmende. Men når agenten påtager sig en eller flere af de risici eller omkostninger, der er nævnt i punkt 14), 15) og 16), vil aftalen mellem agenten og agenturgiveren ikke blive betragtet som en agentaftale. Risikospørgsmålet må vurderes fra sag til sag og ud fra de økonomiske realiteter frem for den juridiske form. Af praktiske grunde vil risikoanalysen ofte starte med en vurdering af de aftalespecifikke risici. Hvis agenten har aftalespecifikke risici, er det tilstrækkeligt til at drage den konklusion, at agenten er en uafhængig distributør. Har agenten derimod ingen aftalespecifikke risici, er det nødvendigt at fortsætte analysen med en vurdering af risiciene i forbindelse



med markedsspecifikke investeringer. Hvis agenten ikke har nogen aftalespecifikke risici eller risici i forbindelse med markedsspecifikke investeringer, kan det endelig blive nødvendigt at vurdere risici i forbindelse med andre aktiviteter, det kræves, agenten udfører på det samme produktmarked.

## 2.2 *Anvendelse af artikel 53, stk. 1, på agentaftaler*

- 18) For de agentaftaler, der nærmere er afgrænset i afsnit 2.1, gælder det, at agentens købs- eller salgsopgaver udgør en del af agenturgiverens virksomhed. Eftersom det er agenturgiveren, der bærer den kommercielle og finansielle risiko ved køb og salg af aftalevarerne, falder alle forpligtelser pålagt agenten i forbindelse med de kontrakter, vedkommende forhandler eller indgår på vegne af agenturgiveren, uden for artikel 53, stk. 1. Følgende forpligtelser påhviler agenten vil normalt blive anset for at indgå som en integreret del af agentaftalen, da de alle vedrører agenturgivers muligheder for at bestemme omfanget af agentens virksomhed i forbindelse med aftalevarerne eller -tjenesteydelserne, hvilket er afgørende, hvis agenturgiver bærer risiciene og derfor må være i stand til at fastlægge forretningsstrategien:
- a) begrænsninger med hensyn til det område, hvor agenten kan sælge disse varer eller tjenester
  - b) begrænsninger med hensyn til, hvilke kunder agenten må sælge disse varer eller tjenester til
  - c) 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 aftalevarer på agenturgivers vegne indeholder agentaftaler ofte bestemmelser om forholdet mellem agenten og agenturgiver. De kan bl.a. 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). Eftersom agentens virksomhed er selvstændig i forhold til agenturgiverens, kan bestemmelser angående forholdet mellem agenten og agenturgiveren være i strid med artikel 53, stk. 1. Bestemmelser om eneagentur vil normalt ikke have konkurrencebegrænsende virkninger. Konkurrenceklausuler i form af forbud mod at købe eller sælge andre mærker eller forbud mod konkurrence efter aftalens ophør, påvirker konkurrencen mellem forskellige mærker (interbrand-konkurrencen) og kan være i strid med artikel 53, stk. 1, hvis de medfører eller bidrager til en (kumulativ) afskærmning af det relevante marked for salg eller køb af aftalevarerne (jf. afsnit VI.2.1). Sådanne bestemmelser kan eventuelt være omfattet af gruppefritagelsen, når betingelserne i artikel 5 er opfyldt. Det kan også være, at konkrete bestemmelser kan være begrundet i hensynet til effektivitetsgevinster, der falder ind under artikel 53, stk. 3, hvilket er beskrevet i punkt 144)-148).
- 20) En agentaftale kan også falde ind under artikel 53, stk. 1, selv om agenturgiver bærer alle de relevante økonomiske og kommercielle risici, når aftalen letter en ulovlig samordning. Dette kan f.eks. 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 markedsføringsstrategierne eller udveksle følsomme markedsoplysninger mellem agenturgiverne.
- 21) Når agenten bærer en eller flere af de relevante risici beskrevet i punkt 16, er aftalen mellem agenten og agenturgiveren ikke en agentaftale i relation til artikel 53, stk. 1. I den situation vil agenten blive betragtet som en selvstændig virksomhed, og aftalen mellem agenten og agenturgiveren vil være omfattet af artikel 53, stk. 1, på samme måde som enhver anden vertikal aftale.

### 3. Underleveranceaftaler

- 22) Ved underleveranceaftaler er der tale om, at en virksomhed (ordregiveren) overdrager teknologi eller udstyr til en underleverandør, der forpligter sig til ved hjælp heraf at producere bestemte produkter (udelukkende) til ordregiveren. Underleveranceaftaler er omfattet af EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om bedømmelse af visse underleveranceaftaler i forhold til EØS-aftalens artikel 53, stk. 1 <sup>(1)</sup> (herefter benævnt "underleverancemeddelelsen"). I henhold til denne meddelelse, der fortsat er gældende, falder underleveranceaftaler, hvorved underleverandøren forpligter sig til at producere bestemte produkter udelukkende for ordregiveren, almindeligvis ikke ind under forbuddet i artikel 53, stk. 1, når den pågældende teknologi eller det pågældende udstyr er nødvendigt, for at underleverandøren kan producere produkterne. Andre begrænsninger, der pålægges underleverandøren, f.eks. en forpligtelse til ikke at udføre eller udnytte egen forskning og udvikling eller til ikke at producere for tredjemand generelt, kan imidlertid falde ind under artikel 53 <sup>(2)</sup>.

## III. GRUPPEFRITAGELSENS ANVENDELSE

### 1. Legalitetsformodning efter gruppefritagelsen

- 23) For de fleste vertikale begrænsningers vedkommende kan der kun opstå konkurrenceproblemer, hvis der i et eller flere led ikke er en tilstrækkelig konkurrence, dvs. hvis der er en vis markedsstyrke i enten leverandørleddet eller køberleddet eller i begge led. Under forudsætning af, at de ikke indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger med et konkurrencebegrænsende formål, indebærer gruppefritagelsen en legalitetsformodning for vertikale aftaler, som afhænger af leverandørens og køberens markedsandel. I henhold til gruppefritagelsens artikel 3 er det leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne eller -tjenesteydelserne, og køberens markedsandel på det marked, hvor han køber aftalevarerne eller -tjenesteydelserne, der er afgørende for, om gruppefritagelsen finder anvendelse. For at gruppefritagelsen skal kunne finde anvendelse, må hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstige 30 %. Afsnit V nedenfor indeholder retningslinjer for, hvordan det relevante marked nærmere afgrænses, og hvordan markedsandelene skal beregnes. Over denne markedsandelsgrense på 30 % er der ingen formodning for, at en vertikal aftale falder ind under artikel 53, stk. 1, eller ikke opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3, men der er heller ingen formodning for, at vertikale aftaler omfattet af artikel 53, stk. 1, normalt vil opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3.

### 2. Gruppefritagelsens anvendelsesområde

#### 2.1 Definition af vertikale aftaler

- 24) Gruppefritagelsens artikel 1, stk. 1, litra a), definerer vertikale aftaler som "aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der, hvad aftalen eller den samordnede praksis 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".
- 25) Definitionen af vertikale aftaler i punkt 24) indeholder fire hovedelementer:

- a) Gruppefritagelsen finder anvendelse på aftaler og samordnet praksis. Den finder ikke anvendelse på virksomheders ensidige adfærd. En sådan ensidig adfærd kan falde ind under artikel 54, der indeholder forbud mod misbrug af dominerende stilling. For at der er tale om en aftale efter artikel 53, er det tilstrækkeligt, at parterne har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde. Det er uden betydning, i hvilken form denne hensigt er udtrykt, når bare formen loyalt gengiver parternes hensigt. Hvis der ikke foreligger nogen udtrykkelig aftale, som afspejler en samstemmende vilje, er det EFTA-Tilsynsmyndigheden, der skal bevise, at den ene parts ensidige handlemåde foregår med den anden parts samtykke. Når der er tale om vertikale aftaler, er der to måder, hvorpå det kan fastslås, om der er samtykke til en konkret ensidig handlemåde. Det kan for det første udledes af beføjelser, som parterne måtte have i henhold til en på forhånd indgået generel aftale. Giver bestemmelserne i denne på forhånd indgåede aftale en af parterne beføjelse til derefter at anlægge en konkret ensidig handlemåde, som vil være bindende for den anden part, kan det danne grundlag for at fastslå, at den anden part har givet sit samtykke

<sup>(1)</sup> Bilag VIII til afgørelse nr. 3/94/KOL, EFT L 153 af 18.6.1994, s. 30, og EØS-tillæg nr. 15 af 18.6.1994, s. 29.

<sup>(2)</sup> Se punkt 3 i underleverancemeddelelsen.

til denne handlemåde <sup>(1)</sup>. For det andet vil EFTA-Tilsynsmyndigheden i mangel af et sådant eksplicit samtykke kunne påvise et stiltiende samtykke. Det forudsætter for det første, at den ene part eksplicit eller implicit har brug for den anden parts samarbejde for at kunne gennemføre sin ensidige handlemåde, og for det andet at den anden part opfylder dette krav ved at iværksætte denne ensidige handlemåde i praksis <sup>(2)</sup>. Hvis f.eks. en leverandør meddeler, at han ensidigt vil indskrænke leverancerne for at forhindre parallelhandel, og distributørerne omgående reducerer deres ordrer og ophører med parallelhandel, må disse distributører anses for stiltiende at have givet samtykke til leverandørens ensidige handlemåde. Den konklusion kan imidlertid ikke drages, hvis distributørerne fortsætter deres parallelhandel eller søger at finde nye måder at drive parallelhandel på. På samme måde gælder det for vertikale aftaler, at et stiltiende samtykke kan udledes af, hvor stort et pres en part lægger på den anden part eller de andre parter i en aftale for at gennemtvinge sin ensidige politik, sammenholdt med antallet af distributører, der rent faktisk i praksis følger leverandørens ensidige politik. F.eks. er et system med overvågning og sanktioner, hvor en leverandør straffer de distributører, der ikke følger hans ensidige politik, et indicium for et stiltiende samtykke i leverandørens ensidige politik, hvis dette system sætter leverandøren i stand til at føre sin politik ud i livet. De to måder at påvise et samtykke, som er beskrevet i dette punkt, kan fastslås, kan benyttes sammen.

- b) Aftalen eller den samordnede praksis skal bestå mellem to eller flere virksomheder. Vertikale aftaler med endelige forbrugere, der ikke driver erhvervsvirksomhed, er ikke omfattet af gruppefritagelsen. Generelt falder aftaler med endelige forbrugere ikke ind under artikel 53, stk. 1, idet artiklen kun finder anvendelse på aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder. Dette er ikke til hinder for, at artikel 54 kan finde anvendelse.
- c) Aftalen eller den samordnede praksis består mellem virksomheder, der i relation til aftalen opererer i forskellige produktions- eller distributionsled. Der kan f.eks. være tale om, at den ene 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.
- d) 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 gruppefritagelsen 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 tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og/eller betingelserne for køberens salg af de varer eller tjenesteydelser, hvori ovennævnte varer eller tjenesteydelser indgår. Både de varer eller tjenesteydelser, der leveres af leverandøren, og de varer eller tjenesteydelser, hvori de indgår, anses for at være aftalevarer eller aftale-tjenesteydelser i henhold til gruppefritagelsen. Gruppefritagelsen finder anvendelse på vertikale aftaler om alle varer og tjenesteydelser, både færdigprodukter og mellemprodukter. Den eneste undtagelse er automobilsektoren, så længe den er omfattet af en særlig gruppefritagelse som gruppefritagelsen i den akt, der henvises til i punkt 4b i bilag XIV til EØS-aftalen (Kommissionens forordning (EU) nr. 461/2010 af 27. maj 2010 <sup>(3)</sup>), om anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen eller efterfølgende forordninger. Køberen kan videresælge de leverede varer eller tjenesteydelser eller bruge dem som input i sin egen produktion.
- 26) Gruppefritagelsen finder også anvendelse på varer, der sælges og købes med henblik på udlejning til tredjemand. Egentlige leje- og leasingaftaler er dog ikke omfattet, da der ikke er tale om, at leverandøren sælger varer eller tjenesteydelser 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 uafhængigt forsknings- og udviklingsarbejde. Desuden udelukker gruppefritagelsens artikel 2, stk. 2-5, direkte eller indirekte, at gruppefritagelsen kan finde anvendelse på visse vertikale aftaler.

<sup>(1)</sup> Domstolens dom i sag C-74/04 P, *Kommissionen mod Volkswagen AG*, Sml. 2006 I, s. 6585.

<sup>(2)</sup> Rettens dom i sag T-41/96, *Bayer AG mod Kommissionen*, Sml. 2000 II, s. 3383.

<sup>(3)</sup> EUT L 129 AF 28.5.2010, s. 52, inkorporeret i bilag XIV 4b til EØS-aftalen ved afgørelse 91/2010, EUT L 277 af 21.10.2010, s. 13, og EØS-tillæg nr. 59 af 21.10.2010, s. 44.

## 2.2 Vertikale aftaler mellem konkurrenter

- 27) Gruppefritagelsens artikel 2, stk. 4, udelukker udtrykkeligt "vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder" fra dens anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem konkurrenter er, for så vidt angår virkningerne af en eventuel ulovlig samordning, omfattet af EFTA-Tilsynsmyndighedens retningslinjer for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53 på horisontale samarbejdsaftaler <sup>(1)</sup>, men aftalernes vertikale aspekter skal vurderes efter nærværende retningslinjer. I gruppefritagelsens artikel 1, stk. 1, litra c), defineres en konkurrerende virksomhed som en "faktisk eller potentiel konkurrent". To virksomheder behandles som faktiske konkurrenter, hvis de opererer på det samme relevante marked. En virksomhed betragtes som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed i tilfælde af en mindre, men varig stigning i de relative priser inden for et kort tidsrum på normalt ikke over et år ville foretage de nødvendige ekstra investeringer eller afholde de andre omkostninger, der måtte være nødvendige, for at gå ind på det relevante marked, som den anden virksomhed operer på, hvis aftalen ikke havde fandtes. Denne vurdering skal foretages på et realistisk grundlag; en rent teoretisk mulighed for at træde ind på markedet er ikke tilstrækkelig <sup>(2)</sup>. En distributør, der giver en producent specifikationer til fremstilling af bestemte varer under distributørens mærke, er ikke at betragte som en producent af de varer, der sælges under distributørens mærke.
- 28) Gruppefritagelsens artikel 2, stk. 4, indeholder to undtagelser fra den generelle regel om, at vertikale aftaler mellem konkurrenter ikke er omfattet af gruppefritagelsen. Disse undtagelser drejer sig om aftaler, der ikke er gensidige. Ikke-gensidige aftaler mellem konkurrenter er omfattet af gruppefritagelsen, hvis a) leverandøren er producent og distributør, mens køberen alene er distributør og ikke er en konkurrent i produktionsleddet, eller b) leverandøren er en tjenesteyder, der opererer i flere omsætningsled, mens køberen opererer i detailledet og ikke en konkurrent i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesteydelserne. Den første undtagelse drejer sig om situationer, hvor der er tale om parallel distribution, dvs. at producenten af bestemte produkter også optræder som forhandler af dem og dermed som konkurrent til selvstændige forhandlere af de pågældende produkter. Ved parallel distribution anses den potentielle indvirkning på konkurrenceforholdet mellem producenten og forhandleren i detailledet normalt for at være mindre end den virkning, som den vertikale leveringsaftale potentielt kan have på konkurrencen i produktions- eller detailledet. Den anden undtagelse omfatter tilsvarende tilfælde af parallel distribution, men i dette tilfælde er der tale om tjenesteydelser, hvor leverandøren også leverer tjenesteydelser i samme omsætningsled som køberen.

## 2.3 Sammenslutninger af detailhandlere

- 29) Ifølge gruppefritagelsens artikel 2, stk. 2, omfatter gruppefritagelsen også vertikale aftaler, der indgås af en sammenslutning af virksomheder, som opfylder visse betingelser, hvilket betyder, at vertikale aftaler, der indgås af alle andre sammenslutninger, er udelukket fra gruppefritagelsens anvendelsesområde. Vertikale aftaler mellem en sammenslutning og dens medlemmer eller mellem en sammenslutning og dens leverandører falder kun ind under gruppefritagelsen, 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. Hvis det kun er et begrænset antal medlemmer af sammenslutningen, der har en omsætning, der overstiger tærsklen på 50 mio. EUR, og disse medlemmer tilsammen tegner sig for mindre end 15 % af alle medlemmernes omsætning tilsammen, vil dette normalt ikke påvirke vurderingen i henhold til artikel 53.
- 30) I en virksomhedssammenslutning kan der være tale om såvel horisontale som vertikale aftaler. De horisontale aftaler skal vurderes efter principperne i retningslinjerne for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53 på horisontale samarbejdsaftaler <sup>(3)</sup>. Hvis det på grundlag af denne vurdering konkluderes, 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 gruppefritagelsens og nærværende retningslinjer. For eksempel skal horisontale aftaler indgået mellem medlemmerne af sammenslutningen eller beslutninger truffet af sammenslutningen, f.eks. en beslutning om at forpligte medlemmerne til at foretage deres indkøb hos sammenslutningen eller en beslutning om at tildele medlemmerne eneforhandlingsområder, i første omgang vurderes som horisontale aftaler. Når det på grundlag

<sup>(1)</sup> EUT C 266 af 31.10.2002, s. 1, og EØS-tillæg nr. 55 af 31.10.2002, s. 1.

<sup>(2)</sup> Se EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked inden for konkurrenceretten i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), EFT L 200 af 16.7.1998, s. 46, og EØS-tillæg nr. 28 af 16.7.1998, s. 3, punkt. 20-24; Kommissionens Trettende Beretning om Konkurrencepolitikken, nr. 55, og Kommissionens beslutning 90/410/EØF i sag nr. IV/32.009 - *Elopak/Metal Box-Odin*, EFT L 209 af 8.8.1990, s. 15.

<sup>(3)</sup> Se punkt 27).

af denne vurdering konkluderes, at den horisontale aftale ikke er konkurrencebegrænsende, bliver det nødvendigt at vurdere de vertikale aftaler mellem sammenslutningen og de enkelte medlemmer eller mellem sammenslutningen og leverandørerne.

#### 2.4 Vertikale aftaler med bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (IP)

- 31) Efter gruppefritagelsens artikel 2, stk. 3, omfatter gruppefritagelsen vertikale aftaler, der indeholder visse bestemmelser om overdragelse af IP til køberen eller om dennes udnyttelse deraf, hvilket betyder, at alle andre vertikale aftaler med IP-bestemmelser er udelukket fra gruppefritagelsen. Gruppefritagelsen finder anvendelse på vertikale aftaler med IP-bestemmelser, når følgende fem betingelser er opfyldt:
- a) IP-bestemmelserne skal være en del af en vertikal aftale, dvs. en aftale, der vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenesteydelser
  - b) IP-rettighederne skal være overdraget eller licenseret til køberen
  - c) IP-bestemmelserne må ikke være aftalens hovedformål
  - d) IP-bestemmelserne skal være direkte knyttet til køberens eller hans kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. I tilfælde af franchising, hvor udnyttelsen af IP sker i markedsføringsøjemed, forhandles varerne eller tjenesteydelserne af hovedfranchisetageren eller franchise-tagerne
  - e) IP-bestemmelserne må ikke i relation til aftalevarerne eller -tjenesterne indeholde konkurrencebegrænsninger, der har samme formål eller følge som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter gruppefritagelsen.
- 32) Disse betingelser sikrer, at gruppefritagelsen kun kan finde anvendelse på vertikale aftaler, hvor anvendelsen, salget eller videresalget af varer eller tjenester kan gennemføres mere effektivt, fordi der overdrages eller licenseres IP-rettigheder til køberen. Med andre ord kan begrænsninger vedrørende overdragelsen eller udnyttelsen af IP være omfattet af gruppefritagelsen, når aftalens hovedformål er køb eller distribution af varer eller tjenesteydelser.
- 33) Den første betingelse gør det klart, at overdragelsen af IP 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 IP-licens med henblik på fremstilling af varer eller en ren licensaftale. Gruppefritagelsen omfatter f.eks. ikke:
- a) aftaler, hvorved den ene part giver den anden en opskrift på en bestemt drikkevarer samt licens på produktion heraf
  - b) aftaler, hvorved den ene part giver den anden en form eller originalkopi samt licens på at fremstille og distribuere kopier
  - c) rene licenser på et varemærke eller logo med henblik på merchandising

- d) sponsoraftaler om retten til at annoncere sig selv som officiel sponsor for en begivenhed
- e) licenser på ophavsrettigheder, såsom radio- og tv-kontrakter om retten til at optage og/eller transmittere en begivenhed.
- 34) Den anden betingelse gør det klart, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse, når det er køberen, der overfører IP til leverandøren, uanset om disse vedrører produktion eller distribution. En aftale om overdragelse af IP-rettigheder 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<sup>(1)</sup>, ikke falder ind under gruppefritagelsen (se også punkt 22)). Vertikale aftaler, hvorved køberen kun giver leverandøren specifikationer, der beskriver de varer eller tjenesteydelser, der skal leveres, er dog omfattet af gruppefritagelsens anvendelsesområde.
- 35) Tredje betingelse gør det klart, at aftalens hovedformål ikke må være overdragelse af eller licens på IP-rettigheder, hvis gruppefritagelsen skal finde anvendelse. Hovedformålet skal være køb, salg eller videresalg af varer eller tjenesteydelser, og IP-bestemmelserne skal blot bidrage til gennemførelsen af den vertikale aftale.
- 36) Den fjerde betingelse kræver, at IP-bestemmelserne letter køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Varerne eller tjenesteydelserne til brug eller videresalg leveres normalt af licensgiver, men kan også indkøbes af licenstagere fra tredjemand. IP-bestemmelserne vedrører normalt markedsføringen af varer og tjenesteydelser. Dette er f.eks. tilfældet ved en franchiseaftale, hvor franchisegiveren sælger varer til franchisetageren med henblik på videresalg og giver franchisetageren licens til udnyttelse af sit varemærke og sin knowhow ved markedsføringen af varerne, eller hvor leverandøren af en koncentreret ekstrakt giver køberen licens til at fortynde og aftappe ekstrakten, inden produktet sælges som drikkevarer.
- 37) Den femte betingelse understreger, at IP-bestemmelserne ikke må have samme formål som nogen af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er opregnet i gruppefritagelsens artikel 4, eller nogen af de begrænsninger, der er udelukket fra gruppefritagelsens anvendelsesområde i medfør af artikel 5 (jf. punkt 47)-69) i nærværende retningslinjer).
- 38) IP-rettigheder, der er relevante for gennemførelsen af vertikale aftaler som omhandlet i gruppefritagelsens artikel 2, stk. 3, vedrører normalt følgende tre hovedområder: varemærker, ophavsrettigheder og knowhow.

