

Uitgave
in de Nederlandse taal

Mededelingen en bekendmakingen

Nummer

Inhoud

Bladzijde

I *Mededelingen*

EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

Toezichhoudende Autoriteit van de EVA

2002/C 122/01

Richtsnoeren inzake verticale afspraken..... 1



I

(Mededelingen)

EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA

Richtsnoeren inzake verticale afspraken

(2002/C 122/01)

INHOUD

	<i>Punt</i>	<i>Bladzijde</i>
I. INLEIDING	1-7	3
1. Doel van de richtsnoeren	1-4	3
2. Toepasselijkheid van artikel 53 op verticale overeenkomsten	5-7	4
II. VERTICALE OVEREENKOMSTEN DIE OVER HET ALGEMEEN BUITEN HET TOEPASSINGS- GEBIED VAN ARTIKEL 81, LID 1, VALLEN	8-20	4
1. Overeenkomsten van geringe betekenis en KMO's	8-11	4
2. Agentuurovereenkomsten	12-20	5
III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING	21-70	7
1. Door de groepsvrijstelling gecreëerde „veilige zone”	21-22	7
2. Toepassing van de groepsvrijstelling	23-45	7
3. „Hard-core”-restricties in de groepsvrijstelling	46-56	12
4. Voorwaarden overeenkomstig de groepsvrijstelling	57-61	15
5. Geen vermoeden van onwettigheid buiten de groepsvrijstelling	62	16
6. Aanmelding uit voorzorg is niet nodig	63-65	16
7. Scheidbaarheid	66-67	17
8. Verschillende producten die via hetzelfde distributiestelsel worden afgezet	68-69	17
9. Overgangperiode	70	17
IV. INTREKKING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING BUITENTOEPASSINGVERKLARING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING	71-87	17
1. Intrekkingsprocedure	71-79	17
2. Buitentoeponingverklaring van de groepsvrijstelling	80-87	19

V.	MARKTBEPALING EN BEREKENING VAN HET MARKTAANDEEL	88-99	20
1.	Bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt	88	20
2.	Relevante markt voor de berekening van de marktaandeellimiet van 30 % overeenkomstig de groepsvrijstelling	89-95	20
3.	Relevante markt voor een individuele beoordeling	96	21
4.	Berekening van het marktaandeel overeenkomstig de groepsvrijstelling	97-99	22
VI.	HANDHAVINGSBELEID IN INDIVIDUELE ZAKEN	100-229	22
1.	Kader van de analyse	103-136	23
1.1.	Negatieve effecten van verticale afspraken	103-114	23
1.2.	Positieve effecten van verticale afspraken	115-118	25
1.3.	Algemene regels voor het beoordelen van verticale afspraken	119	27
1.4.	Methodiek van de analyse	120-136	28
1.4.1.	Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 53, lid 1	121-133	28
1.4.2.	Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 53, lid 3	134-136	30
2.	Analyse van specifieke verticale afspraken	137-229	31
2.1.	Merkexclusiviteit	138-160	31
2.2.	Alleenverkoop	161-177	35
2.3.	Klantenexclusiviteit	178-183	38
2.4.	Selectieve distributie	184-198	39
2.5.	Franchising	199-201	42
2.6.	Exclusieve levering	202-214	44
2.7.	Koppeling	215-224	46
2.8.	Geadviseerde wederverkooprijzen en maximumwederverkooprijzen	225-228	47
2.9.	Overige verticale afspraken	229	48

- A. Deze kennisgeving wordt gedaan overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (Toezichthoudende Autoriteit- en Hof-Overeenkomst)
- B. De Europese Commissie heeft een mededeling gepubliceerd, getiteld „Richtsnoeren inzake verticale beperkingen”⁽¹⁾. Dat niet-bindende instrument licht de beginselen toe die de Commissie in acht neemt bij de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 81 van het EG-Verdrag.
- C. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA beschouwt deze mededeling als relevant voor de EER. Teneinde gelijke mededingingsvoorwaarden te handhaven en te zorgen voor een eenvormige toepassing van de mededingingsregels van de EER in de gehele Europese Economische Ruimte, keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze kennisgeving goed overeenkomstig de haar in artikel 5, lid 2, onder b), van de Toezichthoudende Autoriteit- en Hof-Overeenkomst verleende bevoegdheid. Zij is voornemens de in deze kennisgeving neergelegde beginselen en regels te volgen wanneer zij de mededingingsregels van de EER toepast op een bepaald geval.
- D. Deze mededeling vervangt de mededeling van de Autoriteit inzake de in de punten 2 en 3 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluiten (Verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie) betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op, onderscheidenlijk, groepen alleenverkoopovereenkomsten en groepen exclusieve afnameovereenkomsten⁽²⁾

I. INLEIDING

1. Doel van de richtsnoeren

(1) In deze richtsnoeren worden de beginselen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 53 van de EER-Overeenkomst uiteengezet. Wat onder verticale overeenkomsten wordt verstaan, wordt omschreven in artikel 2, lid 1, van het in punt 2 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EG) nr. 2790/1999⁽³⁾) betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (de „groepsvrijstelling”) (zie punten 23-45). Deze richtsnoeren laten de mogelijke parallelle toepassing van artikel 54 van de EER-Overeenkomst op verticale overeenkomsten onverlet. De richtsnoeren zijn als volgt gestructureerd:

- in deel II (punten 8-20) wordt beschreven welke verticale overeenkomsten over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen;
- in deel III (punten 21-70) wordt de toepassing van de groepsvrijstelling toegelicht;

— in deel IV (punten 71-87) worden de beginselen betreffende de intrekking van de groepsvrijstelling en de buitentoepassingverklaring van de groepsvrijstelling uiteengezet;

— deel V (punten 88-99) betreft een aantal aspecten inzake de marktafbakening en de berekening van het marktaandeel;

— in deel VI (punten 100-229) wordt een beschrijving gegeven van het algemene kader voor de analyse van individuele gevallen en het handhavingsbeleid van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake verticale overeenkomsten.

(2) De uiteenzettingen in deze richtsnoeren gelden steeds zowel voor goederen als voor diensten die onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallen⁽⁴⁾, hoewel van bepaalde verticale afspraken vooral bij de distributie van goederen gebruik wordt gemaakt. Verticale overeenkomsten kunnen ook hetzij op intermediaire, hetzij op finale producten en diensten betrekking hebben. Tenzij anders vermeld, gelden de uiteenzettingen en argumenten in de tekst voor alle soorten goederen en diensten en voor alle handelsniveaus. De term „product” omvat zowel goederen als diensten. De termen „leverancier” en „afnemer” worden voor alle handelsniveaus gebruikt.

⁽¹⁾ PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1.

⁽²⁾ PB L 153 van 18.6.1994, blz. 13, en EER-Supplement bij het PB nr. 15 van 18.6.1994, blz. 12, gewijzigd in PB L 186 van 21.7.1994, blz. 69, en EER-Supplement bij het PB nr. 22 van 21.7.1994, blz. 17. Zie in dit verband ook punt 70.

⁽³⁾ PB L 336 van 29.12.1999, blz. 21, opgenomen in de EER-Overeenkomst bij Besluit nr. 18/2000 van 18 december 2000 (PB L 103 van 12.4.2001, blz. 36).

⁽⁴⁾ Op te merken valt dat de EER-Overeenkomst een beperktere werkingssfeer heeft dan het EG-Verdrag, bijvoorbeeld wegens het ontbreken van een douane-unie en de beperkte toepassing op bepaalde producten op grond van artikel 8 van de EER-Overeenkomst.

- (3) Met de publicatie van deze richtsnoeren wenst de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA ondernemingen te helpen bij het maken van hun eigen beoordeling van verticale overeenkomsten in het licht van de EER-mededingingsregels. De in deze richtsnoeren beschreven criteria moeten worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak. Dit sluit een mechanische toepassing uit. Elke zaak moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de eigen feitelijke toedracht ervan. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal de richtsnoeren⁽⁵⁾ op redelijke en flexibele wijze toepassen.
- (4) Deze richtsnoeren laten de eventueel door het EVA-Hof, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg met betrekking tot de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag⁽⁶⁾ en artikel 53 van de EER-Overeenkomst op verticale overeenkomsten gegeven uitlegging onverlet.

2. Toepasselijkheid van artikel 53 op verticale overeenkomsten

- (5) Artikel 53 van de EER-Overeenkomst is van toepassing op verticale overeenkomsten die de handel tussen staten binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied ongunstig kunnen beïnvloeden en die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen (hierna „verticale afspraken” genoemd)⁽⁷⁾. Ten aanzien van verticale afspraken voorziet artikel 53 in een geëigend wettelijk kader voor de beoordeling daarvan, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen concurrentiebeperkende en concurrentiebevorderende effecten: artikel 53, lid 1, verbiedt die overeenkomsten welke de mededinging op merkbare wijze beperken of vervalsen, terwijl artikel 53, lid 3, voorziet in de mogelijkheid van een vrijstelling voor die overeenkomsten welke voldoende efficiencyvoordelen bieden om de concurrentiebeperkende effecten te compenseren.
- (6) De meeste verticale afspraken kunnen alleen tot mededingingsproblemen leiden wanneer er sprake is van onvoldoende interbrand-concurrentie, d.w.z. wanneer er sprake is van een zekere mate van marktmacht op het niveau van de leverancier of van de afnemer of van beiden. In het geval van onvoldoende interbrand-concurrentie wordt de bescherming van inter- en intrabrand-concurrentie belangrijk.

⁽⁵⁾ De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Europese Commissie zijn samen bevoegd om onder de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst vallende individuele zaken te behandelen overeenkomstig de regels vervat in artikel 56 van de EER-Overeenkomst. Elke zaak kan slechts door één autoriteit worden behandeld.

⁽⁶⁾ Deze uitspraken zijn, gelet op het bepaalde in artikel 6 van de EER-Overeenkomst en artikel 3 van de Toezichthoudende Autoriteit- en Hof-Overeenkomst, van belang voor de praktijk van de Autoriteit.

⁽⁷⁾ Zie o.m. arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de gevoegde zaken 56/64 en 58/64. Consten en Grundig/Commissie, Jurispr. 1966, blz. 450; arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak 56/65, Technique Minière/Machinbau Ulm, Jurispr. 1966, blz. 392; en arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-77/92, FFSA e. a./Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-549.

- (7) De bescherming van de mededinging is de primaire doelstelling van het mededingingsbeleid van de EER, aangezien dit bijdraagt tot het welzijn van de consument en leidt tot een efficiënte allocatie van middelen. Bij de toepassing van de EER-mededingingsregels zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA een economische benadering hanteren waarbij wordt uitgegaan van de effecten op de markt; verticale overeenkomsten moeten worden geanalyseerd in hun juridische en economische context. Bij doelgerichte verticale afspraken als opgesomd in artikel 4 van de groepsvrijstelling is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA niet verplicht de werkelijke effecten op de markt vast te stellen. Binnen de werkingssfeer van de EER-Overeenkomst is marktintegratie een bijkomende doelstelling van het EER-mededingingsbeleid⁽⁸⁾. Het moet ondernemingen worden verhinderd opnieuw particuliere belemmeringen binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied op te werpen, waar belemmeringen van overheidswege met succes zijn weggenomen.

II. VERTICALE OVEREENKOMSTEN DIE OVER HET ALGEMEEN BUITEN HET TOEPASSINGSGBIED VAN ARTIKEL 53, LID 1, VALLEN

1. Overeenkomsten van geringe betekenis en het MKB

- (8) Overeenkomsten die niet van dien aard zijn dat ze de handel binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden of ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op merkbare wijze wordt beperkt, vallen niet binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1. De groepsvrijstelling is alleen van toepassing op overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen. Deze richtsnoeren laten de toepassing van de huidige of een eventuele toekomstige de-minimis-bekendmaking onverlet⁽⁹⁾.
- (9) Op het gebied van verticale overeenkomsten wordt er, onder voorbehoud van de in de punten 11, 18 en 20 van de de-minimis-bekendmaking vastgestelde voorwaarden met betrekking tot „hard-core”-restricties en cumulatieve effecten, in het algemeen van uitgegaan dat overeenkomsten die worden aangegaan door ondernemingen waarvan het marktaandeel op de relevante markt niet meer dan 10 % bedraagt, buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen. Er bestaat geen vermoeden dat verticale overeenkomsten die worden

⁽⁸⁾ Het feit dat de werkingssfeer van de EER-Overeenkomst beperkter is dan die van het EG-Verdrag kan gevolgen hebben voor de beoordeling van de marktintegratie tussen EVA-staten onderling en tussen de EVA-staten en de Gemeenschap.

⁽⁹⁾ Bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst vallen (PB L 200 van 16.7.1998, blz. 55, en EER-Supplement bij het PB nr. 28 van 16.7.1998, blz. 13).

gesloten door ondernemingen met een marktaandeel van meer dan 10 %, ipso facto in strijd zijn met artikel 53, lid 1. Ook bij overeenkomsten tussen ondernemingen met een marktaandeel van meer dan 10 % kan het voorkomen dat deze de handel binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied niet op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden of de mededinging niet op merkbare wijze beperken⁽¹⁰⁾. Dergelijke overeenkomsten moeten met inachtneming van de juridische en economische context ervan worden beoordeeld. De criteria voor de beoordeling van individuele overeenkomsten worden in de punten 100-229 uiteengezet.

- (10) Met betrekking tot „hard-core”-restricties, zoals in de de-minimis-bekendmaking omschreven, kan artikel 53, lid 1, ook van toepassing zijn beneden de limiet van 10 %, indien er sprake is van een merkbaar effect op de handel tussen staten binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied en op de mededinging. In dit verband is de toepasselijke jurisprudentie van het EVA-Hof, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg relevant⁽¹¹⁾. Verwezen zij tevens naar de bijzondere situatie van het lanceren van een nieuw product of het betreden van een nieuwe markt, die aan de orde komt in deze richtsnoeren [punt 119, punt 10)].
- (11) Voorts is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van oordeel dat, behoudens cumulatieve effecten en „hard-core”-restricties, overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen, zoals gedefinieerd in Besluit 112/96/COL van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van 11 september 1996⁽¹²⁾, zelden van dien aard zijn dat zij de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden of de mededinging op merkbare wijze beperken in de zin van artikel 53, lid 1, zodat zij over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen. In gevallen waarin dergelijke overeenkomsten desniettemin aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 53, lid 1, voldoen, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in de regel van het inleiden van een procedure afzien op grond van het feit dat de door de EER-Overeenkomst beschermde belangen onvoldoende worden geraakt, tenzij de betrokken ondernemingen collectief of individueel een machtspositie op een wezenlijk deel van het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied innemen.

⁽¹⁰⁾ Arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-7/93, Langnese-Iglo/Commissie, Jurispr. 1995, blz. II-1533, punt 98.

⁽¹¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak 5/69, Völk/Vervaecke, Jurispr. 1969, blz. 295; arrest van het Hof van Justitie in zaak 1/71, Cadillon/Höss, Jurispr. 1971, blz. 351; en arrest van het Hof van Justitie in zaak C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, Jurispr. 1998, blz. I-1983, punten 16 en 17.

⁽¹²⁾ PB L 42 van 13.2.1997, blz. 33. Komt overeen met Aanbeveling 96/280/EG van de Commissie (PB L 107 van 30.4.1996, blz. 4).

2. Agentuurovereenkomsten

- (12) De punten 12 tot en met 20 vervangen de bekendmaking met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs van 1994⁽¹³⁾. Zij moeten worden gelezen in samenhang met het besluit waarnaar wordt verwezen in punt 30 van bijlage VII bij de EER-Overeenkomst (Richtlijn 86/653/EEG van de Raad inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten⁽¹⁴⁾). Agentuurovereenkomsten hebben betrekking op de situatie waarin aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon (de agent) de bevoegdheid wordt toegekend tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten voor rekening van een andere persoon (de principaal), hetzij op eigen naam van de agent hetzij op naam van de principaal, betreffende:
- de koop van goederen of diensten door de principaal, of
 - de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten.
- (13) Bij eigenlijke agentuurovereenkomsten vallen de verplichtingen die aan de agent worden opgelegd met betrekking tot de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit voor rekening van de principaal, niet binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1. De bepalende factor voor de vraag of artikel 53, lid 1, van toepassing is, is het financiële of commerciële risico dat de agent draagt in verband met de activiteiten waarvoor hij door de principaal als agent is aangewezen. Het is voor het antwoord op deze vraag niet relevant of de agent voor één principaal dan wel voor meerdere principalen handelt. Oneigenlijke agentuurovereenkomsten kunnen onder artikel 53, lid 1, vallen, in welk geval de groepsvrijstelling en de overige afdelingen van deze richtsnoeren van toepassing zijn.
- (14) Om op grond van artikel 53, lid 1, te beoordelen of het om een echte agentuurovereenkomst gaat, moeten twee soorten financiële of commerciële risico's in aanmerking worden genomen. Ten eerste zijn er de risico's die rechtstreeks verband houden met de contracten waarover de agent onderhandelt en/of die hij sluit voor rekening van de principaal, zoals de financiering van het aanhouden van voorraden. Ten tweede zijn er de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die specifiek vereist zijn voor het type activiteit waarvoor de agent door de principaal is aangesteld, d.w.z. die noodzakelijk zijn om de agent in staat te stellen tot het onderhandelen over en/of het sluiten van het betrokken type contracten. Dergelijke investeringen zijn gewoonlijk niet recupereerbaar („sunk costs”), indien zij bij het beëindigen van de activiteit op het betrokken gebied niet voor andere activiteiten kunnen dienen of niet anders dan met aanzienlijk verlies kunnen worden verkocht.