#### *Varemærker*

- 39) 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.

#### *Ophavsrettigheder*

- 40) 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 53, stk. 1.

<sup>(1)</sup> Se underleverancemeddelelsen (nævnt i punkt 22)).



41) Aftaler om levering af fysiske kopier af softwareprodukter til videresalg, hvor forhandleren ikke opnår licens på nogen rettighed over softwareprodukterne, 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 for softwareprodukterne mellem rettighedshaveren og brugeren af softwareprodukterne. Det sker eventuelt i form af 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.

42) Købere af hardware, der indeholder ophavsretligt beskyttet software, kan af rettighedshaveren blive pålagt ikke at krænke ophavsretten, og må derfor ikke tage kopier og videresælge den pågældende software eller tage kopier og bruge dem i forbindelse med anden hardware. Sådanne brugsrestriktioner er omfattet af gruppefritagelsen, i det omfang hvor de overhovedet falder ind under artikel 53, stk. 1.

#### *Knowhow*

43) Franchiseaftaler, med undtagelse af produktionsfranchiseaftaler, er det mest oplagte eksempel på, at en køber får overført knowhow til markeds-føringsformål<sup>(1)</sup>. Franchiseaftaler omfatter licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder vedrørende varemærker eller logøer og knowhow med henblik på anvendelse og distribution af varer eller levering af tjenesteydelser. Foruden IP-licenser yder franchisegiveren normalt franchisetageren kommerciel eller teknisk bistand i hele aftalens løbetid, eksempelvis leveringsservice, uddannelse, rådgivning om fast ejendom, finansiel planlægning m.v. Licensen og bistanden indgår som en integreret del af den forretningsmetode, der gives i franchise.

44) Licenser i franchiseaftaler er omfattet af gruppefritagelsen, hvis alle de fem betingelser i punkt 31) er opfyldt. Betingelserne er normalt opfyldt, eftersom franchisegiveren i henhold til de fleste franchiseaftaler, også i hovedfranchiseaftaler, normalt leverer varer og/eller tjenesteydelser, navnlig tjenesteydelser i form af kommerciel eller teknisk bistand, til franchisetageren. IP-rettighederne 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 tjenesteydelser, der følger heraf. Hvis franchiseaftalen kun eller primært kun vedrører IP-licenser, er den ikke omfattet af gruppefritagelsen, men EFTA-Tilsynsmyndigheden vil som hovedregel anvende de principper, der er fastsat i gruppefritagelsen og i disse retningslinjer, på aftalen.

45) Følgende IP-relaterede forpligtelser anses normalt for at være nødvendige for at beskytte franchisegiverens intellektuelle ejendomsrettigheder og, hvis de falder ind under artikel 53, stk. 1, er de også omfattet af gruppefritagelsen:

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, som ville give ham 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 almindeligt kendt

d) en pligt for franchisetageren til at videregive alle erfaringer, som han måtte opnå under sin udnyttelse af franchisen, til franchisegiveren og give franchisegiveren og andre franchisetagere ikke-eksklusiv licens på den knowhow, som disse erfaringer indebærer

<sup>(1)</sup> Punkt 43)-45) finder tilsvarende anvendelse på andre typer distributionsaftaler, som indebærer overførsel af væsentlig knowhow fra leverandør til køber.

- 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 de rettigheder og forpligtelser, der følger af franchiseaftalen, til andre.

### 2.5 Forholdet til andre gruppefritagelser

- 46) I gruppefritagelsens artikel 2, stk. 5, er det fastsat, at gruppefritagelsen ikke gælder "for vertikale aftaler, hvis genstand er omfattet af anvendelsesområdet for andre gruppefritagelser, medmindre andet er fastsat i en sådan akt". Gruppefritagelsen gælder derfor ikke for vertikale aftaler, der er omfattet af den akt, der er nævnt i punkt 5 i bilag XIV til EØS-aftalen (Kommissionens forordning (EF) nr. 772/2004 af 27. april 2004 <sup>(1)</sup>), om anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler, den akt, der er nævnt i punkt 4b i bilag XIV til EØS-aftalen (Kommissionens forordning nr. 461/2010 af 27. maj 2010 <sup>(2)</sup>), om anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen eller den akt, der er nævnt i punkt 6 i bilag XIV til EØS-aftalen (Kommissionens forordning (EF) nr. 2658/2000 af 29. november 2000 <sup>(3)</sup>), om anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på kategorier af specialiseringsaftaler og den akt, der er nævnt i punkt 7 til bilag XIV til EØS-aftalen (Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 af 29. november 2000 <sup>(4)</sup>), om anvendelse af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler, der fritager vertikale aftaler, der indgås sammen med horisontale aftaler, eller fremtidige akter herom, medmindre andet er fastsat i disse akter.

### 3. Alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsen

- 47) Gruppefritagelsens artikel 4 indeholder en liste over alvorlige begrænsninger, hvis tilstedeværelse i en vertikal aftale bevirker, at hele aftalen falder uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde (?). Hvis en aftale indeholder en af disse alvorlige begrænsninger, formodes aftalen at falde ind under artikel 53, stk. 1. Der gælder også en formodning om, at aftalen sandsynligvis ikke opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3, og at gruppefritagelsen derfor ikke finder anvendelse. Virksomhederne kan dog i konkrete tilfælde godtgøre, at der er konkurrencefremmende virkninger, der kan falde ind under artikel 53, stk. 3 <sup>(6)</sup>. Hvis virksomhederne godtgør, at en det er sandsynligt, at det vil give effektivitetsfordele at medtage den alvorlige begrænsning i aftalen, og påviser, at alle betingelserne i artikel 53, stk. 3, generelt er opfyldt, vil EFTA-Tilsynsmyndigheden skulle foretage en reel vurdering af de sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger, før den tager endelig stilling til, om betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt <sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> EUT L 123 af 27.4.2004, s. 11, inkorporeret i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 142/2005, EUT L 198 af 28.7.2005, s. 42, og EØS-tillæg nr. 38 af 28.7.2005, s. 24.

<sup>(2)</sup> Se punkt 25).

<sup>(3)</sup> EFT L 304 af 5.12.2000, s. 3, inkorporeret i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 113/2000, EFT L 52 af 22.2.2001, s. 38, og EØS-tillæg nr. 9 af 22.2.2001, s. 5.

<sup>(4)</sup> EFT L 304 af 5.12.2000, s. 7, inkorporeret i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelse nr. 113/2000, EFT L 52 af 22.2.2001, s. 38, og EØS-tillæg nr. 9 af 22.2.2001, s. 5.

<sup>(5)</sup> Denne liste over alvorlige begrænsninger gælder for vertikale aftaler, der angår handel inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde. Med hensyn til vertikale aftaler, der drejer sig om eksport til eller import/reimport fra lande uden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, henvises der til Domstolens dom i sag C-306/96, *Javico mod Yves Saint Laurent*, Sml. 1998 I, s. 1983. I denne dom statuerede Domstolen i præmis 20, at "en aftale, hvorved forhandleren forpligter sig over for producenten til at lade de af aftalen omfattede varer være bestemt til at forhandles på et marked, der ligger uden for Fællesskabet, ikke kan antages at have til formål mærkbart at begrænse konkurrencen på det fælles marked eller at kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne".

<sup>(6)</sup> Se især punkt 106-109), der giver en generel beskrivelse af mulige effektivitetsfordele i forbindelse med vertikale begrænsninger, og afsnit VI.2.10 om detailprisbinding. Se generelt også EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse - Retningslinjer for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, vedtaget ved afgørelse nr. 123/04/KOL (EUT C 208 af 6.9.2007, s. 1, og EØS-tillæg nr. 42 af 6.9.2007, s. 1).

<sup>(7)</sup> Hvad der her beskrives som to særskilte skridt, kan i praksis være en løbende proces, hvor parterne og EFTA-Tilsynsmyndigheden i flere omgange underbygger deres respektive argumenter.



- 48) Den alvorlige begrænsning indeholdt i gruppefritagelsens 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 givet prisniveau, om ordninger, som gør leverandørrabatter eller refusion af udgifter til salgsfremmende foranstaltninger betinget af overholdelse af et bestemt prisniveau, om sammenknytning af den givne videresalgspris med konkurrenternes videresalgspriser, samt trusler, intimidering, advarsler, sanktioner, forsinkelser eller standsning af leverancer eller opsigelse af aftalen i tilfælde af manglende overholdelse af et givet prisniveau. Direkte eller indirekte midler til prisbinding kan gøres mere effektive, hvis de kombineres med foranstaltninger, der tager sigte på at afsløre forhandlere, som anvender lavere priser, f.eks. ved indførelse af prisovervågningssystemer eller krav om, at detailhandlerne skal indberette andre medlemmer af distributionsnettet, der fraviger det fastsatte prisniveau. En direkte eller indirekte prisbinding 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 "mestbegunstigelsesklausul". De samme indirekte midler og de samme "understøttende" foranstaltninger kan bruges til at få maksimumspriser eller vejledende priser til at fungere som bindende priser. Brugen af en bestemt understøttende foranstaltning eller en leverandørs udlevering af en liste med vejledende priser eller maksimumspriser til køberen anses dog ikke i sig selv for at føre til prisbinding.
- 49) Ved agentaftaler fastsætter agenturgiver normalt salgsprisen, eftersom agenten ikke bliver ejer af varerne. Hvis en sådan aftale imidlertid ikke er at betragte som en agentaftale i relation til artikel 53, stk. 1 (jf. punkt 12)-21)), 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 efter gruppefritagelsens artikel 4, litra a). For at undgå en sådan alvorlig begrænsning i aftalen bør agenten derfor frit kunne sænke den pris, som kunden faktisk skal betale, uden dermed at reducere agenturgivers indkomst<sup>(1)</sup>.
- 50) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsens artikel 4, litra b), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at begrænse køberens passive salg - herunder passivt salg via internet - 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 indebærer en markedsopdeling i områder eller kundegrupper. Den kan bero på direkte forpligtelser, såsom et forbud mod passivt salg til bestemte kunder eller til kunder i bestemte områder eller en pligt til at henvise ordrer fra sådanne kunder til andre forhandlere. Den kan også bero på indirekte foranstaltninger, der tager sigte på at få forhandleren til at afstå fra passivt salg til sådanne kunder, som f.eks. afvisning eller reduktion af bonus eller rabatter, leveringsstandsning, reduktion af leverancer eller af de leverede mængder til forhandlerens område eller kundegruppe, trusler om kontraktopsigelse, krav om en højere pris for varer, der eksporteres, begrænsninger angående hvor stor en del af varerne, der må eksporteres, eller pligt til at tilbagegive fortjenesten. Den kan desuden bero på, at leverandøren ikke yder en EØS-dækkende garantiservice, som indebærer, at 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<sup>(2)</sup>. Sandsynligheden for, at en sådan praksis vil blive betragtet som en begrænsning af køberens passive salg, 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 forskellige serienumre. Men at forhandleren pålægges pligt til at skilte med leverandørens varemærke, betragtes ikke som en alvorlig konkurrencebegrænsning. Eftersom artikel 4, litra b), kun drejer sig om begrænsninger i køberens eller dennes kunders salg, betyder det, at begrænsninger i leverandørens salg heller ikke betragtes som alvorlige begrænsninger, idet der dog skal tages hensyn til, hvad der anføres i punkt 59) angående salg af reservedele i relation til gruppefritagelsens artikel 4, litra e). Artikel 4, litra b), finder

<sup>(1)</sup> Se f.eks. Kommissionens beslutning 91/562/EØF i sag nr. IV/32.737, *Eirpage*, EFT L 306 af 7.11.1991, s. 22, især betragtning (6).

<sup>(2)</sup> Hvis leverandøren ikke refunderer sine forhandlere deres udgifter i forbindelse med den EØS-dækkende garanti, er det muligt at aftale med disse forhandlere, at en forhandler, som sælger uden for sit eget område, skal betale den forhandler, der er udpeget til det pågældende område, et gebyr beregnet på basis af omkostningerne ved den garantiservice, der udføres, samt en passende fortjeneste. En sådan ordning vil muligvis ikke blive betragtet som en begrænsning af forhandlerens ret til at sælge uden for deres eget område (se Rettens dom i sag T-67/01, *JCB Services mod Kommissionen*, Sml. 2004 II, s. 49, præmis 136-145).

anvendelse, uden at det berører en begrænsning angående køberens forretningssted. Gruppefritagelsen ophører således ikke med at finde anvendelse, hvis det aftales, at køberen kun må have sine forretninger og lagre på en bestemt adresse, et bestemt sted eller i et bestemt område.

- 51) Der er fire undtagelser fra den alvorlige begrænsning i gruppefritagelsens artikel 4, litra b). Den første undtagelse i artikel 4, litra b) (i) giver en leverandør mulighed for at begrænse en forhandlers aktive salg i et område eller til en kundegruppe, som en anden forhandler har fået eneret på, eller som leverandøren har forbeholdt sig selv. Der er givet eneret til et område eller en kundegruppe, når leverandøren indvilliger i at sælge sit produkt til kun én forhandler til salg i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, og eneforhandleren er beskyttet mod, at alle leverandørens øvrige kunder inden for EØS aktivt sælger i hans område eller til hans kundegruppe, uafhængigt af leverandørens salg. Leverandøren kan kombinere tildelingen af et eneforhandlingsområde og en bestemt kundegruppe med f.eks. at udpege en eneforhandler for en bestemt kundegruppe i et bestemt område. Denne beskyttelse af eneforhandlingsområder og eneret til kunde grupper skal dog åbne mulighed for passivt salg til sådanne områder eller kunde grupper. I relation til gruppefritagelsens artikel 4, litra b), definerer EFTA-Tilsynsmyndigheden "aktivt" og "passivt" salg således:

— Ved "aktivt" salg forstås aktiv henvendelse til individuelle kunder, f.eks. i form af adresserede breve, herunder uopfordrede e-mails, eller besøg, eller aktiv henvendelse til en bestemt kundegruppe eller bestemte kunder i et bestemt område, gennem reklamer i medierne, på internettet eller andre salgsmetoder, der specifikt er rettet mod denne kundegruppe eller kunder i det pågældende område. Reklamer og salgsmetoder, der kun er attraktive for køberen, hvis de (også) når ud til en bestemt kundegruppe eller kunder i et bestemt område, betragtes som aktivt salg til denne kundegruppe eller kunderne i dette bestemte område.

— Ved "passivt" salg forstås: besvarelse af uopfordrede henvendelser fra individuelle kunder, herunder levering af varer eller tjenester til disse kunder. Generelle reklamer eller salgsmetoder, der når frem til kunder i andre forhandlers (eksklusive) områder eller kunde grupper, men som udgør en rimelig måde til at nå ud til kunder uden for disse områder eller kunde grupper, f.eks. ved at nå ud til kunder i ens eget område, anses for at være passivt salg. Generelle reklamer eller salgsmetoder betragtes som en rimelig måde at nå ud til sådanne kunder på, hvis det vil kunne betale sig for køberen at investere i dem, også selv om de ikke når ud til kunder i andre forhandlers (eksklusivt tildelte) områder eller kunde grupper.

- 52) Internettet er et meget effektivt middel til at nå ud til et større antal og en videre kreds af kunder, end hvis man benytter mere traditionelle salgsmetoder, hvilket er forklaringen på, at visse former for begrænsninger i adgangen til at bruge internettet behandles som (videre)salgsmetoder. I princippet må enhver forhandler have lov til frit at gøre brug af internettet til at sælge sine varer. Generelt betragtes det, at en forhandler har et websted, som en form for passivt salg, eftersom det er en rimelig måde, hvorpå kunderne kan finde frem til en forhandler. Brug af et websted kan have virkninger uden for forhandlerens eget område og egen kunde gruppe, men disse virkninger skyldes teknologien, der giver nem adgang, uanset hvor man befinder sig. Hvis en kunde besøger en forhandlers websted og kontakter forhandleren, og en sådan kontakt fører til salg og levering, skal dette betragtes som passivt salg. Det samme gælder, hvis en kunde vælger (automatisk) at blive løbende orienteret af forhandleren, og dette resulterer i et salg. Det, at der gives mulighed for at vælge forskellige sprog på webstedet, ændrer ikke i sig selv ved, at der er tale om et passivt salg. Således betragter EFTA-Tilsynsmyndigheden følgende begrænsninger som eksempler på alvorlige begrænsninger i passivt salg, fordi de kan begrænse forhandlerens muligheder for at nå ud til et større antal og en videre kreds af kunder:

a) aftaler om, at en (ene)forhandler skal forhindre kunder i en anden (ene)forhandlers område fra at gå ind på sit websted eller skal sørge for automatisk omdirigering af kunder til producentens eller andre (ene)forhandlers websteder. Dette er ikke til hinder for en aftale om, at forhandlerens websted også skal indeholde en række links til andre forhandlers og/eller leverandørens websted

b) aftaler om, at en (ene)forhandler skal standse kundetransaktioner over internettet, hvis det af deres kreditkortoplysninger fremgår, at disse kunder ikke har adresse inden for forhandlerens (eksklusive) område

- c) aftaler om, at en forhandler skal begrænse den andel af sit samlede salg, der foregår via internettet. Dette er ikke til hinder for, at leverandøren uden at begrænse forhandlerens internetsalg kan kræve, at køberen sælger mindst en absolut mængde (i værdi eller omfang) af produkterne uden om internettet for at sikre en effektiv drift af hans fysiske forretningssted, ligesom det heller ikke er til hinder for, at leverandøren sikrer sig, at forhandlerens internetaktiviteter fortsat stemmer overens med leverandørens distributionsmodel (se punkt 54) og 56)). Den del, der kræves solgt på traditionel vis, kan være den samme for alle købere eller fastsat individuelt for hver køber ud fra objektive kriterier som f.eks. køberens størrelse i forhold til hele distributionsnettet eller køberens beliggenhed
- d) aftaler om, at forhandleren skal betale en merpris for de varer, han har til hensigt at sælge via internettet, i forhold til de varer, han vil sælge fra sit fysiske forretningssted. Dette er ikke til hinder for, at leverandøren kan aftale med køberen, at han skal betale denne et fast beløb (og altså ikke et variabelt beløb, der stiger i takt med omsætningen ved salg fra det fysiske forretningssted, eftersom det indirekte ville indebære et dobbelt prissystem) til støtte for køberens salg fra dennes faste forretningssted eller via internettet.
- 53) En begrænsning i den brug, som forhandlere, der er parter i aftalen, gør af internettet, er forenelig med gruppefritagelsen, for så vidt salg fremme via internettet eller brug af internettet ville føre til aktivt salg til f.eks. andre forhandleres eneforhandlingsområder eller kundegrupper. EFTA-Tilsynsmyndigheden betragter f.eks. internetreklamer, der specielt er rettet mod bestemte kunder, som en form for aktivt salg til disse kunder. Områderelaterede bannere på andre forhandleres websteder er f.eks. en form for aktivt salg til de områder, hvor disse bannere vises. Generelt er tiltag rettet mod et bestemt område eller en bestemt kundegruppe en form for aktivt salg til dette område eller denne kundegruppe. Hvis man f.eks. betaler en søgemaskine eller et internetreklamebureau for at vise reklamer, der specielt henvender sig til brugere i et bestemt område, er der tale om aktivt salg til dette område.
- 54) I henhold til gruppefritagelsen kan leverandøren dog pålægge kvalitetsstandarder ved brugen af webstedet til videresalg af hans varer, på samme måde som leverandøren kan opstille kvalitetsstandarder for en forretning, for salgskataloger eller for reklame og salg fremstød i almindelighed. Det kan særligt have betydning ved selektiv distribution. I henhold til gruppefritagelsen kan en leverandør f.eks. kræve, at hans forhandlere har et eller flere fysiske forretningssteder eller showrooms, for at de kan komme med i hans distributionssystem. Det er også i henhold til gruppefritagelsen muligt sidenhen at ændre en sådan betingelse, medmindre denne ændring direkte eller indirekte har til formål at begrænse forhandlerens internetsalg. Tilsvarende kan en leverandør kræve, at hans forhandlere kun benytter en tredjemands platform til distribution af aftalevarerne i overensstemmelse med alle de krav og betingelser, der er aftalt mellem leverandøren og forhandleren angående forhandlerens brug af internettet. Hvis en forhandler f.eks. benytter en tredjemands platform som webhotel for sin hjemmeside, kan leverandøren kræve, at kunderne ikke kommer ind på forhandlerens hjemmeside via et websted, der bærer navnet på eller logoet for tredjemands platform.
- 55) Der er tre andre undtagelser fra den alvorlige begrænsning i gruppefritagelsens artikel 4, litra b). Alle tre undtagelser giver mulighed for at begrænse såvel aktivt som passivt salg. Den første af dem drejer sig om muligheden for at begrænse en grossists adgang til at sælge til endelige forbrugere, hvilket giver en leverandør mulighed for at holde grossist- og detailledene adskilte. Denne undtagelse udelukker dog ikke muligheden for, at grossisten kan sælge til bestemte endelige forbrugere, f.eks. de store, men ikke til (alle) andre endelige forbrugere. Den anden drejer sig om en leverandørs mulighed for at pålægge en autoriseret forhandler i et selektivt distributionssystem begrænsninger i adgangen til at sælge til uautoriserede forhandlere i ethvert distributionsled i ethvert område, hvor der aktuelt findes et selektivt distributionssystem, eller hvor leverandøren endnu ikke sælger aftalevarerne (i artikel 4, litra b), nr. iii), betegnet som "det eksklusivområde, der er reserveret leverandøren"). Den tredje undtagelse drejer sig om, at leverandøren kan pålægge en køber af komponenter, som vedkommende har fået leveret til inkorporering i et produkt, begrænsninger i adgangen til at sælge dem til leverandørens konkurrenter. Udtrykket "komponent" omfatter alle mellemprodukter, og udtrykket "inkorporering" omfatter brugen af ethvert input til produktion af varer.
- 56) Gruppefritagelsens artikel 4, litra c), omhandler den alvorlige begrænsning, 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, men udelukker dog ikke

muligheden for at forbyde et medlem af nettet at operere fra et uautoriseret forretningssted. Forhandlere i et selektivt distributionssystem, som defineret i gruppefritagelsens artikel 1, stk. 1, litra e), må derfor ikke pålægges begrænsninger med hensyn til, hvilke brugere de må sælge til, eller valget af indkøbsagenter, der handler på disse brugeres vegne, medmindre formålet er at beskytte et eneforhandlingsystem etableret i et andet område (se punkt 51) ovenfor). Inden for et selektivt distributionssystem bør forhandlerne frit kunne sælge både aktivt og passivt til alle endelige brugere, også via internettet. EFTA-Tilsynsmyndigheden anser derfor forpligtelser, som afskrækker autoriserede forhandlere fra at bruge internettet til at nå ud til et større antal og en videre kreds af kunder gennem pålæg af betingelser for internetsalg, som ikke samlet set svarer til de betingelser, de pålægges med hensyn til salg fra fysiske forretningssteder, for at være en alvorlig begrænsning. Det betyder ikke, at de betingelser, der pålægges for internetsalg, skal være identiske med dem, der gælder for salg fra fysiske forretningssteder, men derimod, at de bør have de samme formål og føre til sammenlignelige resultater, og at forskellene mellem disse betingelser skal være begrundet i de to distributionsformers forskellige karakter. For at forhindre salg til uautoriserede forhandlere kan en leverandør for eksempel pålægge sine autoriserede forhandlere en begrænsning, så de ikke kan sælge mere end en bestemt mængde aftalevarer til den enkelte endelige bruger. Dette krav kan skærpes for internetsalg, hvis det er lettere for en uautoriseret forhandler at skaffe disse varer via internettet. Det vil også kunne skærpes for salg uden om internettet, hvis det er lettere at købe dem på et fysisk forretningssted. For at sikre rettidig levering af aftalevarerne kan en leverandør kræve, at varer solgt uden om internettet skal leveres omgående. Samme krav kan ikke stilles til internetsalg, men leverandøren kan kræve visse gennemførlige leveringsfrister overholdt for internetsalg. Det kan blive nødvendigt at stille særlige krav om en slags eftersalgshelpdesk på internettet, så omkostningerne ved kundernes returnering af varen og ved at anvende sikre betalingssystemer bliver dækket.

- 57) Inden for det område, hvor leverandøren har etableret en selektiv distribution, må dette system ikke kombineres med eneforhandling, da det vil føre til en alvorlig begrænsning af forhandlerens aktive eller passive salg i betydningen i gruppefritagelsens artikel 4, litra c), men det er dog tilladt at begrænse forhandlerens mulighed for selv at bestemme beliggenheden af sit forretningssted. Autoriserede forhandlere kan afskæres fra at drive deres virksomhed fra andre lokaler eller fra at åbne en ny forretning et andet sted. I den forbindelse kan det, at en forhandler har sin egen hjemmeside, ikke sidestilles med åbning af et nyt forretningssted et andet sted. Hvis der er tale om en mobil forretning, kan der afgrænses et område, uden for hvilket denne mobile forretning ikke må drives. Leverandøren kan desuden forpligte sig til kun at levere til én forhandler eller kun et begrænset antal forhandlere på en bestemt del af det område, hvor han har et selektivt distributionssystem.
- 58) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsens artikel 4, litra d), drejer sig om begrænsning af krydsleverancer mellem autoriserede forhandlere i et selektivt distributionssystem. En aftale eller samordnet praksis må således hverken direkte eller indirekte have til formål at forhindre eller begrænse aktivt eller passivt salg af aftalevarerne mellem de autoriserede forhandlere. De autoriserede forhandlere skal fortsat frit kunne købe aftalevarerne fra andre autoriserede forhandlere, hvad enten de driver virksomhed i samme eller andre omsætningsled. Derfor må selektiv distribution ikke kombineres med vertikale begrænsninger, der tager sigte på at tvinge forhandlerne til kun at købe aftalevarerne fra en bestemt leverandør. Det betyder også, at der i et selektivt distributionsnet ikke må pålægges autoriserede grossister begrænsninger i deres salg af produktet til autoriserede detailhandlere.
- 59) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsens 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 inkorporerer disse dele i sit eget produkt (originaludstøvsfabrikant), må hverken direkte eller indirekte forhindre eller begrænse producenten af disse reservedele i at sælge dem til endelige brugere eller uafhængige reparatører eller serviceudbydere. Indirekte begrænsninger kan navnlig foreligge, når leverandøren af reservedele pålægges restriktioner med hensyn til udlevering af tekniske oplysninger og specialudstyr, der er en forudsætning for, at brugerne eller de uafhængige reparatører eller serviceudbydere kan bruge reservedelene. Aftalen kan dog pålægge begrænsninger med hensyn til leverancer af reservedele til reparatører eller serviceudbydere, som originaludstøvsfabrikanten har udpeget til at reparere eller udføre service på sine egne produkter. Med andre ord kan originaludstøvsfabrikanten forlange, at hans eget reparations- og servicenet køber reservedelene hos ham.

**4. Alvorlige salgsbegrænsninger, som i konkrete tilfælde kan falde uden for anvendelsesområdet for artikel 53, stk. 1, eller opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3**

- 60) I ekstraordinære tilfælde kan alvorlige begrænsninger være objektivt nødvendige for en aftale af en bestemt type eller art <sup>(1)</sup> og derfor falde uden for rammerne af artikel 53, stk. 1. F.eks. kan en alvorlig begrænsning være objektivt nødvendig for at sikre, at et offentligt forbud mod salg af farlige stoffer til bestemte kunder overholdes af sikkerheds- eller sundhedshensyn. Desuden kan virksomhederne i konkrete tilfælde gøre effektivitetsfordele gældende, der kan falde ind under artikel 53, stk. 3. I det følgende gives en række eksempler, der drejer sig om (videre)salgsbegrænsninger, mens detailprisbinding gennemgås i afsnit VI.2.10.
- 61) En distributør, der bliver den første til at sælge et nyt mærke eller den første til at sælge et eksisterende mærke på et nyt marked og derfor den første til at trænge ind på dette marked, vil ofte være nødt til at foretage betydelige investeringer, hvis der ikke tidligere var nogen efterspørgsel efter denne type produkt generelt eller efter den pågældende producents produkt af denne type. Disse investeringer vil ofte være irreversible (sunk costs), og under disse omstændigheder vil distributøren måske ikke indgå distributionsaftalen uden i et vist tidsrum at være beskyttet mod andre distributørers (aktive og) passive salg i hans område eller til hans kundegruppe. For eksempel kan en sådan situation opstå, når en producent etableret på et bestemt nationalt marked går ind på et andet nationalt marked og introducerer sine produkter via en eneforhandler, og denne eneforhandler er nødt til at foretage betydelige investeringer i at lancere og etablere mærket på dette nye marked. Når det er nødvendigt, at distributøren foretager betydelige investeringer i at opdyrke og/eller udvikle det nye marked, vil begrænsninger i andre distributørers adgang til passivt salg i det pågældende område eller til den pågældende kundegruppe, som er nødvendige for, at distributøren kan tjene sin investering ind, derfor normalt ikke falde ind under artikel 53, stk. 1, i de første to år, hvor distributøren sælger aftalevarerne i dette område eller til denne kundegruppe, selv om sådanne alvorlige begrænsninger normalt anses for at falde ind under artikel 53, stk. 1.
- 62) Er der tale om reelt at teste et nyt produkt på et begrænset område eller hos en begrænset kundegruppe, eller om en introduktion af et nyt produkt i flere omgange, vil de distributører, der skal sælge det nye produkt på testmarkedet eller deltage i den første introduktionsrunde, kunne få begrænset deres adgang til aktivt salg uden for testmarkedet eller det marked, hvor det først introduceres, uden at det falder ind under artikel 53, stk. 1, i det tidsrum, det er nødvendigt for at teste eller introducere produktet.
- 63) I et selektivt distributionssystem skal der normalt være fri adgang til krydsleverancer mellem de autoriserede distributører (jf. punkt 58)). Men hvis autoriserede grossister etableret i forskellige områder er forpligtede til at investere i salgsfremmende aktiviteter inden for "deres" område for at støtte autoriserede detailforhandlers salg, og det ikke er praktisk muligt at fastsætte kravene til disse salgsfremmetiltag i en aftale, vil begrænsninger i grossisternes aktive salg til autoriserede forhandlere på andre grossisters område med det formål at imødegå "frijulsproblemer" i individuelle tilfælde kunne opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3.
- 64) Generelt er en aftale om, at distributøren skal betale en højere pris for produkter, som han agter at sælge via internettet, end for produkter, der vil blive solgt uden om nettet ("dobbelt prissystem"), en alvorlig begrænsning (jf. punkt 52)). Under visse særlige omstændigheder kan en aftale dog opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3. Sådanne omstændigheder kan foreligge, hvis en producent indgår aftale om et dobbelt prissystem med sine forhandlere, fordi internetsalg er forbundet med betydeligt højere omkostninger for producenten end salg uden om internettet. Når f.eks. salg uden om internettet omfatter forhandlerens installation hos kunden, mens det ikke er tilfældet ved internetsalg, kan internetsalg resultere i flere klager fra kunder og garantikrav mod producenten. I den sammenhæng vil EFTA-Tilsynsmyndigheden også se på, i hvilket omfang denne begrænsning må antages at kunne begrænse internetsalg og afskære distributøren fra at nå ud til et større antal og en videre kreds af kunder.

<sup>(1)</sup> Se punkt 18 i EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse - Retningslinjer for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, vedtaget ved afgørelse nr. 123/04/KOL (EUT C 208 af 6.9.2007, s. 1, og EØS-tillæg nr. 42 af 6.9.2007, s. 1.).



### 5. Konkurrencebegrænsninger, der er udelukket fra gruppefritagelsen

- 65) Gruppefritagelsens artikel 5 udelukker en række forpligtelser fra fritagelsen, selv om markedsandels-tærsklen 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.
- 66) Den første forpligtelse, der er udelukket fra gruppefritagelsen, er omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra a), og vedrører konkurrenceklausuler. Konkurrenceklausuler er aftalebestemmelser, som forpligter køberen til at købe over 80 % af sine samlede indkøb af aftalevarerne og -tjenesteydelserne og af varer eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed (beregnet på grundlag af indkøbene i det foregående kalenderår) hos leverandøren eller en virksomhed udpeget af denne (se definitionen i gruppefritagelsens artikel 1, stk. 1, litra d)). Det betyder, at køberen afskæres fra at købe konkurrerende varer eller tjenesteydelser, eller begrænser hans indkøb heraf til under 20 % af hans samlede indkøb. Hvis der i det første år efter aftalens indgåelse ikke foreligger relevante oplysninger om køberens indkøb for året inden aftalens indgåelse, kan køberens bedste skøn over hans 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 (jf. artikel 5, stk. 1, andet afsnit). Konkurrenceklausuler er generelt fritaget i henhold til gruppefritagelsen, hvis deres varighed er begrænset til højst fem år, og der ikke er nogen hindringer for, at køberen kan opsig konkurrenceklausulen ved femårsperiodens udløb. Hvis aftalen eksempelvis indeholder en femårig konkurrenceklausul, og leverandøren yder køberen et lån, må afdraget af dette lån ikke hindre køberen i at opsig konkurrenceklausulen ved femårsperiodens udløb. Hvis leverandøren forsyner køberen med udstyr, der ikke er relationsspecifikt, skal køberen have mulighed for at overtage udstyret til markedsværdien ved konkurrenceklausulens ophør.
- 67) 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 (gruppefritagelsens artikel 5, stk. 2). 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. Samme princip gælder tilsvarende, hvis køberen sælger varen fra en mobil forretning, som ejes af leverandøren, eller som denne har lejet af en tredjemand uden forbindelse til køberen. Kunstige ejerkonstruktioner, f.eks. hvor distributøren overfører sin ejendomsret over grund eller bygninger til leverandøren for blot et begrænset tidsrum med det formål at omgå femårsgrænsen, falder ikke ind under denne undtagelse.
- 68) Den anden begrænsning, der er udelukket fra gruppefritagelsen, er omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra b), og vedrører konkurrenceklausuler, der gælder efter aftalens ophør. Sådanne klausuler falder normalt ikke ind under gruppefritagelsen, 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 (jf. gruppefritagelsens artikel 5, stk. 3). Ifølge definitionen i gruppefritagelsens artikel 1, stk. 1, litra g), skal den pågældende knowhow være "væsentlig", dvs. at den pågældende knowhow omfatter viden, "der er vigtig og nyttig for køberens brug, salg eller videresalg af de kontraktmæssige varer eller -tjenesteydelser".
- 69) Den tredje begrænsning, der er udelukket fra gruppefritagelsen, er omhandlet i artikel 5, stk. 1, litra c), og vedrører salg af konkurrerende varer i et selektivt distributionssystem. Gruppefritagelsen omfatter selektivt 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 autoriserede 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 afskærer en eller flere bestemte konkurrenter fra at distribuere deres produkter gennem de pågældende salgskanaler (afskærmning af markedet for en konkurrerende leverandør, svarende til en kollektiv boykot) <sup>(1)</sup>.

#### 6. Udskillelse

- 70) Gruppefritagelsen fritager vertikale aftaler på betingelse af, at de ikke indeholder eller indebærer nogen af de alvorlige begrænsninger, som er angivet i gruppefritagelsens artikel 4. Hvis en vertikal aftale indeholder en eller flere alvorlige begrænsninger, fortabes gruppefritagelsen for hele den vertikale aftale. Alvorlige begrænsninger kan ikke adskilles fra resten af aftalen.
- 71) Adskillelsesprincippet gælder dog for de begrænsninger, der er udelukket fra gruppefritagelsen og omhandlet i gruppefritagelsens artikel 5. Gruppefritagelsen inddrages derfor kun for den del af den vertikale aftale, der ikke opfylder betingelserne i artikel 5.

#### 7. Distribution af flere produkter via samme distributionssystem

- 72) 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 gruppefritagelsen, mens andre ikke gør det. I så fald finder gruppefritagelsen anvendelse på de varer og tjenester, for hvilke betingelserne for dens anvendelse er opfyldt.
- 73) For de varer eller tjenester, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, gælder de almindelige konkurrenceregler, hvilket betyder:
- a) at der ikke er nogen gruppefritagelse, men samtidig heller ingen illegalitetsformodning
  - b) at hvis der foreligger en overtrædelse af artikel 53, stk. 1, som ikke kan fritages, kan det undersøges, om der inden for rammerne af det konkrete distributionssystem måske findes egnede midler til at løse konkurrenceproblemet
  - c) at den pågældende leverandør, hvis der ikke er sådanne egnede midler, er nødt til at træffe andre distributionsarrangementer.

Denne situation kan også opstå, hvor artikel 54 finder anvendelse på nogle produkter, men ikke på andre.

### IV. GRUPPEFRITAGELSENS INDDRAGELSE OG UANVENDELIGHED

#### 1. Inddragelse

- 74) 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 53, stk. 1, og ikke opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3.

<sup>(1)</sup> Et eksempel på en indirekte foranstaltning med en sådan udelukkelsesvirkning kan findes i Kommissionens beslutning 92/428/EØF i sag nr. IV/33.542, *Parfum Givenchy*, EFT L 236 af 19.8.1992, s. 11.

- 75) Manglende opfyldelse af betingelserne i artikel 53, 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 ensartede, hvis de omfatter begrænsninger med samme virkninger på markedet. En sådan situation kan f.eks. opstå, når en række leverandører på et marked anvender rent kvalitativ selektiv distribution, mens andre anvender kvantitativ selektiv distribution. En sådan situation kan også opstå, når en kumulativ brug af kvalitative kriterier på et givet marked bevirker, at mere effektive distributører (som kun sælger via internettet) udelukkes fra markedet. I sådanne tilfælde skal der ved vurderingen tages hensyn til de enkelte aftalenets konkurrencebegrænsende virkninger. Inddragelsen kan eventuelt udelukkende vedrøre et bestemt kvalitativt kriterium eller alene den kvantitative begrænsning i antallet af autoriserede forhandlere.
- 76) 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 53, stk. 1<sup>(1)</sup>, og er derfor ikke omfattet af inddragelsesproceduren. Vurderingen heraf skal foretages på grundlag af kriterierne i nr. 128)-229).
- 77) Bevisbyrden for, at aftalen falder ind under artikel 53, stk. 1, og ikke opfylder en eller flere betingelser i artikel 53, stk. 3, påhviler i forbindelse med inddragelsesproceduren EFTA-Tilsynsmyndigheden. En beslutning om inddragelse af gruppefritagelsen kan alene have virkning *ex nunc*, det vil sige, at virkningen for de pågældende aftalers status som fritagne aftaler først indtræffer på det tidspunkt, hvor inddragelsen af gruppefritagelsen træder i kraft.
- 78) For vertikale aftaler, der begrænser konkurrencen på et relevant geografisk marked, der er større end en enkelt EØS-stats område kan gruppefritagelsen alene inddrages af Kommissionen eller EFTA-Tilsynsmyndigheden, i overensstemmelse med bestemmelserne i EØS-aftalens artikel 56 om sagsfordelingen mellem de to myndigheder. Når en enkelt EØS-stats område eller en del deraf udgør det relevante geografiske marked, har både den kompetente tilsynsmyndighed og den pågældende medlemsstat kompetence til at inddrage gruppefritagelsen.

## 2. Undladelse af at anvende gruppefritagelsen

- 79) Gruppefritagelsens artikel 6 giver EFTA-Tilsynsmyndigheden mulighed for ved en henstilling at udelukke parallelle net af ensartede vertikale begrænsninger, som omfatter mere end 50 % af et relevant marked, fra gruppefritagelsens anvendelsesområde. Henstillingen rettes til den EFTA-stat eller de EFTA-stater, hvor det pågældende relevante marked findes.
- 80) Mens inddragelsen af gruppefritagelsen indebærer, at der vedtages en afgørelse om, at en bestemt virksomhed har overtrådt artikel 53, tager en henstilling efter artikel 6 blot sigte på, at gruppefritagelsen ikke længere skal finde anvendelse på de pågældende begrænsninger og markeder, og at artikel 53, stk. 1 og 3, derefter finder fuld anvendelse. Når en EFTA-stat har accepteret en henstilling fra EFTA-Tilsynsmyndigheden om, at gruppefritagelsen ikke skal finde anvendelse på visse vertikale begrænsninger på et bestemt marked, vil anvendelsen af artikel 53 på konkrete aftaler ske på grundlag af de kriterier, der er fastsat i EFTA-Domstolens, EU-Domstolens og Rettens retspraksis på området og i EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelser og beslutningspraksis. Når det er hensigtsmæssigt, vil EFTA-Tilsynsmyndigheden vedtage en beslutning i en given sag, der kan tjene som vejledning for alle de virksomheder, der opererer på det pågældende marked.

<sup>(1)</sup> Domstolens dom af 28. februar 1991 i sag C-234/89, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, Sml. 1991 I, s. 935.



- 81) Ved beregningen af markedsdækningsgrænsen 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. Gruppefritagelsens artikel 6 forpligter ikke EFTA-Tilsynsmyndigheden til at gribe ind, når markedsdækningsgraden overskrider 50 %. Det er generelt hensigtsmæssigt at undlade at anvende gruppefritagelsen, når adgangen til det relevante marked eller konkurrencen på dette marked kan blive mærkbart begrænset. Dette kan især være tilfældet, når parallelle, selektive distributionsnet, der dækker over 50 % af et marked, kan føre til markedsafskærmning ved at anvende udvælgelseskriterier, der ikke er nødvendige på grund af de pågældende varers art eller medfører forskelsbehandling af bestemte distributionsformer, der er egnet til at sælge sådanne varer.
- 82) Når EFTA-Tilsynsmyndigheden skal vurdere, om det er nødvendigt at bringe gruppefritagelsens artikel 6 i anvendelse, vil den overveje, om en individuel inddragelse af fritagelsen vil være et mere velegnet middel. Det kan især afhænge af antallet af konkurrerende virksomheder, der bidrager til en kumulativ virkning på et marked, eller af antallet af geografiske markeder inden for EØS, der påvirkes.
- 83) Enhver henstilling efter gruppefritagelsens artikel 6 skal klart angive sit anvendelsesområde. EFTA-Tilsynsmyndigheden skal derfor først afgrænse det(de) relevante produktmarked(er) og geografiske marked(er) og dernæst klart anføre, hvilken type vertikal begrænsning der ikke længere er omfattet af gruppefritagelsen. Hvad sidstnævnte aspekt angår, kan EFTA-Tilsynsmyndigheden tilpasse henstillingens anvendelsesområde efter de konkurrenceproblemer, den tjener til at løse. Selv om det for eksempel forholder sig således, at samtlige parallelle net af aftaler om mærkevareeksklusivitet skal tages i betragtning ved fastlæggelsen af markedsdækningsgraden på 50 %, kan EFTA-Tilsynsmyndigheden begrænse henstillingen om uanvendelighed til kun at omfatte konkurrenceklausuler ud over en bestemt varighed. Aftaler af kortere varighed eller af mindre konkurrencebegrænsende karakter vil kunne forblive uberørt i betragtning af, at disse begrænsninger bidrager til markedsafskærmningen i langt mindre grad. Tilsvarende vil henstillingen om at undlade at anvende gruppefritagen 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. EFTA-Tilsynsmyndigheden kan eventuelt også give vejledning ved at angive, hvor lille en markedsandel skal være på et bestemt marked, for at en individuel virksomhed kan anses ikke at bidrage væsentligt til den kumulative virkning.
- 84) I henhold til artikel 6 i gruppefritagelsen, som inkorporeret i EØS-aftalen (jf. punkt 2 i bilag XIV til EØS-aftalen), skal EFTA-Tilsynsmyndigheden afvente udløbet af en overgangsperiode på tre måneder, før en henstilling om ikke at anvende gruppefritagelsen anses for at være automatisk accepteret af den eller de EFTA-stater, henstillingen er rettet til. Hvis en af de EFTA-stater, som henstillingen er rettet til, accepterer henstillingen eller ikke svarer i tide, har den en retlig forpligtelse i henhold til EØF-aftalen til at gennemføre henstillingen inden for tre måneder efter dens afgivelse. Derved får de pågældende virksomheder mulighed for at tilpasse deres aftaler til henstillingen om ikke at anvende gruppefritagelsen.
- 85) En henstilling om ikke at anvende gruppefritagelsen vil ikke få virkning for de pågældende aftalers fritagne status i perioden inden dens gennemførelsesdato.