⁽¹³⁾ PB L 153 van 18.6.1994, blz. 23, en EER-Supplement bij het PB nr. 15 van 18.6.1994, blz. 22.

⁽¹⁴⁾ PB L 382 van 31.12.1986.

- (15) De agentuurovereenkomst wordt als eigenlijke agentuurovereenkomst aangemerkt en valt derhalve buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, indien de agent geen of slechts minieme risico's draagt in verband met de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit voor rekening van de principaal, en in verband met marktspecifieke investeringen voor het betrokken type activiteit. In dit geval maakt het kopen of verkopen deel uit van de activiteiten van de principaal, ondanks het feit dat de agent een afzonderlijke onderneming is. De principaal draagt dus de daaraan verbonden financiële en commerciële risico's, en de agent oefent geen zelfstandige economische bedrijvigheid uit in verband met de activiteiten waarvoor hij door de principaal als agent is aangesteld. In het tegenovergestelde geval, wordt de agentuurovereenkomst als oneigenlijke agentuurovereenkomst aangemerkt en kan zij onder artikel 53, lid 1, vallen. In dat geval draagt de agent dergelijke risico's en zal hij worden behandeld als een onafhankelijke wederverkoper die zelf zijn marketingstrategie moet kunnen bepalen om zijn contract- of marktspecifieke investeringen te kunnen terugverdienen. Risico's die met de bedrijvigheid van het verrichten van agentuurdiensten in het algemeen verband houden, zoals het risico dat het inkomen van de agent afhankelijk is van zijn succes als agent, of algemene investeringen in bijvoorbeeld lokalen of personeel, zijn niet relevant voor deze beoordeling.
- (16) Het vraagstuk van het risico moet in elk geval afzonderlijk worden beoordeeld, waarbij eerder naar de economische realiteit moet worden gekeken dan naar de rechtsvorm. Niettemin is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van mening dat artikel 53, lid 1, in het algemeen niet van toepassing is op de verplichtingen van de agent in verband met de contracten waarover hij voor rekening van de principaal onderhandelt en/of die hij voor diens rekening sluit, indien de eigendom van de gekochte of verkochte contractgoederen niet op de agent overgaat of de agent niet zelf de contractdiensten levert en mits de agent:
- niet bijdraagt in de kosten in verband met de koop/levering van de contractgoederen, of -diensten, met inbegrip van de kosten voor het vervoer van de goederen. Dit betekent niet dat de agent niet zelf de vervoersdienst mag verrichten, op voorwaarde dat de principaal hem hiervoor vergoedt;
 - direct noch indirect verplicht is te investeren in verkoopbevordering, bijvoorbeeld door bij te dragen in het reclamebudget van de principaal;
 - niet op eigen kosten of op eigen risico de contractgoederen in voorraad houdt. Tot deze kosten behoren de kosten voor de financiering van het aanleggen van de voorraden en de kosten in geval van verlies van voorraden. Voorts moet de agent onverkochte goederen zonder kosten naar de principaal kunnen terugzenden. Het voorgaande geldt voorzover de agent niet zelf een fout begaat (bijvoorbeeld door na te laten redelijke veiligheidsmaatregelen te treffen om verlies van voorraden te voorkomen);
 - geen after-sales-service, hersteldienst of garantie-dienst opzet en/of verzorgt, tenzij hij hiervoor volledig wordt vergoed door de principaal;
 - niet overgaat tot marktspecifieke investeringen in uitrusting, lokalen of personeelsopleiding, zoals bijvoorbeeld investeringen in de opslagtank voor de detailverkoop van benzine of de aanschaf van speciale software voor de verkoop van polissen door verzekeringsagenten;
 - geen aansprakelijkheid jegens derden aanvaardt voor schade die door het verkochte product wordt veroorzaakt (productaansprakelijkheid), tenzij de agent in dit verband zelf schuld treft;
 - geen aansprakelijkheid aanvaardt voor het geval dat de klant het contract niet naleeft, met uitzondering van het verlies van de provisie van de agent. Het voorgaande geldt voorzover de agent niet zelf een fout begaat (bijvoorbeeld door niet mee te werken aan redelijke veiligheidsmaatregelen of maatregelen ter voorkoming van diefstal of door geen passende stappen te ondernemen om een diefstal aan de principaal of aan de politie te melden of door de principaal niet alle aan de agent beschikbare noodzakelijke informatie betreffende de financiële betrouwbaarheid van de klant te verstrekken).
- (17) Deze opsomming is niet uitputtend. Wanneer de agent echter een of meer van bovengenoemde risico's of kosten draagt, kan artikel 53, lid 1, van toepassing zijn, net zoals op om het even welke andere verticale overeenkomst.
- (18) Wanneer een agentuurovereenkomst niet binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, valt, vallen alle verplichtingen van de agent in verband met de contracten waarover hij voor rekening van de principaal onderhandelt en/of die hij voor diens rekening sluit, buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1. De volgende verplichtingen van de agent zullen normaal als inherent aan een agentuurovereenkomst worden beschouwd, omdat elk ervan betrekking heeft op de mogelijkheid voor de principaal om de activiteit van de agent in verband met de contractgoederen of -diensten af te bakenen, hetgeen van essentieel belang is wil de principaal, die de risico's moet dragen, in staat zijn de commerciële strategie te bepalen:
- afspraken met betrekking tot het grondgebied waarop de agent de betrokken goederen of diensten mag verkopen;
 - afspraken met betrekking tot de klanten aan wie de agent de betrokken goederen of diensten mag verkopen;

- bepalingen betreffende de prijs waartegen de agent de betrokken goederen of diensten moet kopen of verkopen, en betreffende de overige koop- of verkoopvoorwaarden.
- (19) Naast bepalingen betreffende de voorwaarden voor de koop of verkoop van de contractgoederen of -diensten door de agent voor rekening van de principaal bevatten agentuurovereenkomsten vaak bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de agent en de principaal. In het bijzonder kunnen zij bepalingen bevatten die de principaal verbieden met betrekking tot een bepaald type transactie, klant of grondgebied andere agenten aan te wijzen (exclusieveagentuurbepalingen), en/of een bepaling die de agent verbiedt te handelen als agent of distributeur van ondernemingen die met de principaal concurreren (niet-concurrentiebeding). Exclusieveagentuurbepalingen betreffen slechts de intrabrand-concurrentie en zullen doorgaans geen concurrentie beperkende effecten hebben. Niet-concurrentiebedingen, met inbegrip van niet-concurrentiebedingen die na het einde van de overeenkomst gelden, betreffen de interbrand-concurrentie en kunnen met artikel 53, lid 1, in strijd zijn, indien zij leiden tot afscherming van de relevante markt waarop de contractgoederen of -diensten worden gekocht of verkocht (zie afdeling VI.2.1).
- (20) Een agentuurovereenkomst kan ook binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen, indien ze, ook al draagt de principaal alle relevante financiële en commerciële risico's, collusie vergemakkelijkt. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een aantal principalen dezelfde agenten aanwijzen en tegelijkertijd collectief anderen beletten van de diensten van die agenten gebruik te maken, of wanneer de principalen zich van de agenten bedienen om samen te spannen betreffende de marketingstrategie of om gevoelige marktinformatie uit te wisselen.

III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING

1. Door de groepsvrijstelling gecreëerde „veilige zone”

- (21) De groepsvrijstelling voert voor verticale overeenkomsten een vermoeden van wettigheid in dat afhankelijk is van het marktaandeel van de leverancier of van de afnemer. Volgens artikel 3 van de groepsvrijstelling is het in de regel het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij het contractgoed of de contractdienst verkoopt, dat bepaalt of de groepsvrijstelling van toepassing is. De groepsvrijstelling is slechts van toepassing, indien dit marktaandeel niet meer dan 30 % bedraagt. Enkel wanneer de overeenkomst een exclusieveleveringsverplichting bevat, als omschreven in artikel 1,

onder c), van de groepsvrijstelling gaat het om het marktaandeel van de afnemer op de markt waarop hij het contractgoed of de contractdienst koopt, dat niet meer dan 30 % mag bedragen, wil de groepsvrijstelling van toepassing zijn. Zie voor het thema „marktaandeel” afdeling V (de punten 88-99).