## V. MARKEDSAFGRÆNSNING OG BEREGNING AF MARKEDSANDELE

### 1. EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked

- 86) EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked inden for konkurrenceretten i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde <sup>(1)</sup> indeholder retningslinjer for, hvilke regler, kriterier og bevismidler EFTA-Tilsynsmyndigheden anvender, når den skal tage stilling til markedsafgrænsningsspørgsmål. Denne meddelelse, som ikke vil blive uddybet nærmere her, danner grundlag for behandlingen af spørgsmål om markedsafgrænsning i almindelighed. Nærværende retningslinjer behandler kun de særlige problemer, der opstår i forbindelse med vertikale begrænsninger, og som ikke er behandlet i den pågældende meddelelse.

<sup>(1)</sup> Afgørelse nr. 46/98/KOL, EFT L 200 af 16.7.1998, s. 46, og EØS-tillæg nr. 28 af 16.7.1998, s. 3.

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

- 87) Efter gruppefritagelsens artikel 3 er det både leverandørens og køberens markedsandel, der afgør, om gruppefritagelsen finder anvendelse. For at aftalen kan falde ind under gruppefritagelsen, må hverken leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne til køberen, eller køberens markedsandel på det marked, hvor han køber aftalevarerne, overstige 30 %. For aftaler mellem små og mellemstore virksomheder er det generelt ikke nødvendigt at beregne markedsandele (se punkt 11)).
- 88) For at kunne beregne en virksomheds markedsandel må der først foretages en afgrænsning af det marked, hvor virksomheden sælger eller køber aftalevarerne. Det indebærer, at både det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked nærmere må afgrænses. Det relevante produktmarked omfatter alle de produkter eller tjenesteydelser, som køberen 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 tjenesteydelser, og som har tilstrækkeligt ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende geografiske områder, særligt fordi konkurrencevilkårene dér er betydeligt anderledes.
- 89) Den nærmere afgrænsning af produktmarkedet afhænger først og fremmest af substitutionsmulighederne set fra købernes 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 angående 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. Er der tale om færdigprodukter, 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 han køber sine færdigprodukter. 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, kan markederne ikke afgrænses på grundlag af den anvendte distributionsform. Hvis leverandørerne generelt sælger et helt sortiment af produkter, kan hele sortimentet udgøre produktmarkedet, hvis kunderne betragter sortimenterne og ikke de enkelte produkter som substitutter. Da distributørerne er erhvervsmæssige kunder, er det geografiske grossistmarked normalt større end det detailmarked, hvor produktet videresælges til de endelige forbrugere. Dette vil ofte føre til en afgrænsning af grossistmarkedet i nationale markeder eller bredere geografiske markeder. Men detailmarkeder kan også være større end den endelige forbrugers indkøbsområde, når markedsvilkårene er homogene, og lokale eller regionale oplande overlapper hinanden.
- 90) Hvis en vertikal aftale omfatter tre parter, der opererer i hvert sit omsætningsled, skal de hver især have en markedsandel på under de 30 %, for at gruppefritagelsen kan finde anvendelse. Som fastsat i gruppefritagelsens artikel 3, stk. 2, gælder, at når en aftale er indgået mellem flere virksomheder, og en af disse virksomheder køber aftalevarerne fra en anden aftalepart og sælger dem til en tredje aftalepart, finder gruppefritagelsen kun anvendelse, hvis den pågældende virksomheds markedsandel hverken som køber eller leverandør overstiger 30 %. Hvis eksempelvis en aftale mellem en producent, en grossist (eller sammenslutning af detailhandlere) og en detailhandler indeholder en konkurrenceklausul, må producentens og grossistens (eller detailhandlssammenslutningens) markedsandele på deres respektive salgsmarkeder ikke overstige 30 %, og grossistens (eller detailhandlssammenslutningens) og detailforhandlerens markedsandele på deres respektive indkøbsmarkeder må ikke overstige 30 %, hvis aftalen skal være omfattet af gruppefritagelsen.
- 91) 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 (originaludstyrsfabrikanten) lader underleverandører producere reservedelene. I relation til gruppefritagelsen kan det relevante marked 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 udskiftningsomkostningernes størrelse <sup>(1)</sup>. I praksis er det spørgsmålet, om en væsentlig andel af køberne træffer deres valg under hensyn til omkostningerne under hele produktets levetid. Er det tilfældet, er det tegn på, at der findes ét samlet marked omfattende både originaludstyr og reservedele.

- 92) Når en vertikal aftale ud over levering af aftalevarerne også indeholder IP-bestemmelser - f.eks. en bestemmelse om brugen af leverandørens varemærke - som gør det lettere for køberen at sælge aftalevarerne, er leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne, afgørende for, om gruppefritagelsen finder anvendelse. Når en franchisegiver ikke leverer varer til videresalg, men leverer en mængde tjenesteydelser kombineret med IP-rettigeheder, der tilsammen udgør den forretningsmodel, som er omfattet af franchisen, skal franchisegiveren tage hensyn til sin markedsandel som leverandør af en forretningsmodel. Med henblik herpå skal franchisegiveren beregne sin markedsandel på det marked, hvor forretningsmodellen udnyttes, dvs. det marked, hvor franchisetagerne udnytter forretningsmodellen til levering af varer eller tjenesteydelser til de endelige brugere. Franchisegiveren skal beregne sin markedsandel på grundlag af værdien af de varer eller tjenesteydelser, der leveres af hans franchisetagere på dette marked. På et sådant marked kan konkurrenterne være andre franchisebaserede forretningsmetoder samt leverandører af substitutionsvarer eller -tjenesteydelser, der ikke anvender franchising. Hvis der f.eks. - uden at foregribe selve markedsafgrænsningen - var et marked for fastfoodtjenesteydelser, ville en franchisegiver skulle beregne sin markedsandel på dette marked på grundlag af sine franchisetageres relevante afsætning på markedet.

### 3. Beregning af markedsandele efter gruppefritagelsen

- 93) Beregningen af markedsandele 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 (gruppefritagelsens artikel 7, litra a)).
- 94) 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. Ved markedsafgrænsningen og beregningen af markedsandele i relation til mellemprodukter tages der imidlertid ikke hensyn til intern produktion.
- 95) I tilfælde af parallel distribution af færdigvarer, dvs. hvor en producent af en færdigvare også selv forhandler den på markedet, skal markedsafgrænsningen og beregningen af markedsandele dog nødvendigvis omfatte producentens eget salg af produkterne via sine vertikalt integrerede distributører og agenter (se gruppefritagelsens artikel 7, litra c). "Integrerede forhandlere" er forbundne virksomheder som omhandlet i gruppefritagelsens artikel 1, stk. 2 <sup>(2)</sup>.

## VI. HÅNDHÆVELSE AF REGLERNE I KONKRETE TILFÆLDE

### 1. Analysegrundlaget

- 96) Uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde må det afklares, om en konkret aftale falder ind under forbuddet i artikel 53, stk. 1. I bekræftende fald må det undersøges, om betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt. Forudsat at de ikke har noget konkurrencebegrænsende formål og i særdeleshed ikke indeholder nogen alvorlige konkurrencebegrænsninger, består der ingen formodning for, at vertikale aftaler, som ikke falder ind under gruppefritagelsen, fordi markedsandelstærsklen er overskredet, skulle

<sup>(1)</sup> Se f.eks. Kommissionens beslutning i *Pelikan/Kyocera* (1995), KOM(96) 126 (ikke offentliggjort), nr. 87, og Kommissionens beslutning 91/595/EØF i sag nr. IV/M.12, *Varta/Bosch*, EFT L 320 af 22.11.1991, s. 26, Kommissionens beslutning i sag nr. IV/M.1094, *Caterpillar/Perkins Engines*, EFT C 94 af 28.3.1998, s. 23, og Kommissionens beslutning i sag nr. IV/M.768, *Lucas/Varity*, EFT C 266 af 13.9.1996, s. 6. Se også punkt 56 i meddelelsen om afgrænsningen af det relevante marked inden for konkurrenceretten i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (se punkt 86)).

<sup>(2)</sup> I forbindelse med markedsafgrænsning og markedsandelsberegning er det uden betydning, om den integrerede forhandler også sælger konkurrenters produkter.

være omfattet af artikel 53, stk. 1, eller ikke opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3. Der skal foretages en individuel vurdering af aftalens sandsynlige virkninger. Virksomhederne tilskyndes til selv at vurdere deres aftaler. Aftaler, der enten ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 53, stk. 1, eller opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3, er gyldige og kan gennemføres. I henhold til artikel 1, stk. 2, i den akt, der er nævnt i punkt 3 i artikel 3, stk. 1, i protokol 21 til EØS-aftalen (Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 <sup>(1)</sup>), om gennemførelse af konkurrencereglerne i EØS-aftalens artikel 53 og 54 og artikel 1, stk. 2, i kapitel II i protokol 4 til tilsyns- og domstolsaftalen, er det ikke nødvendigt at indgive en anmeldelse for at kunne være omfattet af en individuel fritagelse efter artikel 53, stk. 3. I tilfælde hvor EFTA-Tilsynsmyndigheden foretager en individuel undersøgelse, er det den, der skal bevise, at den pågældende aftale er i strid med artikel 53, stk. 1. Bevisbyrden for, at betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt, påhviler den virksomhed, der påberåber sig denne bestemmelse. Hvis det påvises, at aftalen kan antages at få konkurrenceskadelige virkninger, vil virksomhederne have mulighed for at fremlægge dokumentation for effektivitetsfordele og for, at det konkrete distributionssystem er nødvendigt for at sikre forbrugerne de fordele, aftalen kan give, uden at konkurrencen udelukkes, før EFTA-Tilsynsmyndigheden afgør, om aftalen opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3.

- 97) For at fastslå, om en vertikal aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, vil EFTA-Tilsynsmyndigheden foretage en sammenligning mellem den faktiske eller sandsynlige fremtidige situation på det relevante marked med de pågældende vertikale begrænsninger og den situation, der ville bestå uden de vertikale begrænsninger i aftalen. I sin vurdering af individuelle sager vil EFTA-Tilsynsmyndigheden eventuelt tage hensyn til både aktuelle og sandsynlige virkninger. For at vertikale aftaler kan anses for at have konkurrencebegrænsende virkninger, skal de påvirke den faktiske eller den potentielle konkurrence i en sådan grad, at der med rimelig stor sandsynlighed kan forventes negative følger for priser, produktion og innovation eller udbuddet eller kvaliteten af varer og tjenesteydelser på det relevante marked. De sandsynlige negative virkninger for konkurrencen skal være mærkbare <sup>(2)</sup>. Det er sandsynligt, at en aftale vil få mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, når mindst en af aftaleparterne har eller opnår en vis markedsstyrke, og når aftalen bidrager til at skabe, fastholde eller forstærke denne markedsstyrke eller sætter aftaleparterne i stand til at udnytte en sådan markedsstyrke. Markedsstyrke består i evnen til at fastholde priserne på et niveau, som ligger over det, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, eller fastholde et output, som i henseende til produktionsmængder, produktkvalitet, produktudbud eller innovation ligger under det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, i en ikke ubetydelig periode. Den grad af markedsstyrke, der normalt skal til for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af artikel 53, stk. 1, er mindre end den grad af markedsstyrke, der skal til for at fastslå, at der foreligger en dominerende stilling efter artikel 54.
- 98) Vertikale begrænsninger er generelt mindre skadelige end horisontale begrænsninger. Den vigtigste årsag til, at der er mere fokus på horisontale begrænsninger, er, at der ved horisontale begrænsninger kan være tale om en aftale mellem konkurrenter, der producerer identiske eller indbyrdes substituerbare varer eller tjenesteydelser. 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 relationer er den ene parts produkt et input for den anden part - aftaleparternes aktiviteter er med andre ord indbyrdes komplementære. Hvis en virksomhed i enten det forudgående eller det efterfølgende led udnytter sin markedsstyrke, vil det derfor 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.
- 99) Denne selvdisciplinerende virkning 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. På grund af den komplementære rolle, parterne i en vertikal aftale spiller med hensyn til at få et produkt ud på markedet, vil vertikale begrænsninger mere generelt kunne give et betydeligt spillerum for effektivitetsfordele. En virksomhed med markedsstyrke kan også forsøge at øge sin indtjening på bekostning af sine direkte konkurrenter ved at drive deres omkostninger i vejret og på bekostning af sine kunder og i sidste instans forbrugerne ved at forsøge at tilegne sig noget af deres profit. Det kan ske, når virksomheden i det foregående led og virksomheden i det efterfølgende led deler den ekstra profit mellem sig, eller når én af dem bruger vertikale begrænsninger til at sikre sig selv hele den ekstra profit.

<sup>(1)</sup> EUT L 1 af 4.1.2003, s. 1, inkorporeret i EØS-aftalen ved Det Blandede EØS-udvalgs afgørelsen nr. 130/2004, EUT L 64 af 10.3.2005, s. 57, og EØS-tillæg nr. 12 af 10.3.2005, s. 42, ikrafttrådt 19.5.2005.

<sup>(2)</sup> Se afsnit II.1.

### 1.1 *Negative virkninger af vertikale begrænsninger*

- 100) De negative virkninger på markedet, som vertikale begrænsninger kan medføre, og som EØS' konkurrenceregler tager sigte på at forhindre, består i:
- a) udelukkelse af andre leverandører eller kunder fra markedet gennem en forhøjelse af adgangsbarriererne (markedsafskærmning)
  - b) svækkelse af konkurrencen mellem leverandøren og dennes konkurrenter og/eller lettelse af samordning mellem disse leverandører (mindskelse af intrabrandkonkurrencen) <sup>(1)</sup>
  - c) svækkelse af konkurrencen mellem køberen og dennes konkurrenter og/eller lettelse af samordning mellem disse konkurrenter (mindskelse af intrabrandkonkurrencen, hvis der er tale om konkurrencen mellem distributørerne inden for samme mærke eller produkt leveret af samme leverandør)
  - d) skabelse af hindringer for markedsintegrationen, herunder især begrænsninger i forbrugernes frie adgang til at købe varer og tjenester i en hvilken som helst EU- eller EFTA-stat, de måtte ønske.
- 101) Markedsafskærmning, svækkelse af konkurrencen og samordning på producentniveau kan skade forbrugerne, bl.a. gennem højere engrospriser på produkterne, færre valgmuligheder for forbrugerne, forringelse af produkternes kvalitet og mindre innovation. Markedsafskærmning, svækkelse af konkurrencen og samordning på distributørniveau kan skade forbrugerne, bl.a. gennem højere detail-priser på produkterne, færre muligheder for at vælge mellem forskellige pris-/servicekombinationer og distributionsformater, færre detailbutikker og ringere servicekvalitet samt mindre innovation i distributionsleddet.
- 102) På et marked, hvor de enkelte distributører forhandler en enkelt leverandørs mærke(r), vil en svækkelse af konkurrencen mellem distributørerne af det samme mærke resultere i en mindskelse af intrabrandkonkurrencen mellem disse distributører, men vil ikke nødvendigvis have negativ indvirkning på konkurrencen mellem distributørerne generelt. Hvis der er hård konkurrence mellem de forskellige mærker, er det i en sådan situation usandsynligt, at en svækkelse af intrabrandkonkurrencen vil få negative virkninger for forbrugerne.
- 103) Eksklusive aftaler er generelt mere konkurrencebegrænsende end ikke-eksklusive aftaler. Eksklusive aftaler indebærer enten på grund af aftalens ordlyd eller dens virkninger i praksis, at den ene part indgår en eksklusiv eller næsten eksklusiv aftale med en 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. Mængdeforpligtelser kan derfor virke mindre markedsafskærmende.
- 104) Vertikale begrænsninger for andre produkter end mærkevarer er generelt mindre skadelige end begrænsninger vedrørende distributionen af mærkevarer. 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.

<sup>(1)</sup> Med samordning menes både eksplicit samordning og stiltiende samordning (bevidst parallel adfærd).



- 105) En kombination af vertikale begrænsninger forstærker generelt deres individuelle negative virkninger. Visse kombinationer af vertikale begrænsninger er dog mindre konkurrencebegrænsende, end når begrænsningerne anvendes hver for sig. F.eks. kan en eneforhandler fristes til at forhøje prisen på produkterne, når intrabrandkonkurrencen er svækket. Anvendelse af mængdeforpligtelser eller fastsættelse af maksimale videresalgspriser kan begrænse sådanne prisforhøjelser. Vertikale begrænsningers eventuelle negative virkninger forstærkes, når flere leverandører og deres købere tilrettelægger deres relationer på samme måde, og der således opstår kumulative virkninger.

### 1.2. Positive virkninger af vertikale begrænsninger

- 106) Det er vigtigt at anerkende, at vertikale begrænsninger kan have positive virkninger, især fordi de fremmer konkurrencen på andet end prisen og forbedrer servicekvaliteten. 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 resultere i et investerings- og salgsniveau, der ikke er helt optimalt.
- 107) Disse retningslinjer giver sig ikke ud for at være udtømmende eller komplette, men har blot til formål at give et rimeligt overblik over for de forskellige forhold, der kan retfærdiggøre vertikale begrænsninger. Følgende grunde kan berettige anvendelsen af visse vertikale begrænsninger:

- a) For at løse et "frijulsproblem" ("free rider problem"). Der kan være tale om, at en forhandler kører frijul på en anden forhandlers salgsfremmende 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 salgsfremstød i køberens lokaler, normalt i detailledet, og dermed også tiltrækker kunder til konkurrerende leverandører. Begrænsninger i form af konkurrenceklausuler kan bidrage til at løse dette problem <sup>(1)</sup>.

Der skal imidlertid være tale om et reelt frijulsproblem. I forholdet mellem købere kan der kun være tale om frijulsproblemer i relation til førsalgsservice og andre salgsfremmeaktiviteter, men ikke eftersalgsservice, som distributøren kan fakturere sine kunder individuelt. Produktet skal normalt være relativt nyt eller teknisk komplekst, eller produktets omdømme skal have stor betydning for efterspørgslen efter det, da kunden ellers normalt vil vide fra tidligere køb, hvad han eller hun 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 eller salgsfremmeindsats.

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

- b) 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 må foretage bestemte "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 en områdebeskyttelse, således at denne kan tjene sine investeringer ind igen ved midlertidigt at sælge til en højere pris. Forhandlere på andre markeder bør da i en begrænset periode være afskåret fra at sælge på det nye marked (se også punkt 61) i afsnit III.4.) Dette er en særlig variant af det frijulsproblem, der er beskrevet under litra a) ovenfor.

<sup>(1)</sup> Om forbrugerne rent faktisk som helhed får gavn af en ekstra salgsfremmeindsats, afhænger af, om de informeres og overbejvies af salgskampagnen, og den således når ud til nye kunder og ikke blot til kunder, som i forvejen ved, hvad de ønsker at købe, og for hvem den ekstra indsats kun eller primært betyder en højere pris.

- c) "Frihjulproblemer" baseret på forhandleromdømme. I visse brancher er der nogle detailforhandlere, der har ry for udelukkende at føre "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 i starten kan nøjes med kun at sælge til disse forhandlere, løber han en risiko for, at de ikke vil føre hans produkt, og at produktlanceringen slår fejl. Der kan derfor være grund til at tillade en 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.
- d) 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 frihjulproblemer 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 at levere 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 købe og/eller anvende produkter leveret af andre leverandører, og investeringen kun kan sælges med betydelige tab. En investering er således relationsspecifik, når 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 aftalpart investerer mere end den anden part. 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 kan bestå i en form for konkurrenceklausul eller mængdeforpligtelse, når investeringen foretages af leverandøren, og i eneforhandling, eksklusiv kundetildeling eller eksklusiv levering, når investeringen foretages af køberen.

- e) Det særlige "hold up"-problem, der kan opstå i forbindelse med 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, og hvis den er væsentlig og uomgængeligt nødvendig for aftalens gennemførelse, kan knowhow-overførslen retfærdiggøre en begrænsning af konkurrenceklausulstypen, som normalt ikke vil falde ind under artikel 53, stk. 1.
- f) Problemer omkring "vertikale eksternaliteter" Det er ikke sikkert, at forhandleren får hele gevinsten ved den indsats, han gør for at øge salget, noget af den kan komme til at gå til producenten. Hver gang en detailforhandler sælger en vare mere ved at sænke sine detailpriser eller øge sin salgsindsats, giver det en gevinst til producenten, hvis hans engrospris er højere end hans marginale produktionsomkostninger. Detailforhandlerens indsats kan således være forbundet med positive eksternaliteter for producenten, og producenten kan mene, at detailforhandleren sætter priserne for højt og/eller gør for lidt for at sælge. De negative eksternaliteter af, at forhandlerens priser er for høje - også kaldet "dobbeltmarginaliseringsproblemet" - kan undgås ved at fastsætte en bindende detailsalgspris. For at få forhandlerne til at gøre mere for at sælge kan det være en god idé at indføre selektiv distribution, eneforhandling eller tilsvarende begrænsninger <sup>(1)</sup>.
- g) 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 videresalget 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.

<sup>(1)</sup> Se dog også den foregående fodnote.

- h) På grund af "imperfektioner på kapitalmarkeder". Den måde, hvorpå de normale långivere (banker, kapitalmarkeder) kan tilvejebringe kapital, er ikke nødvendigvis optimal, hvis de kun har ufuldstændig information om låntagerens bonitet, eller når der er utilstrækkeligt grundlag til sikring af lånet. Det kan være, at køberen eller leverandøren er bedre informeret og via en eksklusivklausul vil kunne skaffe sig 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.
- i) Af hensyn til "ensartethed og kvalitetsstandardisering". En vertikal begrænsning kan bidrage til at skabe et godt mærkeomdømme og dermed øge et produkts tiltrækningskraft over for de endelige forbrugere og øge salget ved at pålægge forhandlerne at sikre en vis ensartethed og kvalitetsstandardisering. Dette kan f.eks. være tilfældet inden for selektiv distribution og franchising.
- 108) Af de ni situationer, der er nævnt i punkt 107), fremgår det klart, at vertikale aftaler under visse omstændigheder kan antages at kunne give effektivitetsfordele og gøre det lettere at opdyrke nye markeder, og at det vil kunne opveje deres mulige negative virkninger. Generelt er det navnlig tilfældet for vertikale begrænsninger af kortere varighed, der gør det lettere at indføre nye, komplekse produkter eller beskytte relationsspecifikke investeringer. En vertikal begrænsning er undertiden nødvendig i hele den periode, hvor leverandøren sælger sit produkt til køberen (jf. især de situationer, der er beskrevet under punkt 107), i nr. a), e), f), g) og i)).
- 109) Der er en høj grad af substituerbarhed mellem de forskellige vertikale begrænsninger. Af den grund kan et og samme effektivitetsproblem 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. De negative virkninger for konkurrencen kan dog være forskellige, alt efter hvilken type vertikal begrænsning der er tale om, hvilket spiller en rolle, når det på grundlag af artikel 53, stk. 3, skal afgøres, om begrænsningen er nødvendig.