- (22) Uit economisch oogpunt is het mogelijk dat een verticale overeenkomst niet alleen effecten heeft op de markt waarop de leverancier en de afnemer elkaar ontmoeten, maar ook op markten downstream van de afnemer. De vereenvoudigde benadering in de groepsvrijstelling, waarbij slechts rekening wordt gehouden met het marktaandeel van (naargelang het geval) de leverancier of de afnemer op de markt waarop deze twee tegenover elkaar staan, wordt gerechtvaardigd door het feit dat beneden de limiet van 30 % de effecten op downstreammarkten over het algemeen gering zullen zijn. Dat alleen de markt waarop de leverancier verkoopt en de afnemer koopt, in aanmerking moet worden genomen, vergemakkelijkt bovendien de toepassing van de groepsvrijstelling en verhoogt de rechtszekerheid, terwijl nog altijd gebruik kan worden gemaakt van het instrument van de intrekking (zie de punten 71-87) om eventuele problemen op aanverwante markten te verhelpen.

2. Toepassing van de groepsvrijstelling

i) Definitie van verticale overeenkomsten

- (23) Verticale overeenkomsten worden in artikel 2, lid 1, van de groepsvrijstelling gedefinieerd als „overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”.

- (24) Deze definitie bevat drie hoofdbestanddelen:

- bij de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn twee of meer ondernemingen betrokken. Verticale overeenkomsten met eindgebruikers die niet als onderneming werkzaam zijn, vallen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling. Meer in het algemeen vallen overeenkomsten met eindgebruikers niet onder artikel 53, lid 1, omdat deze bepaling slechts van toepassing is op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Dit laat de mogelijke toepassing van artikel 54 van de EER-Overeenkomst onverlet;

- bij de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn ondernemingen partij die, binnen het bestek van de overeenkomst, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat de ene onderneming een grondstof produceert die door de andere onderneming wordt verwerkt, of dat de eerste een producent is, de tweede een groothandelaar en de derde een detailhandelaar. Dit sluit niet uit dat een onderneming werkzaam is in meer dan één stadium van de productie- of distributieketen;
 - de overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben betrekking op de voorwaarden waaronder de partijen — de leverancier en de afnemer — „bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”. Hieruit blijkt dat het de bedoeling is de groepsvrijstelling te laten gelden voor koop- en distributieovereenkomsten. Dit zijn overeenkomsten die betrekking hebben op de voorwaarden voor de koop, verkoop of wederverkoop van de door de leverancier geleverde goederen of diensten en/of op de voorwaarden voor de verkoop door de afnemer van de goederen of diensten waarin eerstbedoelde goederen of diensten zijn verwerkt. Voor de toepassing van de groepsvrijstelling worden niet alleen de door de leverancier geleverde goederen of diensten maar ook de daaruit voortvloeiende goederen of diensten als contractgoederen of -diensten beschouwd. De groepsvrijstelling is van toepassing op verticale overeenkomsten die betrekking hebben om op het even welke intermediaire en eindproducten (goederen en diensten). De enige uitzondering is de automobielsector, zolang daarvoor een specifieke groepsvrijstelling blijft gelden, zoals die welke wordt verleend door het in punt 4a van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EG) nr. 1475/95⁽¹⁵⁾). Het goed dat of de dienst die door de leverancier wordt geleverd, kan door de afnemer worden doorverkocht of kan door hem worden gebruikt om zelf een ander goed of een andere dienst te produceren.
- (25) De groepsvrijstelling is ook van toepassing op goederen die worden verkocht en gekocht om aan derden te worden verhuurd. Huur- en leasingovereenkomsten als zodanig vallen echter niet onder de verordening, omdat er daarbij geen sprake is van verkoop van een goed of dienst door de leverancier aan de afnemer. De groepsvrijstelling geldt meer in het algemeen niet voor restricties of verplichtingen die geen betrekking hebben op de koop-, verkoop- of wederverkoopvoorwaarden, zoals een bepaling die partijen verbiedt op onafhankelijke wijze aan onderzoek en ontwikkeling te doen, die de partijen eventueel in een voor het overige verticale overeenkomst hebben opgenomen. Bovendien sluiten de leden 2 tot en met 5 van artikel 2 van de groepsvrijstelling bepaalde verticale overeenkomsten direct of indirect van het toepassingsgebied ervan uit.
- ii) **Verticale overeenkomsten tussen concurrenten**
- (26) Artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstelling sluit „verticale overeenkomsten gesloten tussen concurrerende ondernemingen” uitdrukkelijk van het toepassingsgebied ervan uit. Verticale overeenkomsten tussen concurrenten zullen, wat de mogelijkere wijze daaruit voortvloeiende collusie betreft, worden behandeld in de toekomstige richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 53 op horizontale samenwerking⁽¹⁶⁾. Wat de verticale aspecten ervan betreft, zullen dergelijke overeenkomsten echter aan de onderhavige richtsnoeren dienen te worden getoetst. Concurrerende ondernemingen worden in artikel 1, onder a), van de groepsvrijstelling gedefinieerd als „daadwerkelijke of potentiële leveranciers in dezelfde productmarkt”, ongeacht of zij al dan niet concurrenten op dezelfde geografische markt zijn. Concurrerende ondernemingen zijn ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële leveranciers zijn van het contractgoed of de contractdienst of van goederen of diensten die substituten voor het contractgoed of de contractdienst vormen. Een potentiële leverancier is een onderneming die niet daadwerkelijk een concurrerend product produceert, maar dit zonder de overeenkomst zou kunnen en het in geval van een kleine, duurzame relatieve prijsstijging waarschijnlijk ook zou doen. Dit is het geval wanneer de onderneming in staat is, en waarschijnlijk bereid zou zijn, de nodige bijkomende investeringen te doen om binnen het jaar met haar product op de markt te komen. Deze beoordeling moet op realistische gronden berusten; de louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden is ontoereikend⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ PB L 145 van 29.6.95, blz. 25.

⁽¹⁶⁾ Artikel 5, lid 1, onder b), van de Toezichthoudende Autoriteit en Hof-Overeenkomst bepaalt dat de Autoriteit, overeenkomstig de EER-bepalingen en teneinde de goede werking van de EER-Overeenkomst te verzekeren, tot taak heeft om te zorgen voor de toepassing van de regels van de EER-Overeenkomst inzake mededinging. Voor wat betreft niet-bindende besluiten die de Europese Commissie heeft aangenomen na de ondertekening van de EER-Overeenkomst, dient de Autoriteit overeenkomstige besluiten aan te nemen indien ze relevant zijn voor de EER. Zolang zij zelf nog geen mededelingen heeft aangenomen, is de Autoriteit voornemens de beginselen toe te passen die in de desbetreffende mededelingen van de Commissie zijn vastgelegd, met name de richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2).

⁽¹⁷⁾ Bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de EER (PB L 200 van 16.7.1998, blz. 48, en EER-Supplement bij het PB nr. 28 van 16.7.1998, blz. 3, punten 20-24), en Beschikking 90/410/EEG van de Commissie in zaak nr. IV/32.009 — Elopak/Metal Box-Odin (PB L 209 van 8.8.1990, blz. 15).

(27) Er bestaan drie uitzonderingen op de algemene uitsluiting van verticale overeenkomsten tussen concurrenten, die alle drie in artikel 2, lid 4, zijn opgenomen en betrekking hebben op niet-wederkerige overeenkomsten. Niet-wederkerig betekent bijvoorbeeld dat, terwijl een producent distributeur van de producten van een andere producent wordt, deze laatste geen distributeur van de producten van eerstgenoemde producent wordt. Niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten vallen onder de groepsvrijstelling: 1) wanneer de omzet van de afnemer niet meer dan 100 miljoen EUR bedraagt, 2) wanneer de leverancier producent en distributeur van goederen is, terwijl de afnemer alleen distributeur en niet tevens producent van concurrerende goederen is, of 3) wanneer de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de afnemer geen concurrerende diensten aanbiedt op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt. De tweede uitzondering betreft gevallen van duale distributie, d.w.z. gevallen waarin de producent van een goed ook als distributeur van dit goed handelt in concurrentie met onafhankelijke distributeurs van zijn goed. Een distributeur die een producent specificaties verstrekt voor de productie van een bepaald goed onder de merknaam van de distributeur, wordt niet als de producent van deze onder zijn huismerk verkochte goederen beschouwd. De derde uitzondering betreft soortgelijke gevallen van duale distributie, maar ditmaal van diensten, waarin de leverancier ook een aanbieder van diensten op het niveau van de afnemer is.

iii) Verenigingen van detailhandelaren

(28) Ingevolge artikel 2, lid 2, van de groepsvrijstelling is de groepsvrijstelling van toepassing op verticale overeenkomsten, gesloten door een ondernemersvereniging die aan bepaalde voorwaarden voldoet, hetgeen betekent dat verticale overeenkomsten, gesloten door andere verenigingen van om het even welke aard, van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling zijn uitgesloten. Verticale overeenkomsten, gesloten tussen een vereniging en haar leden of tussen een vereniging en haar leveranciers, vallen slechts onder de groepsvrijstelling, indien alle leden van de vereniging detailhandelaren in goederen (geen diensten) zijn en mits geen enkel individueel lid een omzet van meer dan 50 miljoen EUR behaalt. Detailhandelaren zijn distributeurs die goederen aan eindgebruikers doorverkopen. Wanneer slechts een klein aantal leden van de vereniging een omzet van iets meer dan 50 miljoen EUR behalen, zal dit normaliter niets aan de beoordeling op grond van artikel 53 veranderen.

(29) Bij een ondernemersvereniging kan zowel sprake zijn van horizontale als van verticale overeenkomsten. De horizontale overeenkomsten moeten worden beoordeeld aan de hand van de beginselen, uiteengezet in de aangekondigde richtsnoeren inzake de toepasselijkheid

van artikel 53 op horizontale samenwerking. Indien deze beoordeling tot de conclusie leidt dat een bepaalde vorm van samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van koop of verkoop aanvaardbaar is, zal een tweede beoordeling noodzakelijk zijn, namelijk een onderzoek naar de verticale overeenkomsten die de vereniging met haar leveranciers of met haar individuele leden sluit. Deze laatste beoordeling zal geschieden op grond van de bepalingen van de groepsvrijstelling en deze richtsnoeren. Bijvoorbeeld, horizontale overeenkomsten gesloten tussen de leden van de vereniging of besluiten van de vereniging, zoals het besluit de leden te verplichten van de vereniging te kopen of het besluit tot toewijzing van exclusieve gebieden aan de leden, moeten eerst als een horizontale overeenkomst worden beoordeeld. Slechts indien deze beoordeling gunstig uitvalt, is een beoordeling van de verticale overeenkomsten tussen de vereniging en individuele leden of tussen de vereniging en leveranciers relevant.

iv) Verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten

(30) Volgens artikel 2, lid 3, van de groepsvrijstelling is de groepsvrijstelling van toepassing op verticale overeenkomsten die zekere bepalingen betreffende de overdracht aan de afnemer of het gebruik door de afnemer van intellectuele-eigendomsrechten bevatten; alle andere verticale overeenkomsten waarin bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten zijn opgenomen, zijn bijgevolg van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling uitgesloten. De groepsvrijstelling is van toepassing op verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten, indien aan vijf voorwaarden is voldaan:

- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten deel uitmaken van een verticale overeenkomst, d.w.z. een overeenkomst die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen;
- de intellectuele-eigendomsrechten moeten worden overgedragen aan de afnemer of met het oog op gebruik door de afnemer;
- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten mogen niet het hoofdonderwerp van de overeenkomst vormen;
- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten rechtstreeks verband houden met het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten. In het geval van franchising, waarbij de exploitatie van de intellectuele-eigendomsrechten op marketing gericht is, worden de goederen of diensten door de master-franchisenemer of de franchisenemers gedistribueerd;

- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten mogen, wat de contractgoederen of contractdiensten betreft, geen mededingingsbeperkingen omvatten die hetzelfde doel of gevolg hebben als verticale beperkingen waarvoor op grond van de groepsvrijstelling geen vrijstelling geldt.
- (31) Deze voorwaarden zorgen ervoor dat de groepsvrijstelling op verticale overeenkomsten van toepassing is indien het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten op efficiëntere wijze kan geschieden wanneer intellectuele-eigendomsrechten aan de afnemer of met het oog op gebruik door de afnemer worden overgedragen. Restricties met betrekking tot de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten kunnen met andere woorden onder de groepsvrijstelling vallen, wanneer het hoofdonderwerp van de overeenkomst de koop of distributie van goederen of diensten is.
- (32) De eerste voorwaarde maakt duidelijk dat de context waarin de intellectuele-eigendomsrechten ter beschikking worden gesteld, moet worden gevormd door een overeenkomst betreffende de koop of distributie van goederen of een overeenkomst betreffende de koop of verrichting van diensten, en niet door een overeenkomst betreffende de overdracht of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten met het oog op de productie van goederen of een zuivere licentieovereenkomst. De groepsvrijstelling is bijvoorbeeld niet van toepassing op:
- een overeenkomst waarbij de ene partij de andere partij een recept ter beschikking stelt en haar een licentie op de productie van een volgens dit recept bereide drank verleent;
 - een overeenkomst waarbij de ene partij de andere partij een matrijs of master ter beschikking stelt en haar een licentie op de productie en distributie van kopieën verleent;
 - een zuivere licentieovereenkomst betreffende het gebruik van een merk of embleem met het oog op merchandising;
 - een sponsorcontract, waarbij de betrokkene het recht verkrijgt in zijn reclame te vermelden dat hij de officiële sponsor van een evenement is;
 - een licentieovereenkomst betreffende auteursrechten, zoals een overeenkomst betreffende het recht tot opname en/of uitzending van een evenement.
- (33) De tweede voorwaarde maakt duidelijk dat de groepsvrijstelling niet van toepassing is wanneer de intellectuele-eigendomsrechten door de afnemer ter beschikking van de leverancier worden gesteld, ongeacht of zij betrekking hebben op de wijze van productie of distributie. Een overeenkomst betreffende de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten aan de leverancier, die mogelijk restricties inzake de verkoop door de leverancier omvat, valt niet onder de groepsvrijstelling. Dit betekent in het bijzonder dat de groepsvrijstelling niet geldt bij uitbesteding waarbij knowhow aan een toeleverancier wordt overgedragen⁽¹⁸⁾. De groepsvrijstelling geldt echter wel voor verticale overeenkomsten waarbij de afnemer de leverancier slechts specificaties met betrekking tot de te leveren goederen of diensten verstrekt.
- (34) De derde voorwaarde maakt duidelijk dat, wil de groepsvrijstelling van toepassing zijn, het hoofdonderwerp van de overeenkomst niet de overdracht of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten mag zijn. Het hoofdonderwerp moet de koop of distributie van goederen of diensten zijn en de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten de uitvoering van de verticale overeenkomst vergemakkelijken.
- (35) De vierde voorwaarde vereist dat de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten vergemakkelijkt. De voor gebruik of wederverkoop geleverde goederen of diensten zijn gewoonlijk afkomstig van de licentiegever, maar kunnen ook door de licentienemer worden gekocht van een derde leverancier. De bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten zullen doorgaans de marketing van goederen of diensten betreffen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een franchiseovereenkomst wanneer de franchisegever de franchisenemer goederen voor wederverkoop verkoopt en hem daarenboven met het oog op de marketing van die goederen een licentie op het gebruik van zijn merk en knowhow verleent. Dit is ook het geval, wanneer de leverancier van een concentraat de afnemer een licentie verleent om dit aan te lengen en het aldus verkregen product te bottelen alvorens het als drank te verkopen.
- (36) De vijfde voorwaarde impliceert in het bijzonder dat de bepalingen betreffende de intellectuele-eigendomsrechten niet hetzelfde doel en/of gevolg mogen hebben als een van de „hard-core” restricties die in artikel 4 van de groepsvrijstelling zijn opgesomd, of als een van de restricties waarop volgens artikel 5 de groepsvrijstelling niet van toepassing is (zie punten 46-61).
- (37) Intellectuele-eigendomsrechten die kunnen worden geacht de uitvoering van verticale overeenkomsten te vergemakkelijken in de zin van artikel 2, lid 3, van de groepsvrijstelling, hebben voornamelijk betrekking op drie grote gebieden: merken, auteursrechten en knowhow.

⁽¹⁸⁾ Zie de mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende toeleveringsovereenkomsten (PB L 153 van 18.6.1994, blz. 30, en EER-Supplement bij het PB nr. 15 van 18.6.1994, blz. 29).

Merken

- (38) Een aan een distributeur verleende merklicentie kan verband houden met de distributie van de producten van de licentiegever in een bepaald gebied. Indien het een exclusieve licentie betreft, komt de overeenkomst neer op een alleenverkoopovereenkomst.

Auteursrechten

- (39) De auteursrechthebbende kan wederverkopers van auteursrechtelijk beschermde goederen (boeken, software, enz.) de verplichting opleggen deze slechts door te verkopen op voorwaarde dat de afnemer — hetzij een andere wederverkoper, hetzij de eindgebruiker — ertoe wordt verplicht geen inbreuk op het auteursrecht te plegen. Voorzover dergelijke verplichtingen opgelegd aan de wederverkoper binnen de werkingssfeer van artikel 53, lid 1, vallen, is de groepsvrijstelling erop van toepassing.
- (40) Overeenkomsten krachtens welke harde kopieën van software met het oog op wederverkoop worden geleverd en waarbij de wederverkoper geen licentie op rechten op de software verwerft maar slechts gerechtigd is de harde kopieën door te verkopen, moeten voor de toepassing van de groepsvrijstelling worden beschouwd als overeenkomsten inzake de levering van goederen met het oog op wederverkoop. Bij deze vorm van distributie is er slechts sprake van licentiëring van de software tussen de auteursrechthebbende en de gebruiker van de software. Dit kan de vorm aannemen van een zogenoemde „shrink wrap”-licentie, hetgeen wil zeggen dat in de verpakking van de harde kopie een aantal voorwaarden zijn opgenomen die de eindgebruiker wordt geacht door het openen van de verpakking te aanvaarden.
- (41) Afnemers van hardware waarin auteursrechtelijk beschermde software is vervat, kunnen door de auteursrechthebbende ertoe worden verplicht geen inbreuk op het auteursrecht te plegen. Aldus kan het hun worden verboden kopieën van de software te maken en die door te verkopen of kopieën te maken en de software te gebruiken in combinatie met andere hardware. Voorzover dergelijke gebruiksbepalingen binnen de werkingssfeer van artikel 53, lid 1, vallen, is de groepsvrijstelling erop van toepassing.