### 1.3. *Analysemetoder*

- 110) Vurderingen af en vertikal begrænsning omfatter generelt følgende fire faser <sup>(1)</sup>:
- a) Først skal de implicerede virksomheder angive, hvor stor en markedsandel leverandøren og køberen har på de markeder, hvor de henholdsvis sælger og køber aftalevarerne.
- b) Hvis den relevante markedsandel for både leverandør og køber ikke overstiger tærsklen på 30 %, falder den vertikale aftale ind under gruppefritagelsen, medmindre den indeholder de deri opregnede alvorlige begrænsninger og udelukkede begrænsninger.
- c) Hvis den relevante markedsandel ligger over tærsklen på 30 %, må der tages stilling til, om den vertikale aftale falder ind under artikel 53, stk. 1.
- d) Hvis den vertikale aftale falder ind under artikel 53, stk. 1, må det undersøges, om den opfylder betingelserne for fritagelse efter artikel 53, stk. 3.

<sup>(1)</sup> Der er med disse trin ikke tale om en juridisk argumentation, som EFTA-Tilsynsmyndigheden skal følge i denne rækkefølge for at træffe en beslutning.



### 1.3.1. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 53, stk. 1

- 111) Når EFTA-Tilsynsmyndigheden skal vurdere sager, hvor markedsandelstærsklen på 30 % er overskredet, foretager den en fuldstændig konkurrenceanalyse. Følgende faktorer er særligt relevante for afgørelsen af, om en vertikal aftale indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen efter artikel 53, stk. 1:
- a) aftalens art
  - b) parternes markedsposition
  - c) konkurrenternes markedsposition
  - d) aftalevarekøbernes markedsposition
  - e) adgangsbarrierer
  - f) markedets modenhedsgrad
  - g) omsætningsleddet
  - h) produktets art
  - i) andre faktorer.
- 112) De enkelte faktorerets betydning kan variere fra sag til sag og afhænger af alle øvrige faktorer. Hvis f.eks. parterne har en stor markedsandel, er det normalt tegn på markedsstyrke, men hvis hindringerne for markedsadgang er lave, er denne markedsandel ikke nødvendigvis tegn på markedsstyrke. Det er derfor ikke muligt at formulere faste regler for de enkelte faktorerets betydning.
- 113) Vertikale aftaler kan antage mange former. Det er derfor vigtigt at analysere aftalens art på grundlag af de begrænsninger, den indeholder, begrænsningernes varighed og den andel af det samlede salg på markedet, der berøres af begrænsningerne. Det kan være nødvendigt ikke blot at lægge de udtrykkelige bestemmelser i aftalen til grund. Eventuelle implicite konkurrencebegrænsninger kan fremgå af den måde, hvorpå parterne har gennemført aftalen, og af de incitament, de måtte have.
- 114) Parternes markedsposition giver en indikation af den markedsstyrke, som leverandøren, køberen eller begge måtte besidde. Jo større en markedsandel de har, desto større kan deres markedsstyrke forventes at være. Det gælder især, når markedsandelene afspejler omkostningsfordele eller andre konkurrencefordele i forhold til konkurrenterne. Disse konkurrencefordele kan bestå i, at man var først på markedet (har den bedste beliggenhed osv.), er indehaver af afgørende patenter, benytter overlegen teknologi, har det førende mærke eller har et bedre sortiment.

- 115) Konkurrenternes markedsposition vurderes på grundlag af disse faktorer, nemlig markedsandel og eventuelle konkurrencefordele. Jo stærkere konkurrenterne er, og jo flere der er af dem, desto mindre er risikoen for, at parterne individuelt vil kunne udnytte deres markedsstyrke og udelukke andre fra markedet eller svække konkurrencen. Det er også relevant, om konkurrenterne kan antages at ville anlægge effektive modstrategier i rette tid. Hvis antallet af konkurrenter bliver ret beskedent, og deres markedsposition (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.
- 116) Parternes kunders markedsposition giver en indikation af, om en eller flere af parternes kunder besidder markedsstyrke (købermagt). Det første tegn på købermagt er kundens markedsandel på indkøbsmarkedet, som afspejler, hvor vigtig hans efterspørgsel er for eventuelle udbydere. Andre indikatorer fokuserer på kundens position på sit videresalgsmarked, herunder i relation til faktorer som f.eks. stor geografiske spredning af hans salgssteder, egne mærker og mærkeimage hos de endelige forbrugere. I visse situationer kan købermagt forhindre parterne i at udnytte deres markedsstyrke på markedet og dermed løse et konkurrenceproblem, der ellers ville have eksisteret. Det vil især være tilfældet, når stærke kunder har kapacitet og incitament til at introducere nye forsyningskilder på markedet i tilfælde af en lille, men permanent stigning i de relative priser. Hvis stærke kunder alene skaffer sig selv gunstige vilkår eller blot ladere enhver prisstigning gå videre til deres kunder, vil deres position ikke kunne forhindre parterne i at udnytte deres markedsstyrke.
- 117) Hindringer for markedsadgang måles ud fra, om de etablerede virksomheder på markedet kan hæve deres priser til over det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, uden at det får nye virksomheder til at søge ind på det. I en situation uden adgangsbarrierer vil nye virksomheders muligheder for nemt og hurtigt at trænge ind på markedet gøre sådanne prisforhøjelser urentable. Adgangsbarrierer kan skyldes en lang række forskellige faktorer, f.eks. stordriftsfordele, statslig regulering, især hvor der er tale om tildeling af eksklusiv ret til ressourcer, statsstøtte, importtold, intellektuelle ejendomsrettigheder, ejendomsret til ressourcer, der er knappe på grund af f.eks. naturlige begrænsninger<sup>(1)</sup>, væsentlige faciliteter, fordelene ved at have været den første på markedet samt mærkeloyalitet hos forbrugerne opbygget efter intensiv reklamevirksomhed over en længere periode. Vertikale begrænsninger og vertikal integration kan også virke som adgangsbarrierer ved at gøre adgangen til markedet vanskeligere for (potentielle) konkurrenter eller udelukke dem fra markedet. Der kan være tale om adgangsbarrierer udelukkende på leverandør- eller på købersiden eller på begge sider. Spørgsmålet om, hvorvidt nogle af disse faktorer skal betragtes som adgangsbarrierer, afhænger især af, om de medfører irreversible omkostninger ("sunk costs"), som er 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. Jo flere omkostninger, der er irreversible, desto mere må potentielle konkurrenter foretage en afvejning af den risiko, der er forbundet med at trænge ind på det pågældende marked, og med desto større overbevisning kan de etablerede virksomheder true med at matche den nye konkurrence, eftersom disse irreversible omkostninger gør det dyrt at trække sig ud af markedet igen. 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. Generelt er det at trænge ind på et nyt marked forbundet med større eller mindre irreversible omkostninger. Derfor er den faktiske konkurrence normalt mere effektiv og vil veje tungere i vurderingen af konkrete sager end den potentielle konkurrence.
- 118) 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 sandsynligheden for negative virkninger større end på mere dynamiske markeder.
- 119) Med hensyn til omsætningsleddet skelnes der mellem mellemprodukter og færdigprodukter. Mellemprodukter sælges til virksomheder til anvendelse som input ved produktionen af andre varer eller tjenesteydelser, 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

(1) Se Kommissionens beslutning 97/26/EF (sag nr. IV/M.619 - *Gencor/Lowrho*), EFT L 11 af 14.1.1997, s. 30.

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 engrosforhandlerne) skal imødekomme 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.

- 120) Produktets art spiller navnlig for færdigprodukters vedkommende en rolle ved vurderingen af sandsynlige både 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.
- 121) Ved vurderingen af konkrete begrænsninger vil det undertiden være nødvendigt at tage andre faktorer i betragtning. Disse faktorer kan bl.a. være en kumulativ virkning, når der findes tilsvarende aftaler på markedet indgået af andre, om aftalen er "påtvunget" (især den ene part er underlagt restriktioner eller forpligtelser) eller "aftalt" (begge parter accepterer restriktioner eller forpligtelser), lovgivningsrammer og adfærd, der kan tyde på eller lette samordning, f.eks. prislejerskab, forudgående annoncering af prisændringer og drøftelser angående den "rette" pris, prisstivhed som reaktion på overkapacitet, prisdiskrimination og tidligere samordning.

### 1.3.2. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 53, stk. 3

- 122) Konkurrencebegrænsende vertikale aftaler kan også have konkurrencefremmende virkninger i form af effektivitetsfordele, der kan opveje deres konkurrenceskadelige virkninger. Vurderingen heraf foretages med udgangspunkt i artikel 53, stk. 3, der indeholder en undtagelse fra forbuddet i artikel 53, stk. 1. For at denne undtagelsesbestemmelse kan bringes i anvendelse, skal den vertikale aftale medføre objektive økonomiske fordele, konkurrencebegrænsningerne skal være nødvendige for at opnå effektivitetsfordelene, forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene herved, og aftalen må ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende produkter<sup>(1)</sup>.
- 123) Konkurrencebegrænsende aftaler vurderes efter artikel 53, stk. 3, i den faktiske sammenhæng, hvori de indgår<sup>(2)</sup>, og ud fra de omstændigheder, der foreligger på et givet tidspunkt. Vurderingen vil kunne påvirkes af materielle ændringer i de faktiske omstændigheder. Undtagelsesbestemmelserne i artikel 53, stk. 3, finder anvendelse, så længe de fire betingelser er opfyldt, og ophører med at finde anvendelse, når det ikke længere er tilfældet<sup>(3)</sup>. Ved anvendelsen af artikel 53, stk. 3, i overensstemmelse med disse principper må der tages hensyn til de investeringer, en af parterne måske har foretaget, og til den tid, det tager, og de begrænsninger, der er nødvendige for at få forrentet en effektivitetsfremmende investering.
- 124) Den første betingelse i artikel 53, stk. 3, fordrer en vurdering af aftalens objektive fordele i form af effektivitetsfordele. I den forbindelse bemærkes, at vertikale aftaler ofte har potentiale til at afføde effektivitetsfordele, jf. afsnit 1.2, ved at forbedre den måde, hvorpå parterne udøver deres komplementære aktiviteter.

<sup>(1)</sup> Se EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse - Retningslinjer for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, vedtaget ved afgørelse nr. 123/04/KOL. (EUT C 208 af 6.9.2007, s. 1, og EØS-tillæg nr. 42 af 6.9.2007, s. 1.).

<sup>(2)</sup> Se Domstolens dom i forenede sager 25/84 og 26/84, *Forid*, Sml. 1985, s. 2725.

<sup>(3)</sup> Se herom f.eks. Kommissionens beslutning 1999/242/EF (Sag nr. IV/36.237, *TPS*), EFT L 90 af 2.4.1999, s. 6). På samme måde finder forbuddet i artikel 53, stk. 1, også kun anvendelse, så længe aftalen har et konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkninger.

- 125) Når den tager stilling til, om nødvendighedskriteriet i artikel 53, stk. 3, er opfyldt, vil EFTA-Tilsynsmyndigheden især undersøge, om individuelle begrænsninger gør det muligt at producere, købe og/eller (videre)sælge aftalevarerne mere effektivt, end det ville have været tilfældet uden begrænsningen. Der skal i denne forbindelse tages hensyn til markedsvilkårene og de realiteter, som parterne er konfronteret med. Virksomheder, der påberåber sig artikel 53, stk. 3, er ikke forpligtet til at overveje hypotetiske og teoretiske alternativer. De skal imidlertid forklare og påvise, hvorfor øjensynligt realistiske og betydeligt mindre konkurrencebegrænsende alternativer vil være langt mindre effektive. Hvis et øjensynligt kommercielt realistisk og mindre konkurrencebegrænsende alternativ vil medføre et betydeligt effektivitetstab, betragtes den pågældende begrænsning som værende nødvendig.
- 126) Betingelsen om, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene, betyder, at forbrugerne af de produkter, der købes og/eller (videre)sælges, i det mindste skal kompenseres for aftalens negative virkninger<sup>(1)</sup>. Med andre ord skal effektivitetsfordelene til fulde opveje de negative virkninger, aftalen kan forventes at få for priser, output og andre relevante faktorer.
- 127) Den sidste betingelse i artikel 53, stk. 3, hvorefter aftalen ikke må give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, nødvendiggør en analyse af det tilbageværende konkurrencepres på markedet og aftalens konsekvenser for sådanne kilder til konkurrence. Ved anvendelse af den sidste betingelse i artikel 53, stk. 3, skal der tages hensyn til forholdet mellem artikel 53, stk. 3, og artikel 54. Ifølge fast retspraksis er anvendelse af artikel 53, stk. 3, ikke til hinder for anvendelse af artikel 54<sup>(2)</sup>. Eftersom artikel 53 og 54 begge har til formål at fastholde en effektiv konkurrence på markedet, er det af konsekvenshensyn nødvendigt at fortolke artikel 53, stk. 3, på en sådan måde, at det er udelukket at anvende undtagelsesbestemmelserne på konkurrencebegrænsende aftaler, der udgør misbrug af en dominerende stilling<sup>(3)</sup>. Den vertikale aftale må ikke udelukke den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder. Konkurrencen mellem virksomhederne er en vigtig drivkraft for økonomisk effektivitet og kan bl.a. give dynamiske effektivitetsgevinster i form af innovation. Uden denne konkurrence vil den dominerende virksomhed ikke have tilstrækkeligt incitament til fortsat at skabe og viderebringe effektivitetsgevinster. Hvis der ikke er nogen konkurrence tilbage, og der ikke er nogen trussel om tilgang af nye virksomheder, vil hensynet til beskyttelse af konkurrencen og konkurrenceprocessen have forrang frem for de mulige effektivitetsgevinster. En konkurrencebegrænsende aftale, som opretholder, skaber eller styrker en markedsposition, der nærmer sig en monopolstilling, kan normalt ikke begrundes med, at den også afføder effektivitetsgevinster.

## 2. Analyse af bestemte former for vertikale begrænsninger

- 128) De mest almindelige vertikale begrænsninger og kombinationer heraf gennemgås i resten af disse retningslinjer på grundlag af de analysemetoder, der er beskrevet i nr. 96)-127). Der findes også andre begrænsninger og kombinationer heraf, som der ikke direkte opstilles retningslinjer for her. Men de vil blive behandlet efter de samme principper og med samme vægt lagt på deres virkninger på markedet.

### 2.1. Mærkeeksklusivitet

- 129) Kategorien "mærkeeksklusivitet" ("single branding") omfatter alle de aftaler, hvis hovedelement består i, at køberen forpligtes eller tilskyndes til at samle sine ordrer på en bestemt type produkt hos en enkelt

<sup>(1)</sup> Se punkt 85 i EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse - Retningslinjer for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, vedtaget ved afgørelse nr. 123/04/KOL (EUT C 208 af 6.9.2007, s. 1, og EØS-tillæg nr. 42 af 6.9.2007, s. 1.).

<sup>(2)</sup> Se Domstolens dom i forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Sml. 2000 I, s. 1365, præmis 130. På samme måde er anvendelse af artikel 53, stk. 3, heller ikke til hinder for anvendelse af EØS-aftalens regler om frie varebevægelser, fri udveksling af tjenesteydelser, fri bevægelighed for personer og frie kapitalbevægelser. Under visse omstændigheder finder disse bestemmelser anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis omfattet af artikel 53, stk. 1 - se herom Domstolens dom i sag C-309/99, *Wouters*, Sml. 2002 I, s. 1577, præmis 120.

<sup>(3)</sup> Se herom Rettens dom i sag T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Sml. 1990 II, s. 309. Se også punkt 106 i EFTA-Tilsynsmyndighedens meddelelse - Retningslinjer for anvendelsen af EØS-aftalens artikel 53, stk. 3, vedtaget ved afgørelse nr. 123/04/KOL (EUT C 208 af 6.9.2007, s. 1, og EØS-tillæg nr. 42 af 6.9.2007, s. 1.).

leverandør. Dette element optræder bl.a. i konkurrenceklausuler og mængdeforpligtelser pålagt køberen. En aftale med en konkurrenceklausul er baseret på, at køberen forpligtes til at tilskyndes til at dække over 80 % af sit behov på et bestemt marked ved køb hos en enkelt leverandør. Det betyder ikke, at køberen kun kan købe direkte hos leverandøren, men derimod at køberen ikke må købe, videresælge eller anvende konkurrerende varer eller tjenesteydelser. En mængdeforpligtelse pålagt køberen er en mildere form for konkurrenceklausul, hvor de incitament 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, en lagerføringsforpligtelse eller en ikke-lineær prisfastsættelse, såsom mængderabatter, loyalitetsrabatter eller toleddede takster (fast pris plus en enhedspris). 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 antages at have samme virkning som en konkurrenceklausul, især når køberen skal oplyse, hvem der har afgivet det bedre tilbud.

- 130) De konkurrenceproblemer, mærkeeksklusivitet kan give anledning til, består i, at konkurrerende og potentielle leverandører kan blive udelukket fra markedet, at konkurrencen svækkes, at der er større risiko for samordning på leverandørniveau i tilfælde af kumulativ anvendelse, og at interbrandkonkurrencen i den enkelte butik mindskes, hvis køberen er en detailhandler, der sælger til endelige forbrugere. Alle disse konkurrencebegrænsende virkninger har direkte følger for interbrandkonkurrencen.
- 131) Mærkeeksklusivitet er fritaget efter gruppefritagelsen, når hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 %, og forudsat at konkurrenceklausulen er begrænset til fem år. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af konkrete sager, hvor markedsandelstærsklen eller tidsbegrænsningen på fem år overskrides.
- 132) Risikoen for, at en konkret mærkeeksklusivitetsklausul, som en leverandør pålægger sine kunder, vil medføre en konkurrenceskadelig afskærmning af markedet, er særlig stor i den situation, hvor der uden denne klausul ville være et betydeligt konkurrencepres fra konkurrenter, som enten endnu ikke er til stede på markedet på det tidspunkt, hvor forpligtelserne indgås, eller som ikke er i stand til at konkurrere om de samlede leverancer til kunderne. Konkurrenterne kan måske ikke konkurrere om at dække en enkelt kundes samlede efterspørgsel, fordi den pågældende leverandør er en uomgængelig handelspartner, i hvert fald når det gælder en del af efterspørgslen på markedet, f.eks. fordi denne leverandørs produkt er et uomgængeligt produkt, der foretrækkes af mange endelige forbrugere, eller fordi de andre leverandører er underlagt så betydelige kapacitetsbegrænsninger, at en del af efterspørgslen kun kan dækkes af den pågældende leverandør<sup>(1)</sup>. Leverandørens markedsposition er derfor af stor betydning ved vurderingen af konkurrenceklausulens eventuelle konkurrenceskadelige virkninger.
- 133) Hvis konkurrenter kan konkurrere på lige vilkår om de enkelte kunders samlede efterspørgsel, er det generelt usandsynligt, at mærkeeksklusivitetsforpligtelser vil hæmme den effektive konkurrence, medmindre disse forpligtelser er af en sådan varighed og omfatter en så stor del af markedet, at kunderne har vanskeligt ved at skifte leverandør. 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. På samme måde gælder, at jo længere varighed mærkeeksklusiviteten har, desto mere markedsafskærmende må den anses for at ville virke. Mærkeeksklusivitetsklausuler med en varighed på under et år, der indgås af ikke-dominerende virksomheder, vil normalt ikke give anledning til mærkbare konkurrenceskadelige virkninger eller negative nettovirkninger. Sådanne klausuler med en varighed på mellem et og fem år, der aftales mellem ikke-dominerende virksomheder, kræver normalt en behørig afvejning af de konkurrencefremmende og konkurrenceskadelige virkninger, mens klausuler med en varighed på over fem år for de fleste typer investeringer ikke anses for at være nødvendige for at opnå de påståede effektivitetsfordele, eller effektivitetsfordelene vil være utilstrækkelige til at opveje deres afskærmende virkning. Risikoen for, at mærkeeksklusivitetsforpligtelser resulterer i konkurrenceskadelig markedsafskærmning, er større, når der er tale om dominerende virksomheder.
- 134) Ved vurderingen af leverandørens markedsstyrke er det vigtigt at se på "konkurrenternes markedsposition". Så længe konkurrenterne er tilstrækkeligt talrige og stærke, kan der ikke forventes nogen mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger. Udelukkelse af konkurrenter er ikke særlig sandsynlig, hvis de har en tilsvarende markedsposition og kan tilbyde lige så attraktive produkter. I så fald kan der

<sup>(1)</sup> Rettens dom i sag T-65/98, *Van den Bergh Foods mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 4653, præmis 104 og 156.



dog forekomme afskærmning af potentielle nye markedsdeltagere, hvis et antal store leverandører indgår aftaler, som indeholder mærkeeksklusivitetsklausuler, med et stort antal købere på det relevante marked (kumulativ virkning). I den situation kan aftaler med mærkeeksklusivitetsklausuler også lette en ulovlig samordning mellem indbyrdes konkurrerende leverandører. 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 afskærmningsvirkning.