Knowhow

- (42) Franchiseovereenkomsten, met uitzondering van industriële franchising, zijn het duidelijkste voorbeeld van de mededeling van knowhow aan de afnemer voor marketingdoeleinden. Franchiseovereenkomsten omvatten licenties op intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot merken, emblemen en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of de verrichting van diensten. Behalve dat hij hem licenties op intellectuele-eigendomsrechten verleent, verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst commerciële of technische bijstand, bijvoorbeeld in verband met inkoop, opleiding, advies over vastgoed, financiële planning, enz. De licentie en de bijstand vormen integrerende bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept.

- (43) Licenties in franchiseovereenkomsten vallen onder de groepsvrijstelling indien aan alle vijf in punt 30 opgesomde voorwaarden is voldaan. Dit is gewoonlijk het geval, daar onder de meeste franchiseovereenkomsten, met inbegrip van master-franchiseovereenkomsten, de franchisegever de franchisenemer goederen en/of diensten verstrekt, in het bijzonder diensten op het gebied van commerciële of technische bijstand. De intellectuele-eigendomsrechten helpen de franchisenemer de producten die door de franchisegever of een door deze aangewezen leverancier worden geleverd, door te verkopen of deze producten te gebruiken en de daaruit voortvloeiende goederen of diensten te verkopen. Wanneer de franchiseovereenkomst uitsluitend of hoofdzakelijk het in licentie geven van intellectuele-eigendomsrechten betreft, valt zij niet onder de groepsvrijstelling, maar zal zij op gelijke wijze worden behandeld als de franchiseovereenkomsten waarop de groepsvrijstelling wel van toepassing is.
- (44) De volgende verplichtingen in verband met intellectuele-eigendomsrechten worden over het algemeen als noodzakelijk beschouwd om de intellectuele-eigendomsrechten van de franchisegever te beschermen, en vallen, indien artikel 53, lid 1, erop van toepassing is, eveneens binnen de werkingssfeer van de groepsvrijstelling:
- de verplichting van de franchisenemer direct noch indirect een soortgelijke bedrijfsactiviteit uit te oefenen;
 - de verplichting van de franchisenemer geen financiële belangen in een concurrerende onderneming te verwerven, die hem de macht zouden geven het economische gedrag van die onderneming te beïnvloeden;
 - de verplichting van de franchisenemer de hem door de franchisegever verstrekte knowhow niet aan derden bekend te maken zolang deze knowhow niet tot het publieke domein is gaan behoren;
 - de verplichting van de franchisenemer de franchisegever alle bij de exploitatie van de franchise opgedane ervaring mede te delen en hem en de andere franchisenemers een niet-exclusieve licentie op de uit deze ervaring voortvloeiende knowhow te verlenen;
 - de verplichting van de franchisenemer de franchisegever in kennis te stellen van inbreuken op de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten, in rechte op te treden tegen inbreukplegers of de franchisegever bij rechtsvorderingen tegen inbreukplegers bijstand te verlenen;
 - de verplichting van de franchisenemer de hem door de franchisegever in licentie gegeven knowhow niet te gebruiken voor andere doeleinden dan de exploitatie van de franchise;

- g) de verplichting van de franchisenemer om de in de franchiseovereenkomst vervatte rechten en verplichtingen niet zonder toestemming van de franchisegever aan anderen over te dragen.

v) Verhouding tot andere groepsvrijstellingen

- (45) Artikel 2, lid 5, bepaalt dat de groepsvrijstelling „niet van toepassing [is] op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsbereik van andere groepsvrijstellingen valt”. Dit betekent dat de groepsvrijstelling niet geldt voor verticale overeenkomsten die vallen onder het in punt 5 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluit inzake technologieoverdracht (Verordening (EG) nr. 240/96 van de Commissie ⁽¹⁹⁾), onder het in punt 4a van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluit inzake automobiel-distributie (Verordening (EG) nr. 1475/95 van de Commissie ⁽²⁰⁾), onder de in de punten 6 en 7 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluiten die elk een vrijstelling verlenen voor verticale overeenkomsten die gesloten zijn in samenhang met horizontale overeenkomsten (Verordeningen (EEG) nr. 417/85 ⁽²¹⁾ en (EEG) nr. 418/85 ⁽²²⁾) of onder soortgelijke toekomstige verordeningen die in de EER-Overeenkomst worden geïntegreerd.

3. „Hard-core”-restricties in het kader van de groepsvrijstelling

- (46) De groepsvrijstelling bevat in artikel 4 een lijst van „hard-core”-restricties die tot gevolg hebben dat de verticale overeenkomst in haar geheel van de werkingssfeer van de groepsvrijstelling uitgesloten is. Deze lijst van „hard-core”-restricties is van toepassing op verticale overeenkomsten die betrekking hebben op de handel binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied. Wat verticale overeenkomsten betreft die betrekking hebben op uitvoer naar of invoer/wederinvoer vanuit landen buiten de EER, zie het arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1998 in zaak C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent* ⁽²³⁾. Voor verticale overeenkomsten die dergelijke „hard-core”-restricties omvatten, is ook een individuele vrijstelling onwaarschijnlijk.
- (47) De „hard-core”-restrictie in artikel 4, onder a), van de groepsvrijstelling betreft verticale prijsbinding, d.w.z. overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederverkoop prijs of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen. In het geval van contractuele bepalingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de wederverkoop prijs direct wordt vastgesteld, is de restrictie klaar

en duidelijk. De prijsbinding kan echter ook indirect worden bereikt. Voorbeelden hiervan zijn een overeenkomst waarbij de marge van de distributeur wordt vastgesteld, een overeenkomst waarbij het maximumniveau wordt vastgesteld van de kortingen die de distributeur ten opzichte van een bepaald prijsniveau mag toekennen, het van het in acht nemen van een bepaald prijsniveau afhankelijk stellen van de toekenning van kortingen of de terugbetaling van promotiekosten door de leverancier, het koppelen van de opgelegde wederverkoop prijs aan de wederverkoop prijzen van concurrenten, bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties, vertraging of opschorting van leveringen of beëindiging van overeenkomsten, wanneer dit verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. De doeltreffendheid van directe of indirecte maatregelen om prijsbinding te bewerkstelligen, kan worden verhoogd door deze te combineren met maatregelen die erop gericht zijn distributeurs die beneden de prijs verkopen, op het spoor te komen, zoals de invoering van een prijscontrolesysteem of het opleggen aan de wederverkopers van de verplichting om te melden wanneer andere leden van het distributienet van het standaardprijsniveau afwijken. De doeltreffendheid van directe of indirecte prijsbinding kan ook worden verhoogd door deze te combineren met maatregelen die de prikkel voor de afnemer om de wederverkoop prijs te verlagen, kunnen verzwakken; zo kan de leverancier een aanbevolen wederverkoop prijs op het product drukken of kan hij de afnemer verplichten een clause van meestbegunstigde klant toe te passen. Dezelfde indirecte en „ondersteunende” maatregelen kunnen worden gebruikt om ervoor te zorgen dat de vaststelling van maximumprijzen of adviesprijzen hetzelfde effect heeft als de oplegging van vaste prijzen. Wanneer de leverancier de afnemer een lijst met adviesprijzen of maximumprijzen verstrekt, wordt dit echter op zich niet geacht tot prijsbinding te leiden.

- (48) Bij agentuurovereenkomsten stelt de principaal gewoonlijk de verkoopprijs vast, omdat de agent geen eigenaar van de goederen wordt. Wanneer een agentuurovereenkomst onder artikel 53, lid 1, valt (zie de punten 12-20), zou een bepaling die de agent verbiedt, of diens mogelijkheid beperkt, om zijn — vaste of variabele — provisie met zijn klant te delen, een „hard-core”-restrictie in de zin van artikel 4, onder a), van de groepsvrijstelling vormen. Het moet de agent dus blijven vrijstaan de daadwerkelijk aan zijn klant aangerekende prijs te verlagen, zonder dat hierdoor de inkomsten van de principaal dalen ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁹⁾ PB L 31 van 9.2.1996, blz. 2.