- 135) I tilfælde, hvor den største leverandørs markedsandel er under 30 %, og de fem største leverandørers 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 mærkeeksklusivitetsklausuler, såsom forbrugerpræferencer.
- 136) Adgangsbarrierer har også betydning for vurderingen af, om der opstår en konkurrenceskadelig markedsafskærmning. 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 distributionsledet.
- 137) Markedsstyrke på købersiden er relevant, da købere med en stærk stilling ikke er lette at afskære fra udbuddet af konkurrerende produkter eller tjenester. Mere generelt gælder, at for at få sine kunder til at acceptere en mærkeeksklusivitet vil leverandøren måske være nødt til at yde dem hel eller delvis kompensation for det konkurrencemæssige handicap, denne mærkeforpligtelse kan give dem. Når der ydes en sådan kompensation, kan det være i den enkelte kundes interesse at indgå en aftale om mærkeeksklusivitet med leverandøren. Men det ville være forkert at drage den konklusion, at alle mærkeeksklusivitetsforpligtelser som helhed generelt er til gavn for kunderne og for de endelige forbrugere på dette marked. I særdeleshed er det usandsynligt, at kunderne som helhed vil få gavn af dem, hvis der er mange kunder, og alle mærkeeksklusivitetsforpligtelserne tilsammen hindrer konkurrerende virksomheder i at trænge ind på markedet eller ekspandere.
- 138) Endelig er også "omsætningsledet" af betydning for denne vurdering. Konkurrenceskadelig 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". Men også selv om der ikke er tale om en dominerende stilling, kan der opstå afskærmningsvirkninger i situationer, hvor der bliver tale om kumulative virkninger. En konkurrenceskadelig kumulativ virkning er ikke sandsynlig, så længe mindre end 50 % af markedet er bundet.
- 139) Hvis aftalen vedrører levering af færdigvarer i engrosledet, vil spørgsmålet om, hvorvidt det er sandsynligt, at der opstår et konkurrenceproblem, i høj grad afhænge af, hvilken type engroshandel der er tale om, og hvilke adgangsbarrierer der findes i engrosledet. Der er ikke nogen reel afskærmningsrisiko, hvis konkurrerende producenter let kan udføre engrostransaktioner selv. Hvorvidt adgangsbarriererne er lave, afhænger til dels af, hvilken type grossistsalg der er tale 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 den situation kan der opstå konkurrenceskadelige virkninger. Hertil kommer, at der kan opstå problemer med kumulative virkninger, hvis flere leverandører binder de fleste af de eksisterende grossister.
- 140) I forbindelse med færdigvarer er der normalt størst sandsynlighed for markedsafskærmning i detailledet på grund af den betydelige adgangsbarriere, der kan ligge i, at de fleste producenter er nødt til at etablere egne detailforretninger til afsætning af deres produkter. Endvidere er det netop i detailledet, at aftaler med mærkeeksklusivitetsklausuler kan mindske interbrandkonkurrencen 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 beskedne bunden markedsandel have betydelige konkurrenceskadelige virkninger.

- 141) Der kan også opstå en kumulativ afskærmningsvirkning i detalledet. Når alle leverandører har markedsandele på under 30 %, er en kumulativ afskærmningsvirkning usandsynlig, hvis den samlede bundne markedsandel er på under 40 %, og der er derfor ikke sandsynlighed for, at gruppefritagelsen vil blive inddraget. Denne procentdel kan være højere, hvis der er andre faktorer, der skal tages hensyn til, såsom antallet af konkurrenter, adgangsbarrierer m.v. Hvor det ikke er alle virksomheder, der har markedsandele under tærsklen i gruppefritagelsen, men hvor ingen virksomhed er dominerende, er det usandsynligt, at der opstår en kumulativ afskærmningsvirkning, hvis den samlede bundne markedsandel er på under 30 %.
- 142) 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 forholdsregler mod en eventuel afskærmningsvirkning. I disse tilfælde er det usandsynligt, at EFTA-Tilsynsmyndigheden vil gribe ind, hvis der ikke er tale om dominans.
- 143) 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.
- 144) Hvis der er påvist mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, må der tages stilling til, om der eventuelt er mulighed for fritagelse efter artikel 53, stk. 3. For konkurrenceklausulens vedkommende er det især effektivitetsfordelene i punkt 107), litra a), (frihjulspøblem i forholdet mellem leverandører), litra d), litra e) ("hold up"-problemer) og litra h) (imperfektioner på kapitalmarkedet), der kan være relevante.
- 145) I forbindelse med de effektivitetsfordele, som er beskrevet i punkt 107), litra a), d) og h), 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 punkt 107), litra e) ("hold up"-problem i relation til overførslen af knowhow).
- 146) Hvis leverandøren foretager en relationsspecifik investering (jf. punkt 107), litra d)), vil en aftale med en konkurrenceklausul eller mængdeforpligtelse i investeringsens afskrivningsperiode i almindelighed opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3. I forbindelse med meget relationsspecifikke 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 markedsspecifikke investeringer i (yderligere) kapacitet er normalt ikke relationsspecifikke. Når en leverandør etablerer ny kapacitet, der er specielt beregnet på en bestemt køber, f.eks. når en producent af metaldåser etablerer ny kapacitet til produktion af dåser i nærheden af en levedsmiddelproducents 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.
- 147) 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 gøre det berettiget, at en markedsafskærmningsvirkning fritages. I situationer med et imperfekt kapitalmarkedet kan det være mere effektivt, at det er leverandøren og ikke banken, der yder lån (jf. punkt 107), litra h)). I så fald bør lånet ydes på den mindst konkurrencebegrænsende måde, og køberen bør derfor normalt ikke være forhindret i at opsigte konkurrenceklausulen og tilbagebetale det udestående lånebeløb på et hvilket som helst tidspunkt og uden betaling af nogen form for strafrente.
- 148) Overførsel af væsentlig knowhow (punkt 107), litra e)) gør normalt en konkurrenceklausul berettiget i hele leveringsaftalens løbetid, f.eks. i forbindelse med franchising.

## 149) Eksempel på en konkurrenceklausul

En virksomhed, der med en markedsandel på 40 % er førende på et nationalt marked for et impulsforbrugsgode, sælger størsteparten 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, f.eks. i hovedstaden. Der er i alt 10 konkurrenter, nogle af dem er kun repræsenteret lokalt, og de har alle sammen meget mindre markedsandele; den største har således 12 %. Disse ti konkurrenter dækker tilsammen 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 reklamekampagner. Den stiller særligt lagerudstyr 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 netop 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 interbrandkonkurrence i den enkelte butik et yderligere velfærdstab for forbrugerne. De mulige effektivitetsfordele i forbindelse med konkurrenceklausulen, som markedslederen påstår, er resultatet af reducerede transportomkostninger og et eventuelt "hold up"-problem vedrørende lagerudstyret, er begrænsede og opvejer ikke de negative virkninger for konkurrencen. Effektivitetsfordelene er begrænsede, da transportomkostningerne er knyttet til mængden og ikke eksklusiviteten, og da lagerudstyret ikke indebærer særlig knowhow og ikke er mærkespecifikt. Det er derfor usandsynligt, at betingelserne i artikel 53, stk. 3, vil være opfyldt.

## 150) Eksempel på mængdeforpligtelse

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 rimelige 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 - der er i alt 12, og den største af dem har en markedsandel på 20 %, men de 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 leveringskontraktens to første år. Erfaringen 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 effektivitetsgevinsterne og 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 i artikel 53, stk. 3.

## 2.2 Eneforhandling

- 151) Ved en eneforhandlingsaftale forpligter leverandøren sig til kun at sælge sine produkter til én forhandler med henblik på videresalg i et bestemt område. Samtidig får forhandleren normalt indskrænket sin mulighed for aktivt salg i andre (eneforhandlings)områder. De eventuelle konkurrenceproblemer består hovedsagelig i risikoen for en svækkelse af intrabrandkonkurrencen og markedsopdeling, der kan lette især prisdiskriminering. Når de fleste eller alle leverandører anvender



eneforhandling, kan det svække konkurrencen og lette samordning både på leverandør- og forhandlerniveau. Endelig kan eneforhandling udelukke andre forhandlere fra markedet og dermed mindske konkurrencen på dette niveau.

- 152) Eneforhandlingsaftaler er fritaget efter gruppefritagelsen, når hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 %, selv om de kombineres med andre ikke-åbne vertikale begrænsninger, såsom en højst femårig konkurrenceklausul, mængdeforpligtelser eller eksklusivt køb. En kombination af eneforhandling og selektiv distribution er kun fritaget efter gruppefritagelsen, hvis aktivt salg i andre områder ikke begrænses. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af eksklusiv distribution i konkrete tilfælde over markedsandelstærsklen på 30 %.
- 153) Leverandørens og konkurrenternes markedsposition har stor betydning, da den manglende intrabrandkonkurrence kun er problematisk, hvis interbrandkonkurrencen er begrænset. Jo stærkere "leverandørens position" er, desto mere alvorligt er tabet af intrabrandkonkurrence. Over markedsandelstærsklen på 30 % kan der være en risiko for en betydelig svækkelse af intrabrandkonkurrencen. For at betingelserne i artikel 53, stk. 3, skal kunne være opfyldt, skal tabet af intrabrandkonkurrence opvejes af reelle effektivitetsfordele.
- 154) Konkurrenternes position kan have betydning i to henseender. Stærke konkurrenter betyder i almindelighed, at svækkelsen af intrabrandkonkurrencen kan opvejes af en tilstrækkelig interbrandkonkurrence. Hvis der imidlertid er forholdsvis få konkurrenter, og de stort set har samme position på markedet, når det gælder markedsandel, kapacitet og distributionsnet, er der risiko for ulovlig samordning og/eller svækkelse af konkurrencen. Tabet af intrabrandkonkurrence 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 ulovlig samordning og/eller svækkelse af konkurrencen. Hvis en forhandler tildeles eneret til at forhandle to eller flere vigtige konkurrerende produkter i samme område, vil interbrandkonkurrencen mellem disse mærker kunne blive reduceret væsentligt. Jo højere den kumulative markedsandel for de mærker, denne forhandler sælger, er, desto større er risikoen for ulovlig samordning og/eller svækkelse af konkurrencen, og jo mindre interbrandkonkurrence vil der være. Hvis en forhandler er eneforhandler af adskillige mærker, kan det resultere i, at hvis én af producenterne sætter prisen på sit mærke ned, vil eneforhandleren ikke vil være interesseret i at lade dette prisfald komme den endelige forbruger til gode, da det ville reducere hans salg og fortjeneste på de andre mærker. Sammenlignet med en situation uden eneforhandling af flere mærker har producenterne derfor kun ringe interesse i at konkurrere med hinanden på prisen. Sådanne kumulative virkninger kan være en grund til at inddrage gruppefritagelsen, når leverandørernes og købernes markedsandele ligger under gruppefritagelsestærsklen.
- 155) 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.
- 156) Udelukkelse af andre forhandlere er ikke relevant, når den leverandør, der står for eneforhandlings-systemet, udpeger et stort antal eneforhandlere på det samme marked, og disse eneforhandlers salg til andre ikke-autoriserede forhandlere ikke begrænses. Udelukkelse af andre forhandlere kan dog blive relevant i tilfælde af "købermagt" og markedsstyrke i de efterfølgende omsætningsled, navnlig når der er tale om meget store eneforhandlingsområder, hvor eneforhandleren bliver den eneste køber på et helt marked. Som eksempel herpå kan nævnes en supermarkedskæde, der bliver den eneste forhandler af et førende mærke på det nationale fødevarerdetailmarked. Denne markedsafskærmningsvirkning over for andre forhandlere kan blive yderligere forværret, hvis der er tale om eneforhandling af flere mærker.
- 157) Købermagt kan også øge risikoen for ulovlig samordning på købersiden, når store købere, eventuelt etableret i forskellige områder, påtvinger en eller flere leverandører eneforhandlingsaftaler.

- 158) Markedets modenhedsgrad er af betydning, eftersom tab af intrabrandkonkurrence og prisdiskriminering kan være et alvorligt problem på et modent marked, men mindre relevant på et marked med stigende efterspørgsel, skiftende teknologier og skiftende markedspostioner.
- 159) 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 tjenesteydelser. Tab af intrabrandkonkurrence 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.
- 160) Når en producent vælger en grossist som enedistributør, vil det normalt være for et stort område, f.eks. et helt EU- eller EFTA-land. Så længe grossisten kan sælge produktet uden begrænsninger til detailhandlere i de efterfølgende led, er det usandsynligt, at der bliver tale om mærkbare konkurrence-skadelige virkninger. Et eventuelt tab af intrabrandkonkurrence på grossistniveau kan let opvejes af effektivitetsfordele inden for logistik, salg fremme osv., især når producenten er etableret i et andet land. De mulige risici for tab af interbrandkonkurrence i forbindelse med ene forhandling af flere mærker er imidlertid større på grossistniveau end på detailniveau. Hvis en enkelt grossist bliver enedistributør for et stort antal leverandører, er der ikke alene risiko for, at konkurrencen mellem de pågældende mærker begrænses, men også for, at der sker markedsafskærmning i grossistleddet.
- 161) Som nævnt i punkt 155) vil der ikke opstå problemer med markedsafskærmning over for andre leverandører, så længe ene forhandlingen ikke kombineres med mærkeeksklusivitet. Men selv i den situation, hvor ene forhandling kombineres med mærkeeksklusivitet, er det usandsynligt, at andre leverandører vil blive udelukket fra markedet, undtagen måske når denne mærkeeksklusivitet anvendes inden for et tæt net af ene forhandlere, der hver især har små ene forhandlingsområder, eller hvis der er tale om kumulative virkninger. I så fald kan det være nødvendigt at anvende principperne i afsnit 2.1 om mærkeeksklusivitet. Hvis kombinationen af ene forhandling og mærkeeksklusivitet ikke fører til nogen væsentlig afskærmning, kan den være konkurrencefremmende, idet den kan øge ene forhandlerens incitament til at koncentrere sin indsats om netop dette mærke. Hvis der ikke er tale om nogen afskærmningsvirkning, vil kombinationen af ene forhandling og en konkurrenceklausul meget vel kunne opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3, i hele aftalens løbetid, især på grossistniveau.
- 162) En kombination af ene forhandling og eksklusive købsforpligtelser øger risikoen for svækkelse af intrabrandkonkurrencen og markedsopdeling, hvilket især kan fremme prisdiskriminering. Ene forhandling begrænser i forvejen kundernes arbitragemuligheder, da den begrænser antallet af forhandlere og normalt også deres muligheder for aktivt salg. Eksklusive købsforpligtelser, der tvinger ene forhandlerne til at købe det pågældende mærke direkte hos producenten, fjerner desuden ene forhandlerens arbitragemuligheder, idet de forhindres i at købe hos andre leverandører i systemet. Som følge heraf får leverandøren bedre muligheder for at begrænse intrabrandkonkurrencen ved at anvende ulige salgsvilkår til skade for forbrugerne, medmindre denne kombination åbner mulighed for effektivitetsgevinster, der kan føre til lavere priser for alle endelige forbrugere.
- 163) Produktets art er ikke særlig relevant for vurderingen af eventuelle konkurrenceskadelige virkninger i forbindelse med ene forhandling. Til gengæld er produktets art relevant for vurderingen af mulige effektivitetsfordele, dvs. når der er konstateret en mærkbar konkurrencebegrænsning.
- 164) Ene forhandling kan resultere i 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 og 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 ene forhandling føre til logistikbesparelser som følge af stordriftsfordele på transport- og distributionsområdet.

## 165) 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 udgør hele EU-medlemsstaten eller EFTA-staten for de små EU- eller EFTA-staters vedkommende og en region for de store EU- eller EFTA-staters vedkommende. 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, herunder for sponsorering af lokale begivenheder, og derudover også for 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 transportomkostningerne 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 EU-markedet 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 6 og 10 konkurrenter på alle nationale markeder. B, C og D er A's største konkurrenter og også til stede på hvert af de nationale markeder, med markedsandele på fra 5 % til 20 %. De øvrige producenter er nationale producenter med mindre markedsandele. B, C og D har nogenlunde samme distributionsnet, mens de lokale producenter fortrinsvis sælger deres produkter direkte til detailhandlerne.

På det i dette eksempel beskrevne marked for engrossalg er risikoen for nedsat intrabrandkonkurrence og prisdiskriminering lav. Der er arbitragemuligheder, og manglende intrabrandkonkurrence er ikke særlig relevant på grossistniveau. På detailniveau er der hverken hindringer for intra- eller interbrandkonkurrencen. Endvidere er interbrandkonkurrencen stort set upåvirket af eneforhandlingsaftaler i grossistledet. Det er derfor sandsynligt, at betingelserne i artikel 53, stk. 3, også er opfyldt, selv om der måtte være konkurrencebegrænsende virkninger.

## 166) 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 har de fire førende virksomheder udpeget den samme eneforhandler (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 stærk 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 teknologinnovationer. Produktet er ret enkelt.

På et sådant oligopolistisk marked er der risiko for samordning mellem de fire førende virksomheder. Risikoen øges, hvis der er tale om eneforhandling af flere mærker. Intrabrandkonkurrencen 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 hvis én producent sætter prisen ned på sit mærke, vil detailforhandleren ikke være interesseret i at lade dette prisfald komme den endelige forbruger til gode, da det ville reducere hans 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 (de fælles) eneforhandlere i detailledet er begrænsede, da produktet er forholdsvis enkelt, og videre-salget 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 det være, at betingelserne i artikel 53, stk. 3, ikke er opfyldt, og det kan blive nødvendigt at inddrage gruppefritagelsen for de aftaler, der er indgået med distributører med en markedsandel på under 30 % på indkøbsmarkedet.

## 167) Eksempel på eneforhandling kombineret med en eksklusiv købsforpligtelse

Producent A er den førende på det europæiske marked for et voluminøst varigt forbrugsgode og har en markedsandel på mellem 40 % og 60 % på de fleste nationale detailmarkeder. I de EU- eller EFTA-lande, hvor han har en stor markedsandel, har han færre konkurrenter med langt mindre markedsandele. Disse konkurrenter er kun repræsenteret på et eller to nationale markeder. A har traditionelt solgt sit produkt gennem sine nationale datterselskaber til detailhandlere med eneforhandling, som ikke har ret til at sælge aktivt i hinandens områder. Det giver disse forhandlere incitament til at arbejde på at fremme salget af produktet og yde eftersalgsservice. Desuden er forhandlerne forpligtede til udelukkende at købe producent A's produkter hos dennes nationale datterselskaber i deres eget land. 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. Efter indførelsen af den eksklusive købsforpligtelse begynder A at anvende forskellige priser på forskellige markeder, med prisforskelle på 10-15 %, og med højere priser på de markeder, hvor A er udsat for mindre konkurrence. Markedet er forholdsvis stabilt på udbuds- og efterspørgselsiden, og der er ingen betydelige teknologiske ændringer.

På de markeder, hvor priserne er højst, er tabet af intrabrandkonkurrence ikke kun en følge af områdeeksklusivitet i detailledet, men forstærkes af den eksklusive købsforpligtelse, som er pålagt detailhandlerne. Denne eksklusive købsforpligtelse bidrager til at holde markeder og områder adskilte ved at fjerne mulighederne for arbitrage mellem eneforhandlerne, som er de vigtigste forhandlere af produktet. Eneforhandlerne må 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. Som følge heraf er det blevet muligt at prisdiskriminere, uden at det har ført til nogen større stigning i det samlede salg. Forbrugernes og de uafhængige forhandleres arbitragemuligheder er begrænsede på grund af produktets karakter.

Der kan muligvis fremføres overbevisende effektivitetsargumenter for at antage eneforhandlere, specielt på grund af det incitament, forhandlerne herigennem får, men derimod er det usandsynligt, at de effektivitetsargumenter, der kan fremføres for at kombinere eneforhandling og eksklusive købsforpligtelser, og som især vil bero på stordriftsfordele inden for transport, vil kunne opveje de negative virkninger i form af prisdiskrimination og svækkelse af intrabrandkonkurrencen. Det er derfor usandsynligt, at betingelserne i artikel 53, stk. 3, vil være opfyldt.

### 2.3. Eksklusiv kundetildeling

168) I en aftale om eksklusiv kundetildeling forpligter leverandøren sig til 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. Gruppefritagelsen fastsætter ikke nogen fast definition af en kundegruppe - der kan f.eks. være tale om en gruppe defineret på grundlag af, hvad kunderne beskæftiger sig med, eller om en liste over kunder udvalgt på basis af et eller flere objektive kriterier. De eventuelle konkurrenceproblemer består hovedsagelig i risikoen for svækkelse af intrabrandkonkurrencen og markedsopdeling, der især kan lette prisdiskriminering. Når de fleste eller alle leverandører anvender eksklusiv kundetildeling, kan det svække konkurrencen og fremme en samordning på såvel leverandør- som forhandlerniveau. Endelig kan eksklusiv kundetildeling udelukke andre forhandlere fra markedet og dermed mindske konkurrencen på dette niveau.

169) Eksklusiv kundetildeling falder ind under gruppefritagelsen, hvis hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger tærsklen på 30 %, selv om tildelingen kombineres med andre ikke-alvorlige vertikale begrænsninger, såsom en konkurrenceklausul, mængdeforpligtelser eller eksklusive købsforpligtelser. 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 punkt 151)-167) om eneforhandling også for vurderingen af eksklusiv kundetildeling, dog med forbehold af de særlige bemærkninger i resten af dette afsnit.

170) Eksklusiv kundetildeling giver normalt kunderne færre arbitragemuligheder. Da hver af de autoriserede forhandlere har sin egen kundegruppe, kan det være vanskeligt for andre forhandlere at skaffe produktet. Sidstnævnte forhandleres arbitragemuligheder vil derfor blive begrænset.

- 171) Eksklusiv kundetildeling anvendes hovedsagelig for mellemprodukter og i engrosledet, når der er tale om færdigvarer, hvor det er muligt at identificere kundegrupper med forskellige særlige krav i relation til produktet.
- 172) 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, hvilken varighed for de eksklusive kundetildelingsaftaler der kan accepteres. Generelt er effektivitetsfordelene størst for nye produkter, komplekse produkter og produkter, der kræver tilpasning til den enkelte forbrugers behov. Identificerbare differentierede behov er mere sandsynlige for mellemprodukter, dvs. produkter, der sælges til forskellige kategorier af professionelle købere. Kundetildeling kan ikke antages at føre til effektivitetsfordele, når der er tale om endelige forbrugere.
- 173) 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 sin avancerede sprinkler, havde den en markedsandel på 20 % med et ældre produkt. Installationen af den nye sprinklertype er afhængig af, hvilken type bygning den installeres i, og af bygningens anvendelse (kontor, kemikaliefabrik, 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 kundetildeling. 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 5 % og 25 % 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 tjene deres investeringer ind og i første omgang koncentrere deres salgsarbejde om en bestemt kundegruppe og dermed få kendskab til fagområdet, og at de mulige konkurrenceskadelige virkninger nok vil være begrænsede på et dynamisk marked, vil betingelserne i artikel 53, stk. 3, sandsynligvis være opfyldt.