⁽²⁰⁾ PB L 145 van 29.6.1995, blz. 25.

⁽²¹⁾ PB L 53 van 22.2.1985, blz. 1.

⁽²²⁾ PB L 53 van 22.2.1985, blz. 5.

⁽²³⁾ Zie voetnoot 11 op bladzijde 5.

⁽²⁴⁾ Zie bijvoorbeeld Beschikking 91/562/EEG van de Commissie (zaak IV/32.737 — *Eirpage*) (PB L 306 van 7.11.1991, blz. 22, inzonderheid punt 6).

(49) De „hard-core”-restrictie in artikel 4, onder b), van de groepsvrijstelling betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de verkoop door de afnemer te beperken, voorzover deze restricties verband houden met het gebied waarin of de klanten aan wie de afnemer de contractgoederen of -diensten mag verkopen. Deze „hard-core”-restrictie heeft betrekking op marktverdeling door middel van toewijzing van gebieden of categorieën van klanten. Dit kan het resultaat zijn van directe verplichtingen, zoals de verplichting om niet aan bepaalde klanten of niet aan klanten in bepaalde gebieden te verkopen of de verplichting om bestellingen van die klanten door te geven aan andere distributeurs. Het kan ook het resultaat zijn van indirecte maatregelen die erop gericht zijn de distributeur aan te sporen niet aan dergelijke klanten te verkopen, zoals weigering of verlaging van bonussen of kortingen, leveringsweigering, vermindering van de geleverde hoeveelheden of beperking van de geleverde hoeveelheden tot de vraag binnen het toegewezen gebied of categorie van klanten, dreiging met opzegging van het contract of oplegging van de verplichting winst over te dragen. Voorts kan het resultaat zijn van het feit dat de leverancier geen garantie verleent die in de gehele EER geldt en waarbij alle distributeurs verplicht zijn de garantie te honoreren en voor die dienst door de leverancier worden vergoed, zelfs als het om producten gaat die door andere distributeurs in hun gebied zijn verkocht. Deze praktijken zullen met nog grotere waarschijnlijkheid als een restrictie van de verkoop door de afnemer worden aangemerkt, wanneer zij gepaard gaan met de toepassing door de leverancier van een controlesysteem dat erop gericht is de daadwerkelijke bestemming van de geleverde goederen te traceren (bijvoorbeeld door het gebruik van verschillende etiketten of serienummers). Een aan alle distributeurs opgelegd verbod aan bepaalde eindgebruikers te verkopen wordt echter niet als een „hard-core”-restrictie aangemerkt, indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat die verband houdt met het product; men denke bijvoorbeeld aan een algemeen verbod op de verkoop van gevaarlijke stoffen aan bepaalde klanten om veiligheids- of gezondheidsredenen. Dit impliceert dat ook de leverancier zelf niet aan die klanten mag verkopen. Verplichtingen van de wederverkoper in verband met het tonen van het merk van de leverancier worden evenmin als „hard-core”-restricties aangemerkt.

(50) De groepsvrijstelling voorziet met betrekking tot de „hard-core”-restrictie van artikel 4, onder b), in vier uitzonderingen. De eerste uitzondering houdt in dat de leverancier de actieve verkoop door zijn directe afnemers in een gebied dat of aan een klantenkring die op basis van exclusiviteit aan een andere afnemer is toegewezen of door de leverancier voor zichzelf is gereserveerd, mag beperken. Een gebied of klantenkring geldt als exclusief toegewezen wanneer de leverancier afsprekt zijn product maar aan één distributeur te leveren met het oog op distributie in een bepaald gebied

of aan een bepaalde klantenkring en de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkoop in zijn gebied of aan zijn klantenkring door de leverancier en door alle andere afnemers van de leverancier binnen het door de EER-Overeenkomst bestreken grondgebied. De leverancier mag de toewijzing van een exclusief gebied en de toewijzing van een exclusieve klantenkring met elkaar combineren, dus in een bepaald gebied een alleenverkoper voor een bepaalde groep van klanten aanwijzen. In geval van een dergelijke bescherming van op basis van exclusiviteit toegewezen gebieden of categorieën van klanten moet echter passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke categorieën van klanten toegestaan zijn. Voor de toepassing van artikel 4, onder b), van de groepsvrijstelling omschrijft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA actieve en passieve verkoop als volgt:

— onder actieve verkoop wordt verstaan: het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten in het exclusieve gebied of binnen de exclusieve klantenkring van een andere distributeur, bijvoorbeeld door hen direct aan te schrijven of te bezoeken; of het op eigen initiatief benaderen van een specifieke klantenkring die of van klanten in een specifiek gebied dat op basis van exclusiviteit aan een andere distributeur is toegewezen, door middel van reclame in de media of andere vormen van promotie welke speciaal op die klantenkring of op de klanten in dat gebied gericht zijn; of het oprichten van een opslagplaats of een verkooppunt in het exclusieve gebied van een andere distributeur;

— onder passieve verkoop wordt verstaan het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten. Algemene reclame en promotie in de media en op internet, die klanten in de exclusieve gebieden of binnen de exclusieve klantenkringen van andere distributeurs bereiken, maar die een redelijke manier zijn om klanten buiten deze op exclusieve wijze toegewezen gebieden of klantenkringen te bereiken, bijvoorbeeld om klanten binnen niet-exclusieve gebieden of klanten binnen het eigen gebied te bereiken, zijn vormen van passieve verkoop.

(51) Elke distributeur moet ongehinderd van internet gebruik kunnen maken om producten aan te prijzen of te verkopen. Een restrictie van het gebruik van internet door distributeurs zou slechts met de groepsvrijstelling verenigbaar kunnen zijn, in zoverre de promotie op of de verkoop via internet tot actieve verkoop in de exclusieve gebieden of binnen de exclusieve klanten- groepen van andere distributeurs zou leiden. Het gebruik van internet wordt in de regel niet als een vorm

van actieve verkoop in dergelijke gebieden of binnen dergelijke klantenkringen beschouwd, omdat het een redelijke manier is om klanten in het algemeen te bereiken. Dat dit buiten het eigen gebied of de eigen klantenkring effect kan hebben, vloeit voort uit de technologie, met name uit de gemakkelijke toegankelijkheid van om het even waar. Wanneer een klant de website van een distributeur bezoekt en die distributeur benadert en wanneer dat contact tot een verkoop en levering leidt, wordt dit als passieve verkoop beschouwd. Welke bewoordingen op de website of in de mededeling worden gebruikt, doet hierbij normaliter niet ter zake. Wanneer een website er niet speciaal op is gericht in de eerste plaats klanten in het exclusieve gebied of binnen de exclusieve klantenkring van een andere distributeur te bereiken, bijvoorbeeld door het gebruik van banners of links op pages van providers welke speciaal voor die op basis van exclusiviteit toegewezen klanten toegankelijk zijn, wordt het gebruik van die website niet als een vorm van actieve verkoop beschouwd. Het ongevraagd versturen van e-mailberichten naar individuele klanten of specifieke klantenkringen wordt echter wel als actieve verkoop beschouwd. Dezelfde overwegingen gelden voor verkoop aan de hand van een catalogus. Niettemin kan de leverancier met betrekking tot het gebruik van een internet-site voor het verkopen van zijn goederen kwaliteitsnormen opleggen, net zoals hij dit ook kan met betrekking tot een winkel of met betrekking tot reclame en promotie in het algemeen. Dit kan vooral in verband met selectieve distributie van belang zijn. Een absoluut verbod van verkoop via internet of aan de hand van een catalogus is slechts mogelijk, indien zulks objectief gerechtvaardigd is. De leverancier kan in elk geval zichzelf niet het recht voorbehouden op internet reclame te voeren en/of via internet te verkopen.

- (52) Artikel 4, onder b), van de groepsvrijstelling voorziet in nog drie andere uitzonderingen op de tweede „hard-core”-restrictie. Alle drie deze uitzonderingen staan een restrictie van zowel actieve als passieve verkoop toe. Beperkt mogen worden: de verkoop door een groothandelaar aan eindgebruikers; de verkoop door een erkende distributeur binnen een selectief distributiestelsel aan niet-erkende distributeurs op om het even welk handelsniveau in markten waar een dergelijk systeem werkzaam is; en de verkoop, door de afnemer van voor verwerking geleverde componenten, van deze componenten aan concurrenten van de leverancier. Onder de term „component” vallen alle intermediaire goederen en de term „verwerking” duidt op het gebruik van een goed voor de productie van een ander goed.
- (53) De „hard-core”-restrictie in artikel 4, onder c), van de groepsvrijstelling betreft de restrictie van de actieve of passieve verkoop, door de leden van een selectief distributiestelsel, aan eindgebruikers, zowel professione-

le eindgebruikers als gewone consumenten. Dit betekent dat aan de distributeurs die deel uitmaken van een selectief distributiestelsel als omschreven in artikel 1, onder d), van de groepsvrijstelling, geen beperkingen mogen worden opgelegd met betrekking tot de gebruikers aan wie zij mogen verkopen, noch met betrekking tot de voor rekening van die gebruikers als koper handelende agenten. Zo moet het bijvoorbeeld ook binnen een selectief distributiestelsel de distributeur vrijstaan met behulp van internet reclame te maken en te verkopen. Selectieve distributie mag met alleenverkoop worden gecombineerd, zolang de actieve en passieve verkoop nergens wordt beperkt. De leverancier mag zich er bijgevolg toe verbinden in een bepaald gebied slechts aan één distributeur of een beperkt aantal distributeurs te leveren.