#### 2.4. *Selektiv distribution*

- 174) Ligesom eneforhandlingsaftaler begrænser selektive distributionsaftaler dels antallet af autoriserede 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 af aktivt salg til et område, men en begrænsning af salget til uautoriserede forhandlere, idet der kun må sælges til autoriserede forhandlere og de endelige forbrugere. Selektiv distribution anvendes næsten altid til distribution af færdige mærkeprodukter.
- 175) De mulige konkurrenceproblemer består i risikoen for en svækkelse af intrabrandkonkurrencen og, især når kumulative virkninger spiller ind, udelukkelse af bestemte typer forhandlere, svækkelse af konkurrencen og lettere adgang til samordning mellem leverandører eller købere. Ved vurderingen efter artikel 53, 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.<sup>(1)</sup> Anvendelse af sådanne kriterier medfører ikke direkte nogen begrænsning af antallet af forhandlere. Rent kvalitativ selektiv distribution anses normalt ikke for at falde ind under artikel 53, 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

<sup>(1)</sup> Se f. eks. Rettens dom i sag T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc mod Kommission*, Sml. 1996 II, s. 1961.



sådant system skal være berettiget i lyset af det pågældende produkts egenskaber for at bevare dets kvalitet og sikre, at det anvendes korrekt. For det andet skal forhandlerne udvælges på grundlag af objektive, kvalitative kriterier, der fastsættes ensartet og er tilgængelige for alle potentielle forhandlere og anvendes uden forskelsbehandling. For det tredje må de fastlagte kriterier ikke være mere vidtgående, end hvad der er nødvendigt <sup>(1)</sup>. 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.

- 176) Kvalitativ og kvantitativ selektiv distribution er omfattet af gruppefritagelsen, så længe markedsandelen på 30 % for såvel leverandøren som køberen ikke overskrides, selv om den kombineres med andre ikke-almindelige vertikale begrænsninger, såsom konkurrenceklausuler eller eneforhandling, forudsat at de autoriserede forhandlers aktive salg til hinanden og til de endelige forbrugere ikke begrænses. Fritagelsen af selektiv distribution efter gruppefritagelsen gælder uafhængigt af produktets art og uanset udvælgelseskriterierne. Hvis produktets egenskaber <sup>(2)</sup> ikke kræver selektiv distribution eller ikke kræver de kriterier, der anvendes, f.eks. er krav om, at distributørerne skal have en eller flere regulære butikker eller yde en bestemt service, vil et sådant distributionssystem dog normalt ikke have tilstrækkelige effektivitetsfremmende virkninger til, at det kan opveje en væsentlig reduktion af intrabrandkonkurrencen. Hvis der opstår mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget. Endvidere giver resten af dette afsnit retningslinjer om vurdering af selektiv distribution i konkrete tilfælde, der ikke er omfattet af gruppefritagelsen, eller i tilfælde af en kumulativ virkning af parallelle selektive distributionsnet.
- 177) Leverandørens og hans konkurrenters markedsstilling har afgørende betydning for vurderingen af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger, da tabet af intrabrandkonkurrence kun er problematisk, hvis interbrandkonkurrencen er begrænset. Jo stærkere leverandørens stilling er, desto mere problematisk er den manglende intrabrandkonkurrence. En anden vigtig faktor er antallet af selektive distributionsnet på det samme marked. Hvis selektiv distribution kun anvendes af én leverandør på markedet, 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.
- 178) Konkurrenternes position 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 intrabrandkonkurrencen let opvejes af en tilstrækkelig interbrandkonkurrence. Når flertallet af de førende leverandører benytter selektiv distribution, vil der ske en betydelig reduktion af intrabrandkonkurrencen og eventuelt en afskærmning af markedet over for visse typer forhandlere samt være øget risiko for en samordning mellem disse større leverandører. Risikoen for afskærmning af markedet over for mere effektive forhandlere har altid været større ved selektiv distribution end ved eneforhandling på grund af begrænsningerne i salget til uautoriserede forhandlere. Formålet med denne begrænsning er at gøre selektive distributionssystemer lukkede og gøre det umuligt for uautoriserede forhandlere uden for systemet at skaffe leverancer. Selektiv distribution er derfor særlig velegnet til at undgå, at lavprisforhandlere (uanset om de sælger fra fysiske forretningssteder eller udelukkende via internettet), presser fabrikantens og de autoriserede forhandlers avancer. En udelukkelse af sådanne distributionsformer, hvad enten den beror på en kumulativ brug af selektiv distribution eller foretages af en enkelt leverandør med en markedsandel på over 30 %, begrænser kundernes muligheder for at udnytte de konkrete fordele, disse distributionsformer kan give, som f.eks. lavere priser, større gennemsigtighed og lettere adgang.

<sup>(1)</sup> Se Domstolens dom i sag 31/80, *L'Oréal mod PVBA*, 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; samt Rettens dom i sag T-19/91, *Vichy mod Kommissionen*, Sml. 1992 II, s. 415, præmis 65.

<sup>(2)</sup> Se f.eks. Rettens domme i sag T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mod Kommissionen*, Sml. 1996 II, s. 1851, præmis 112-123, sag T-88/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc mod Kommissionen*, Sml. 1996 II, s. 1961, præmis 106 to 117, og den retspraksis, der er nævnt i den foregående fodnote.



- 179) I tilfælde hvor gruppefritagelsen finder anvendelse på individuelle selektive distributionsnet, kan der blive tale om 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, selvom markedsdækningen overstiger 50 %, hvis de fem største leverandørers (CR5) samlede markedsandel er på under 50 %. Når både CR5 og det selektive distributionssystem dækker mere end 50 % af markedet, kan vurderingen variere afhængigt af, om alle de fem største leverandører benytter selektiv distribution. Jo stærkere de konkurrenter, der ikke anvender selektiv distribution, står, desto mindre sandsynligt vil det være, at markedet afskærmes over for andre forhandlere. Hvis alle de fem største leverandører anvender selektiv distribution, kan der især opstå konkurrenceproblemer med de aftaler, der anvender kvantitative udvælgelseskriterier og dermed direkte begrænser antallet af autoriserede forhandlere eller anvender kvalitative kriterier såsom krav om et eller flere fysiske forretningssteder eller om, at der tilbydes bestemte tjenesteydelser, hvilket udelukker visse distributionsformer. Det er i almindelighed usandsynligt, at betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt, hvis de pågældende selektive distributionssystemer forhindrer, at nye forhandlere, der kan sælge de pågældende produkter på forsvarlig vis, især lavprisforhandlere og forhandlere, der udelukkende sælger via internettet og tilbyder lavere priser, får adgang til markedet, da dette begrænser distributionen til fordel for bestemte eksisterende kanaler og til skade for de endelige forbrugere. Ved mere indirekte former for kvantitativ selektiv distribution, f.eks. når rent kvalitative udvælgelseskriterier kombineres med et krav til forhandlerne om årligt at aftage produkter for et bestemt minimumsbeløb, er det mindre sandsynligt, at der vil opstå negative nettovirkninger, hvis et sådant mindstebeløb ikke udgør en væsentlig del af forhandlerens samlede omsætning inden for den pågældende produkttype, og dette krav ikke er mere vidtgående end nødvendigt for, at leverandøren kan få dækket sine relations-specifikke investeringer og/eller opnå stordriftsfordele i distributionen. 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.
- 180) 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 konkurrence-dygtige leverancer andetsteds.
- 181) 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.
- 182) I gruppefritagelsens artikel 5, stk. 1, litra c), er det fastsat, at leverandøren ikke må pålægge de autoriserede 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, er blandt de fem største leverandører på markedet.
- 183) 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 autoriserede 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 principperne i afsnit 2.1 for mærkeeksklusivitet. Når selektiv distribution ikke kombineres med en konkurrenceklausul, kan afskærmning af markedet over 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 %.

- 184) Markedets modenhedsgrad har betydning, fordi tab af intrabrandkonkurrence og risikoen for afskærmning af markedet over for andre 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 markedspositioner.
- 185) Selektiv distribution kan medføre effektivitetsfordele, når den fører til besparelser i logistikomkostninger på grund af stordriftsfordele på transportområdet, hvilket kan forekomme uanset produktets art (punkt 107), litra g)). Dette udgør dog normalt kun en beskedent effektivitetsfordel ved selektiv distribution. Produktets art spiller en væsentlig rolle, når det drejer sig om at løse et frihjulsproblem mellem forhandlerne (punkt 107), litra a)) eller at skabe et mærkeimage (punkt 107), litra i)). Det er især tilfældet med nye produkter, komplekse produkter, produkter, hvis kvalitet vanskeligt kan bedømmes før forbrug (de såkaldte "erfaringsprodukter"), eller hvis kvalitet vanskeligt kan bedømmes selv efter forbruget (de såkaldte "tillidsprodukter"). En kombination mellem selektiv distribution og en beliggenhedsklausul, som beskytter en autoriseret forhandler mod andre autoriserede forhandlere, der etablerer sig i nærheden, kan i særdeleshed opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3, hvis denne kombination er afgørende nødvendig for at beskytte betydelige, relationsspecifikke investeringer, som den autoriserede forhandler har foretaget (punkt 107), litra d)).
- 186) For at sikre, at det er den mindst konkurrencebegrænsende løsning, der er valgt, må det vurderes, om de samme effektivitetsfordele kan opnås med sammenlignelige omkostninger ved f.eks. kun at stille servicekrav.
- 187) 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 at blive optaget i dette distributionsnet: 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 autoriserede forhandlere i nettet direkte gennem fastsættelsen af et loft over antallet af forhandlere 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 benyttes flere 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 %. Interbrandkonkurrencen påvirkes ikke direkte af A's selektive distributionssystem. Intrabrandkonkurrencen inden for A's mærke kan blive svækket, men forbrugerne har adgang til at købe mærkerne B og C, som har et kvalitetsomdømme svarende nogenlunde til A, i supermarkederne. De har desuden også adgang til specialforretninger med andre mærker, eftersom de udvalgte forhandlere har uhindret adgang til at sælge konkurrerende mærker, og den kvantitative begrænsning i antallet af forhandlere af mærke A hindrer ikke andre specialforhandlere i at forhandle konkurrerende mærker. I dette tilfælde vil betingelserne i artikel 53, stk. 3, sandsynligvis være opfyldt på grund af servicekravene og de effektivitetsfordele, de må antages at føre til, og den begrænsede påvirkning af intrabrandkonkurrencen.

- 188) Eksempel på selektiv distribution med kumulative virkninger

På et marked for en bestemt sportsartikel findes der syv producenter, hvis respektive markedsandele er på 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 giver selektiv distribution en dækningsgrad på 85 %. Kriterierne for adgang til de forskellige producenters selektive distributionssystemer har bemærkelsesværdigt mange fælles træk: forhandlerne skal have et eller flere fysiske forretningssteder, de skal have et 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 sortiment af det pågældende mærke og præsentere produktet på en attraktiv måde, butikken skal ligge på et forretningsstrøg, og produktet skal tegne sig for mindst 30 % af butikkens 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 efterspørgselssiden, og der er stor mærkebevidsthed og 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 og forhandlere, der udelukkende sælger via internettet, ingen adgang til de fem førende mærker. Kravet om, at den pågældende produkttype skal tegne sig for mindst 30 % af forhandlernes omsætning, og kriterierne for varens præsentation og førsalgsservice udelukker de fleste lavprisforhandlere fra nettet af autoriserede forhandlere. Og kravet om et eller flere fysiske forretningssteder udelukker forhandlere, der udelukkende sælger via internettet, fra distributionsnettet. Forbrugerne har derfor ingen anden mulighed end at købe de fem førende mærker i de serviceorienterede/dyrt butikker. Dette medfører en begrænset interbrandkonkurrence 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. Interbrandkonkurrencen begrænses desuden af, at de fem førende mærker normalt føres af de samme forhandlere. Selv om der findes en vis intrabrandkonkurrence, 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 kvantitativt baserede selektive distributionssystemer er ikke forbundet med nogen større effektivitetsfordele: produktet er ikke særlig komplekst og kræver ingen særlig service. 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. *Franchiseaftaler*

- 189) Franchiseaftaler indeholder licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder (IP), især varemærker eller logoer og knowhow med henblik på brug og distribution af varer eller tjenester. Ud over IP-licensen yder franchisegiver normalt franchisetageren kommerciel eller teknisk bistand i aftalens løbetid. Licensen og bistanden indgår som faste bestanddele af franchisemodellen. Franchisetageren betaler normalt franchisegiveren en franchiseafgift for brugen af det pågældende forretningskoncept. Franchising kan sætte franchisegiveren i stand til med begrænsede investeringer at etablere et ensartet net til distribution af sine produkter. Ud over brugen af forretningskonceptet indeholder franchiseaftaler normalt en kombination af forskellige vertikale begrænsninger vedrørende det forhandlede produkt, navnlig klausuler om selektiv distribution og/eller konkurrenceklausuler og/eller eneforhandlingsklausuler eller mindre restriktive varianter heraf.
- 190) Gruppefritagelsens regler om IP-licenser er behandlet i punkt 24)-46). Vertikale begrænsninger med hensyn til køb, salg og videresalg af varer og tjenester inden for rammerne af en franchiseaftale, såsom selektiv distribution, konkurrenceklausuler eller eneforhandling, falder ind under gruppefritagelsen, når markedsandelstærsklen på 30 % ikke er overskredet <sup>(1)</sup>. De retningslinjer, der er opstillet for disse typer af begrænsninger, finder også anvendelse på franchising, med forbehold af de følgende to bemærkninger.
- a) Jo mere omfattende overførslen af knowhow er, desto større sandsynlighed er der for, at begrænsningerne afføder effektivitetsfordele og/eller er nødvendige for at beskytte den pågældende knowhow, og for at de vertikale begrænsninger opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3.

<sup>(1)</sup> Se også punkt 86)-95), specielt punkt 92).

- b) En konkurrenceklausul pålagt de varer eller tjenesteydelser, som franchisetageren køber, falder ikke ind under artikel 53, 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 53, stk. 1, så længe den ikke overstiger selve franchiseaftalens varighed.

#### 191) Eksempel på franchising

En producent har udviklet et nyt koncept for salg af slik i såkaldte "fun shops", hvor slikket kan farves efter forbrugernes 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 med 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 han et franchisesystem. Franchisetagerne har pligt til at købe slik, farvestoffer og farvemaskine hos producenten, at indrette deres butikker efter franchisegiverens koncept og arbejde under hans 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, og kun 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 diversificerede fødevarerproducenter. Der findes mange potentielle salgssteder for slik i form af kiosker, dagligvarebutikker, cafeteriaer og slikbutikker. Franchisegiveren har en markedsandel på under 10 % på markedet for maskiner til farvning af levnedsmidler.

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 53, 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 intrabrandkonkurrence. 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 hans 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 53, stk. 3, i det omfang deres bestemmelser falder ind under artikel 53, stk. 1.

#### 2.6 Eksklusiv levering

- 192) Begrænsninger, hvis hovedelement er, at leverandøren forpligtes eller tilskyndes til kun eller primært at sælge aftalevarerne til én køber, generelt eller med henblik på en bestemt brug af dem, falder ind under begrebet eksklusiv levering. Disse begrænsninger kan ske i form af en klausul om, at leverandøren kun må sælge til én bruger med henblik på videresalg eller en bestemt brug af produktet, men der kan også være tale om en form for mængdeforpligtelse pålagt leverandøren, når leverandøren tilskyndes til primært at samle sit salg om en enkelt køber. For mellemprodukter omtales eksklusiv levering ofte som industrileverancer.

- 193) Eksklusiv levering falder ind under gruppefritagelsen, hvis hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger tærsklen på 30 %, selv om denne klausul kombineres med andre ikke-almindelige vertikale begrænsninger, såsom en konkurrenceklausul. Resten af dette afsnit indeholder retningslinjer for vurderingen af eksklusiv levering i konkrete sager, hvor tærsklen for markedsandele er overskredet.
- 194) Det vigtigste konkurrenceproblem, der kan opstå i forbindelse med eksklusiv levering, er risikoen for markedsafskærmning over for andre købere. Hvad angår de mulige virkninger af eksklusiv levering, er der mange fællestræk med eneforhandling, især når eneforhandleren bliver den eneste køber på et helt marked (se afsnit 2.2., især punkt 156)). Det er klart, at køberens markedsandel på indkøbsmarkedet i det foregående omsætningsled er vigtig for vurderingen af, om køberen kan "gennemtvinge" eksklusiv levering, som afskærer andre købere fra at få adgang til leverancer. Men det er køberens position på det efterfølgende marked, der er 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 opstå negative virkninger, når køberen såvel på det efterfølgende leveringsmarked som på det forudgående indkøbsmarked har en markedsandel på over 30 %. Hvis køberens markedsandel på det foregående marked ikke overstiger 30 %, kan der stadig forekomme betydelige afskærmningsvirkninger, især hvis køberens markedsandel på det efterfølgende marked overstiger 30 %, og den eksklusive leveringsforpligtelse tager sigte på en bestemt brug af aftalevarerne. 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.
- 195) Det er ikke kun køberens markedsposition i det foregående og efterfølgende led, der har betydning, men også i hvilket omfang og hvor længe køberen 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 påståede effektivitetsfordele, eller disse fordele anses for utilstrækkelige til at opveje sådanne langvarige eksklusive leveringsaftalers afskærmende virkninger.
- 196) De konkurrerende købers position på indkøbsmarkedet har også betydning, da den eksklusive leveringsaftale sandsynligvis 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 over 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 over 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.
- 197) 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.
- 198) 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), kan en kombination af eksklusiv levering og konkurrenceklausuler, dvs. gensidig eksklusivitet i industrileveranceaftaler, ofte være berettiget under det niveau, hvor der er tale om en dominerende stilling.



- 199) Endelig har også omsætningsleddet og produktets art betydning for risikoen for markedsafskærmning. Der er mindre sandsynlighed for markedsafskærmning, når der er tale om mellemprodukter eller homogene produkter. For det første vil en producent, der er afskåret fra markedet, og som bruger et bestemt produkt som mellemprodukt, normalt have bedre muligheder for at imødekomme sine kunders efterspørgsel, end grossisten eller detailhandleren har for at efterkomme den endelig forbrugers efterspørgsel, for hvem mærket 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. 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 sit afsætningsmarked.
- 200) Ved "hold up"-problemer kan der forventes effektivitetsfordele (nr. 107), litra d) og e)), og dette er mere sandsynligt ved mellemprodukter end ved færdigprodukter. Andre effektivitetsfordele er mindre sandsynlige. Mulige stordriftsfordele i distributionen (nr. 107), litra g)) synes ikke at kunne udgøre en tilstrækkelig begrundelse for eksklusiv levering.
- 201) 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.
- 202) Eksempel på 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 andetsteds. 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 i artikel 53, stk. 3, på grund af effektivitetsfordelene og de begrænsede markedsafskærmningsvirkninger. 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. Desuden er markedsafskærmningen over for andre leverandører begrænset til de maksimalt 40 % af indkøbene, som B tegner sig for.

### 2.7. Distributionsvederlag

- 203) Distributionsvederlag er faste beløb, som leverandører inden for rammerne af et vertikalt forretningsforhold betaler til distributører ved en bestemt periodes begyndelse for at få adgang til distributionsnettet og belønne detailhandlerne for den service, de yder leverandøren. Denne kategori omfatter forskellige former for praksis som f.eks. såkaldte "slot allowances" <sup>(1)</sup>, "pay-to-stay fees" <sup>(2)</sup>, betaling for at få sit produkt med i distributørens salgsfremmekampagner osv. Distributionsvederlag er fritaget i henhold til gruppefritagelsen, når hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 %. Resten af dette afsnit indeholder retningslinjer for vurderingen af distributionsvederlag i konkrete tilfælde.

<sup>(1)</sup> Leverandørens betaling af et fast beløb til detailforhandleren for at få plads til sit produkt på detailhandlerens hylder

<sup>(2)</sup> Leverandørens betaling af et fast beløb til detailforhandleren for at sikre sit produkt fortsat hyldedeplads.



- 204) Distributionsvederlag kan undertiden have konkurrenceskadelige afskærmningsvirkninger over for andre distributører, hvis leverandøren derved tilskyndes til at sælge sine produkter via én bestemt eller ganske få distributører. Et stort vederlag kan få leverandøren til at søge at kanalisere en betydelig del af sit salg hen til den pågældende distributør for at få dækket omkostningerne ved dette vederlag ind. I så fald kan disse betalinger have samme afskærmningsvirkninger i det efterfølgende led som en forpligtelse af eneleverancetyper. Sådanne negative virkninger vil blive vurderet analogt med vurderingen af eksklusive leveringsforpligtelser (se især punkt 194)-199)).
- 205) Distributionsvederlag kan i særlige tilfælde også føre til konkurrenceskadelig afskærmning over for andre leverandører, hvis en udbredt brug af sådanne betalinger gør det vanskeligere for nye, små aktører at komme ind på markedet. Sådanne negative virkninger vil blive vurderet analogt med vurderingen af mærkeeksklusivitetsforpligtelser (se især punkt 132)-141)).
- 206) Bortset fra de eventuelle markedsafskærmende virkninger kan betaling af distributionsvederlag også svække konkurrencen og lette en ulovlig samordning mellem distributører. Disse betalinger kan også antages at ville forhøje den pris, leverandøren forlanger for sine aftalevarer, eftersom han er nødt til at dække omkostningerne ved betalingerne ind. Højere leveringspriser kan mindske detailhandlerens incitament til at konkurrere på prisen på sit marked, samtidig med at distributørens fortjeneste øges af disse betalinger. En sådan svækkelse af konkurrencen mellem distributører gennem kumulativ brug af distributionsvederlag forudsætter normalt en høj grad af koncentration på distributionsmarkedet.
- 207) Brugen af distributionsvederlag kan imidlertid også i mange tilfælde føre til en effektiv allokering af hyldeplads til nye produkter. Distributørerne har ofte ringere kendskab end leverandørerne til, hvor godt et nyintroduceret produkt kan forventes at ville sælge, og vil derfor ikke nødvendigvis altid føre det rette antal produkter. Denne informationsasymmetri mellem leverandører og distributører kan mindskes ved, at leverandørerne udtrykkeligt får mulighed for at konkurrere om hyldeplads i form af betaling af distributionsvederlag. Herigennem kan distributøren få et fingerpeg om, hvilke produkter der har størst chancer for at blive en succes, eftersom en leverandør normalt vil gå med til at betale for hyldeplads, hvis han føler sig overbevist om, at introduktionen af hans produkt ikke vil slå fejl.
- 208) På grund af den informationsasymmetri, der er nævnt i punkt 207), kan leverandørerne desuden også have et incitament til at profitere af distributørens salgsfremmeindsats for at introducere produkter, der ikke er optimale. Hvis et produkt ikke bliver en succes, kommer distributøren til at betale omkostningerne herved. Dette kan brugen af distributionsvederlag forhindre ved at flytte risikoen for fejlslag tilbage til leverandørerne, hvilket således kan bidrage til en optimal introduktion af nye produkter.

### **2.8. Aftaler om kategoristyring**

- 209) Aftaler om kategoristyring (category management) er aftaler, hvor en distributør inden for rammerne af en distributionsaftale lader leverandøren (kategoristyreren) tage sig af markedsføringen af en produktkategori, som normalt ikke blot omfatter leverandørens egne, men også konkurrenters produkter. Kategoristyreren kan derigennem få indflydelse på f.eks. produktets placering i butikken og produktudvælgelsen til butikken. Aftaler om kategoristyring falder ind under gruppefritagelsen, når hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 %. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af aftaler om kategoristyring i konkrete tilfælde, hvor denne markedsandelstærskel er overskredet.
- 210) Aftaler om kategoristyring rejser i de fleste tilfælde ingen problemer, men de kan undertiden fordreje konkurrencen mellem leverandører og i sidste ende føre til konkurrenceskadelig afskærmning over for andre leverandører, hvis den kategoristyrende leverandør i kraft af sin indflydelse på distributørens markedsføringsbeslutninger er

i stand til at begrænse eller forfordere distributionen af konkurrerende leverandørers produkter. I de fleste tilfælde har distributøren ikke nogen interesse i at indskrænke sit sortiment, men hvis distributøren også sælger konkurrerende produkter under sit eget mærke (handelsmærker), vil han også kunne have et incitament til at udelukke bestemte leverandører, især leverandører af produkter i mellemprisklassen. Sådanne negative virkninger vil blive vurderet analogt med vurderingen af mærkeeksklusivitetsforpligtelser (se især punkt 132)-141)), og der vil blive lagt vægt på, hvor stor en del af markedet disse aftaler dækker, på konkurrenternes position på markedet og en eventuel kumulativ brug af sådanne aftaler.

- 211) Endvidere vil aftaler om kategoristyring kunne lette en samordning mellem distributører, hvis en og samme leverandør styrer en bestemt kategori for alle eller næsten alle de konkurrerende distributører på markedet og dermed kan fungere som samordningspunkt.
- 212) Kategoristyring vil også kunne lette en samordning mellem leverandører, fordi de får øget adgang til via detailhandlerne at udveksle følsom markedsinformation, f.eks. om fremtidige priser, planlagte salg fremstød eller reklamekampagner <sup>(1)</sup>.
- 213) Kategoristyring vil dog også kunne føre til effektivitetsfordele. Aftaler om kategoristyring kan give distributørerne adgang til leverandørens markedsførings ekspertise for bestemte varegrupper og mulighed for at opnå stordriftsfordele ved at sikre, at distributørens hylder til enhver tid indeholder en optimal mængde produkter. Eftersom kategoristyring er baseret på kundevaner, kan aftaler herom føre til større tilfredshed hos kunderne, fordi de åbner mulighed for at afpasse sig bedre efter efterspørgslen. Generelt gælder, at jo stærkere interbrandkonkurrencen er, og jo lettere det er for forbrugere at skifte mærke, desto større økonomiske fordele kan der opnås gennem kategoristyring.

## 2.9 Kombinationsklausuler

- 214) Kombinationsklausuler (tying) er bestemmelser om, at en kunde, der køber ét produkt (det primære produkt), også skal købe et bestemt andet produkt (det sekundære produkt) hos samme leverandør eller en af denne udpeget leverandør. Kombinationsklausuler kan udgøre misbrug af dominerende stilling efter artikel 54 <sup>(2)</sup>. Kombinationsklausuler kan også være vertikale begrænsninger, der falder ind under artikel 53, hvis de medfører mærkeeksklusivitet (jf. nr. 129)-150) for det sekundære produkt. Det er kun sidstnævnte situation, der behandles i disse retningslinjer.
- 215) Det afhænger af kundernes efterspørgsel, om produkterne vil skulle betragtes som særskilte eller ej. To produkter betragtes som særskilte, når et betydeligt antal kunder i en situation uden kombinationsklausul ville købe eller ville have købt det primære produkt uden også at købe det sekundære produkt hos samme leverandør, hvilket ville muliggøre stand alone-produktion af både det primære og det sekundære produkt <sup>(3)</sup>. Dokumentation for, at to produkter er særskilte, kan omfatte direkte beviser på, at forbrugere, når de har valgmuligheden, køber de primære og de sekundære produkter særskilt fra forskellige forsyningskilder, eller indirekte beviser, som f.eks. at der er virksomheder på markedet, som er specialiserede i produktion og salg af det sekundære produkt uden det primære produkt <sup>(4)</sup>, eller beviser på, at virksomheder med en beskedne markedsstyrke, særlig på konkurrenceudsatte markeder, har en tendens til ikke at bundte deres produkter. Eksempelvis kan nævnes, at eftersom kunderne helst vil købe sko med snørebånd i, og det ikke er hensigtsmæssigt for skotøjshandlerne selv at sætte snørebånd i skoene, er det blevet almindeligt, at skoproducenter leverer deres sko med snørebånd. Salget af sko med snørebånd er derfor ikke nogen kombinationsklausul.

<sup>(1)</sup> Direkte informationsudveksling mellem konkurrenter er ikke omfattet af gruppefritagelsen, jf. artikel 2, stk. 4, og disse retningslinjers punkt 27) og 28).

<sup>(2)</sup> Domstolens dom i sag C-333/94 P, *Tetrapak mod Kommissionen*, Sml. 1996 I, s. 5951, præmis 37. Se også Kommissionens meddelelse om vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, EUT C 45 af 24.2.2009, s. 7.

<sup>(3)</sup> Rettens dom i sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 917, 921 og 922.

<sup>(4)</sup> Rettens dom i sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 67

- 216) Kombinations salg kan få konkurrenceskadelige afskærmningsvirkninger på enten det primære eller det sekundære marked eller på begge markeder samtidig. Afskærmningsvirkningen 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 53, stk. 1, kan analysen af mærkeeksklusivitet anvendes. Ved kombinationssalg 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. Kombinations salg kan medføre en svækkelse af konkurrencen for kunder, der er interesserede i at købe det sekundære, men ikke det primære produkt. Hvis antallet af kunder, der vil købe det sekundære produkt alene, ikke er tilstrækkeligt til at holde liv i den dominerende virksomheds konkurrenter på det sekundære marked, kan kombinationsklausulen betyde, at disse kunder kommer til at betale højere priser. I de tilfælde, hvor det sekundære produkt er et komplementært produkt for aftagerne af det primære produkt, kan et fald i antallet af alternative udbydere af det sekundære produkt og dermed et mindre udbud af dette produkt gøre det vanskeligt at komme ind på markedet for alene det primære produkt.
- 217) Kombinationsklausuler kan også føre til priser, der ligger over konkurrenceniveauet, især i følgende tre situationer: Hvis det primære og det sekundære produkt kan anvendes i et variabelt forhold som input i en produktionsproces, vil kunderne måske reagere på en prisstigning for det primære produkt ved at efterspørge mere af det sekundære produkt og mindre af det primære produkt. Gennem den tvungne kombination af de to produkter kan den dominerende virksomhed søge at undgå denne substitution og dermed blive i stand til at hæve sine priser. For det andet, hvis kombinationssalg giver mulighed for anvendelse af forskellige priser afhængigt af kundens brug af det primære produkt, f.eks. hvis salget af blækpatroner 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.
- 218) Kombinations salg falder ind under gruppefritagelsens, når hverken leverandørens markedsandel på såvel markedet for det primære som markedet på det sekundære produkt eller køberens markedsandel på de relevante markeder i det forudgående led overstiger 30 %. De kan anvendes sammen med andre vertikale begrænsninger, der ikke er alvorlige restriktioner i henhold til gruppefritagelsen, såsom konkurrenceklausuler eller mængdeforpligtelser i forbindelse med det primære produkt eller eksklusive købsaftaler. Resten af dette afsnit giver retningslinier for vurderingen af kombinationssalg i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen er overskredet.
- 219) Leverandørens position på markedet for det primære produkt er klart af stor betydning for vurderingen af eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. Generelt er det leverandøren, der påtvinger køberen denne type aftale. Hovedårsagen til, at en køber kan finde det vanskeligt at afslå en kombinationsklausul, kan være leverandørens position på markedet for det primære produkt.
- 220) Leverandørens konkurrenters position på markedet for det primære produkt har stor betydning ved vurderingen af leverandørens markedsstyrke. Så længe der er tilstrækkeligt mange og stærke konkurrenter, kan der ikke forventes nogen konkurrenceskadelige 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. Også eventuelle hindringer for adgang til markedet for det primære produkt har betydning for vurdering af leverandørens markedsposition. Når kombinationsklausuler kombineres med konkurrenceklausuler for det primære produkt, styrker det leverandørens stilling betydeligt.
- 221) Købermagt er relevant, da store kunder ikke så let kan tvinges til at acceptere kombinationsklausuler uden at få del i i hvert fald nogle af de mulige effektivitetsfordele. Risikoen for, at kombinationssalg ikke reelt er baseret på effektivitet, er derfor størst, hvis køberne ikke har nogen betydelig markedsstyrke.
- 222) Hvis der er påvist mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, må der tages stilling til, om betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt. Kombinationsklausuler kan bidrage til at skabe effektivitet gennem samlet produktion eller samlet 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 opfylde betingelserne i artikel 53, stk. 3,

skal det dog være godtgjort, at i hvert fald en del af disse omkostningsbesparelser kommer forbrugerne til gode, hvilket normalt ikke er tilfældet, hvis detailforhandleren er i stand til løbende at skaffe sig samme eller tilsvarende produkter på samme eller bedre vilkår end dem, der anvendes af den leverandør, som anvender en kombinationsklausul. Der kan være tale om en anden effektivitetsfordel, når kombinationsklausulerne bidrager til at sikre en vis ensartethed og kvalitetsstandardisering (jf. punkt 107), litra i)). Det skal dog godtgøres, 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. Krav vedrørende minimumskvalitetsstandarder falder normalt ikke ind under artikel 53, stk. 1. Når leverandøren af det primære produkt pålægger køberen at købe det sekundære produkt hos bestemte leverandører, f.eks. fordi det er umuligt at fastlægge minimumskvalitetsstandarder, kan dette også falde uden for artikel 53, stk. 1, især hvis leverandøren af det primære produkt ikke opnår en direkte (finansiel) fordel ved at udpege leverandører af det sekundære produkt.

### 2.10 *Detailprisbinding*

- 223) Som nævnt i afsnit III.3, betragtes detailprisbinding, dvs. aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at fastsætte en fast eller mindste videresalgpris eller et fast eller mindste prisniveau, som køberen skal overholde, som en alvorlig konkurrencebegrænsning. Hvis en aftale indeholder detailprisbinding, gælder der en formodning om, at aftalen er konkurrencebegrænsende og dermed falder ind under artikel 53, stk. 1. Det giver også anledning til en formodning om, at aftalen sandsynligvis ikke opfylder betingelserne i artikel 53, stk. 3, og at gruppefritagelsen derfor ikke finder anvendelse. Virksomheder har dog stadigvæk i individuelle tilfælde mulighed for at påberåbe sig en effektivitetsfordel, der kan falde ind under artikel 53, stk. 3. Det er op til aftaleparterne at godtgøre, at en detailprisbindingsbestemmelse i deres aftale vil afføde effektivitetsfordele, og bevise, at alle betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt. Det er derefter op til EFTA-Tilsynsmyndigheden at foretage en reel vurdering af de sandsynlige konkurrenceskadelige virkninger, før den tager endeligt stilling til, om betingelserne i artikel 53, stk. 3, er opfyldt eller ej.
- 224) Der er flere forskellige måder, hvorpå detailprisbinding kan begrænse konkurrencen. For det første kan detailprisbinding lette en samordning mellem leverandørerne ved at skabe øget prisgennemsigtighed på markedet og derved gøre det lettere at afsløre, om en leverandør afviger fra samordningen ved at sænke sin pris. Prisbinding underminerer også leverandørens incitament til sænke sin pris over for sine distributører, eftersom den faste detailpris hindrer ham i at nyde godt af en stigning i salget. Disse negative virkninger kan især opstå, hvis der er let adgang til samordning på markedet, f.eks. hvis der findes et oligopol på leverandørsiden, og prisbindingsaftaler dækker en stor del af markedet. For det andet kan detailprisbinding også ved at eliminere intrabrandkonkurrencen lette en samordning mellem køberne, altså en samordning på distributionsniveauet. Stærke eller velorganiserede distributører vil måske være i stand til at tvinge eller overtale en eller flere leverandører til at fastsætte deres detailpris på et højt niveau og dermed lette eller stabilisere en eventuel samordning. Tabet af priskonkurrence som følge heraf forekommer især at være problematisk, hvis det er køberne, der tager initiativet til prisbindingen, da købernes kollektive interesse heri normalt ikke kan anses for at stemme overens med forbrugernes. For det tredje kan detailprisbinding mere generelt svække konkurrencen mellem leverandørerne og/eller mellem detailforhandlerne, især hvis leverandørerne benytter de samme distributører til deres produkter, og de alle eller mange af dem benytter prisbinding. For det fjerde vil den øjeblikkelige virkning af en detailprisbinding være, at alle eller nogle af distributørerne afskæres fra at sænke deres salgspris for det pågældende mærke. Med andre ord vil den direkte konsekvens af detailprisbinding blive højere priser. For det femte kan detailprisbinding også mindske et pres på producentens avance, især hvis producenten har en interesse i at sænke sin pris over for distributører i efterfølgende led. I en sådan situation vil producenten måske foretrække at acceptere en prisbinding mod en forpligtelse til ikke at sænke prisen over for efterfølgende distributører og for at mindske presset på sin egen avance. For det sjette kan en producent benytte prisbinding for at trænge mindre konkurrenter ud af markedet. Den højere avance, som prisbinding kan give distributørerne, kan få dem til at foretrække den pågældende producentens mærke frem for konkurrenternes, når de rådgiver deres kunder, også selv om det ikke vil være i kundernes interesse, eller til slet ikke at føre disse konkurrerende mærker. Endelig kan detailprisbinding svække dynamikken og innovationen på distributionsniveauet. Prisbinding vil forhindre priskonkurrence mellem forskellige distributører og kan dermed afskære mere effektive distributører fra at komme ind på markedet eller opnå et tilstrækkeligt salg med lavere priser. Den kan også lægge hindringer i vejen for introduktion eller udbygning af lavprisdistributionsformer såsom discountbutikker.
- 225) Detailprisbinding har imidlertid ikke altid kun konkurrencebegrænsende virkninger, men kan også, især hvis den indføres på leverandørens initiativ, give effektivitetsfordele, der vil blive vurderet efter artikel 53, stk. 3. I særdeleshed gælder, at hvis en producent introducerer et nyt produkt, vil detailprisbinding i introduktionsperioden kunne tilskynde distributørerne til bedre at tilgodese producentens

interesse i at fremme efterspørgslen efter hans produkt. En detailprisbinding kan give distributørerne muligheden for at intensivere deres salgsindsats, og hvis distributørerne på dette marked er udsat for hård konkurrence, kan det tilskynde dem til at arbejde på at øge efterspørgslen efter produktet og gøre det til en succes, hvilket også vil komme forbrugerne til gode <sup>(1)</sup>. På samme måde kan faste, og ikke blot maksimale, videresalgspriser være nødvendige for inden for rammerne af et franchisesystem eller tilsvarende distributionssystem baseret på et ensartet distributionsformat at tilrettelægge en samordnet, kortsigtet (i de fleste tilfælde 2-6 uger) tilbudskampagne, der også vil komme forbrugerne til gode. I nogle situationer vil den højere avance, som prisbinding kan give, sætte detailforhandlerne i stand til at yde (yderligere) kundeservice forud for et køb, især hvor der er tale om produkter, hvis kvalitet kun kan bedømmes på grundlag af en vis erfaring, eller om komplekse produkter. Hvis et tilstrækkeligt stort antal kunder gør brug af en sådan service til at træffe deres valg og derefter køber produktet til en lavere pris hos forhandlerne, som ikke yder denne service (og derfor ikke har nogen omkostninger hertil), er der sandsynlighed for, at den serviceydende forhandler vil indskrænke eller ophøre med at yde denne service, som fremmede efterspørgslen efter leverandørens produkt. Detailprisbinding kan hjælpe med til at forhindre sådanne frihjulsproblemer i distributionsledet. Hvis parterne i en prisbindingsaftale ønsker at bringe artikel 53, stk. 3, i anvendelse, må de i den forbindelse også bevise, at prisbindingsaftalen må forventes ikke alene at fungere som et middel, men også som et incitament til at afhjælpe eventuelle frihjulsproblemer blandt detailforhandlere på serviceområdet, og at denne service generelt er til gavn for forbrugerne

- 226) Anvendelse af en vejledende eller maksimal videresalgspris over for forhandlere er omfattet af gruppefritagelsen, når ingen af aftaleparternes markedsandel overstiger tærsklen på de 30 %, forudsat at der ikke på grund af pres eller incitamenter fra den ene part reelt er tale om mindstepriser eller faste salgspriser. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af maksimale og anbefalede priser, hvor markedsandelstærsklen er overskredet, eller hvor inddragelse af gruppefritagelsen kan komme på tale.
- 227) Det konkurrenceproblem, som maksimale og vejledende priser kan give anledning til, beror på risikoen for, at den maksimale eller vejledende pris kommer til at fungere som fikspunkt for forhandlerne og følges af dem alle eller størsteparten af dem, og/eller at maksimale eller vejledende priser kan svække konkurrencen og lette en samordning mellem leverandørerne.
- 228) En af de vigtigste faktorer for vurderingen af eventuelle konkurrenceskadelige virkninger i forbindelse med maksimale eller vejledende videresalgspriser er leverandørens markedsposition. Jo stærkere leverandøren står på sit marked, desto 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 dette niveau. Det vil måske være vanskeligt for dem at afvige fra, hvad de opfatter som den videresalgspris, der foretrækkes af så stor en leverandør på markedet.
- 229) Hvis der er påvist mærkbare konkurrenceskadelige virkninger af vejledende eller maksimale videresalgspriser, må der tages stilling til, om der eventuelt er mulighed for fritagelse efter artikel 53, stk. 3. Især for maksimale videresalgsprisers vedkommende kanden i punkt 107), litra f), beskrevne effektivitetsfordel (undgåelse af dobbeltmarginalisering) være relevant. En maksimal videresalgspris kan også hjælpe med til at sikre, at det pågældende mærke kan konkurrere med de andre mærker, herunder også egne mærker, som distributøren fører.

---

<sup>(1)</sup> Under forudsætning af, at det ikke er praktisk muligt for leverandøren at indgå en aftale med alle køberne indeholdende krav om en effektiv salgsindsats, jf. også punkt 107), litra a).







## ABONNEMENTSPRISER 2012 (ekskl. moms, inkl. normale forsendelsesomkostninger)

EU-Tidende, L- + C-udgaven, kun papirudgave	22 officielle EU-sprog	1 200 EUR pr. år
EU-Tidende, L- + C-udgaven, papirudgave + årlig dvd	22 officielle EU-sprog	1 310 EUR pr. år
EU-Tidende, L-udgaven, kun papirudgave	22 officielle EU-sprog	840 EUR pr. år
EU-Tidende, L- + C-udgaven, månedlig kumulativ dvd	22 officielle EU-sprog	100 EUR pr. år
Supplement til EUT (S-udgaven), udbud og offentlige kontrakter, dvd, 1 udgave pr. uge	Flersproget: 23 officielle EU-sprog	200 EUR pr. år
EU-Tidende, C-udgaven — udvælgelsesprøver	Sprog iht. udvælgelsesprøve(r)	50 EUR pr. år

*Den Europæiske Unions Tidende*, der udkommer på EU's officielle sprog, fås i abonnement i 22 sprogudgaver. EU-Tidende omfatter L-udgaven (retsforskrifter) og C-udgaven (meddelelser og oplysninger).

Der abonneres særskilt på hver sprogudgave.

I henhold til Rådets forordning (EF) nr. 920/2005, offentliggjort i EU-Tidende L 156 af 18. juni 2005, er Den Europæiske Unions institutioner midlertidigt fritaget for forpligtelsen til at udarbejde og offentliggøre alle retsakter på irsk. Irske udgaver af EU-Tidende vil derfor blive markedsført særskilt.

Abonnementet på supplementet til EU-Tidende (S-udgaven (udbud og offentlige kontrakter)) omfatter alle udgaver på de 23 officielle sprog på én dvd.

Abonnenter på *Den Europæiske Unions Tidende* kan uden ekstra omkostninger rekvirere eksemplarer af diverse bilag til EU-Tidende (C ... A-udgaver). Abonnenterne gøres opmærksom på udgivelsen af bilagene ved hjælp af »meddelelser til læserne« i *Den Europæiske Unions Tidende*.

## Salg og abonnementer

Betalingsabonnementer på diverse tidsskrifter, som f.eks. *Den Europæiske Unions Tidende*, kan købes gennem vore salgsagenter. Listen over salgsagenterne findes på internettet:

[http://publications.europa.eu/others/agents/index\\_da.htm](http://publications.europa.eu/others/agents/index_da.htm)

**EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu>) giver direkte og gratis adgang til EU-retten. Via dette netsted kan man konsultere *Den Europæiske Unions Tidende*, og netstedet indeholder endvidere traktaterne, retsforskrifter, retspraksis og forberedende retsakter.**

**Yderligere oplysninger om Den Europæiske Union findes på: <http://europa.eu>**



Den Europæiske Unions Publikationskontor  
2985 Luxembourg  
LUXEMBOURG

DA