- (54) Bovendien kunnen in het geval van selectieve distributie aan de distributeur beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de keuze van de plaats van vestiging van zijn bedrijf. Het kan de erkende distributeurs worden verboden hun bedrijf vanuit verschillende vestigingen uit te oefenen of een nieuw verkooppunt op een andere locatie te openen. Wanneer het verkooppunt mobiel is (bijvoorbeeld een winkelauto), kan een gebied worden afgebakend buiten hetwelk het niet mag worden geëxploiteerd.
- (55) De „hard-core”-restrictie in artikel 4, onder d), van de groepsvrijstelling betreft de restrictie van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs binnen een selectief distributiestelsel. Dit betekent dat een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging direct noch indirect tot doel mag hebben de actieve of passieve verkoop van de contractproducten tussen de erkende distributeurs te verbieden of te beperken. Het moet de erkende distributeurs vrijstaan de contractproducten te betrekken van andere distributeurs binnen het net die op hetzelfde of op een ander handelsniveau werkzaam zijn. Dit betekent dat selectieve distributie niet mag worden gecombineerd met verticale afspraken die erop gericht zijn distributeurs te dwingen de contractproducten uitsluitend uit een bepaalde bron te betrekken, zoals een exclusieve afnameverplichting. Het houdt tevens in dat binnen een selectief distributienet aan erkende groothandelaren geen beperkingen mogen worden opgelegd met betrekking tot hun verkoop van het product aan erkende detailhandelaren.
- (56) De „hard-core”-restrictie in artikel 4, onder e), van de groepsvrijstelling betreft overeenkomsten die het eindgebruikers, onafhankelijke herstellende dienstverleners bemoeilijken of verhinderen vervangingsonderdelen rechtstreeks van de producent van die onderdelen te kopen. Een overeenkomst tussen een producent van (vervangings)onderdelen en een afnemer die deze onderdelen in zijn eigen producten verwerkt (Original Equipment Manufacturer (OEM-producent)) mag direct noch indirect de verkoop van deze onderdelen door de

producent aan eindgebruikers, onafhankelijke herstellende of dienstverrichters beperken of verbieden. Er kan met name sprake zijn van indirecte restricties, wanneer het de leverancier van de vervangingsonderdelen niet vrijstaat de technische informatie en de speciale uitrusting te leveren die nodig zijn opdat gebruikers, onafhankelijke herstellende of dienstverrichters die onderdelen zouden kunnen gebruiken.

Het is echter wel toegestaan in de overeenkomst te verhinderen dat de onderdelen worden geleverd aan die herstellende of dienstverrichters aan wie de OEM-producent de reparatie of het onderhoud van zijn eigen producten heeft toevertrouwd. De OEM-producent kan met andere woorden van de leden van zijn eigen reparatie- en onderhoudsnet eisen dat zij alleen bij hem vervangingsonderdelen kopen.

of waarvan de verlenging na vijf jaar de uitdrukkelijke instemming van beide partijen vereist, mits niets de afnemer belet bij het verstrijken van de periode van vijf jaar het beding daadwerkelijk te beëindigen. Wanneer bijvoorbeeld in een overeenkomst een vijf jaar geldend niet-concurrentiebeding is opgenomen en de leverancier de afnemer een lening verstrekt, mag de terugbetaling van die lening geen beletsel voor de afnemer vormen om na vijf jaar daadwerkelijk een einde aan het niet-concurrentiebeding te maken; de aflossing moet zo zijn geregeld dat de afnemer gelijkblijvende of degressieve — geen progressieve — termijnen betaalt. Dit laat de mogelijkheid onverlet om bijvoorbeeld in het geval van een nieuw verkooppunt in een aflossingsvrije periode van één of twee jaar te voorzien, totdat de omzet een bepaald niveau bereikt. Wanneer bij het einde van het niet-concurrentiebeding de schuld nog niet volledig is terugbetaald, moet de afnemer in de gelegenheid worden gesteld het saldo af te lossen. Voorts moet, wanneer de leverancier de afnemer uitrusting ter beschikking heeft gesteld die niet relatiegebonden is, de afnemer bij het einde van het niet-concurrentiebeding de kans krijgen die uitrusting tegen de marktwaarde over te nemen.

4. Voorwaarden overeenkomstig de groepsvrijstelling

- (57) Artikel 5 van de groepsvrijstelling sluit bepaalde verplichtingen van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling uit, zelfs wanneer de marktaandeellimiet niet wordt overschreden. De groepsvrijstelling blijft echter van toepassing op het resterende gedeelte van de verticale overeenkomst, indien dat gedeelte kan worden gescheiden van de verplichtingen waarvoor de vrijstelling niet geldt.
- (58) De eerste uitsluiting, in artikel 5, onder a), van de groepsvrijstelling, betreft het niet-concurrentiebeding. Een niet-concurrentiebeding is een verplichting van de afnemer om ten belope van meer dan 80 % van de totale hoeveelheid contractgoederen of -diensten en substituten daarvan die hij het voorgaande jaar heeft gekocht, die goederen of diensten van de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken (zie de definitie in artikel 1, onder b), van de groepsvrijstelling); de afnemer mag met andere woorden geen concurrerende goederen of diensten kopen dan wel ten hoogste 20 % van de totale door hem gekochte hoeveelheid goederen of diensten. Wanneer voor het aan de sluiting van het contract voorafgaande jaar geen relevante gegevens betreffende de door de afnemer gekochte hoeveelheid beschikbaar zijn, mag gebruik worden gemaakt van de beste schatting door de afnemer van zijn totale jaarlijkse behoefte. Dergelijke niet-concurrentiebedingen vallen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, wanneer zij van onbepaalde duur zijn of de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Niet-concurrentiebedingen die voor langer dan vijf jaar stilzittend verlengbaar zijn, vallen eveneens buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling. De groepsvrijstelling geldt echter wel voor niet-concurrentiebedingen waarvan de duur vijf jaar of minder bedraagt
- (59) De beperking tot vijf jaar is niet van toepassing, wanneer de wederverkoop van de goederen of diensten door de afnemer geschiedt „in lokaliteiten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij”. In dit geval mag de looptijd van het niet-concurrentiebeding gelijk zijn aan de periode gedurende welke de afnemer het verkooppunt in gebruik heeft (artikel 5, onder a), van de groepsvrijstelling). De reden voor deze uitzondering is dat van een leverancier redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat hij in lokaliteiten en op terreinen waarvan hij eigenaar is, de afnemer zonder zijn instemming concurrerende producten laat verkopen. Kunstmatige eigendomsconstructies, opgezet met de bedoeling de beperking tot vijf jaar te ontlopen, kunnen niet voor deze uitzondering in aanmerking komen.
- (60) De tweede uitsluiting van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, in artikel 5, onder b), van de groepsvrijstelling, betreft niet-concurrentiebedingen die gelden na het verstrijken van de overeenkomst. Een dergelijk beding valt gewoonlijk niet onder de groepsvrijstelling, tenzij het onmisbaar is om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen, uitsluitend geldt voor het verkooppunt waarin de afnemer tijdens de duur van de overeenkomst werkzaam is geweest, en niet langer dan één jaar geldt. Volgens de definitie in artikel 1, onder f), van de groepsvrijstelling moet de knowhow „wezenlijk” zijn, waaronder wordt verstaan „dat de knowhow informatie omvat die voor de afnemer onmisbaar is voor het gebruik van, de verkoop van of de wederverkoop van de contractgoederen of -diensten”.

(61) De derde uitsluiting van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, in artikel 5, onder c), van de groepsvrijstelling, betreft de verkoop van concurrerende goederen binnen een selectief distributiestelsel. De groepsvrijstelling is van toepassing op de combinatie van selectieve distributie met een niet-concurrentiebeding dat de distributeurs de wederverkoop van concurrerende merken in het algemeen verbiedt. De groepsvrijstelling geldt echter niet, wanneer de leverancier zijn erkende distributeurs direct of indirect belet van bepaalde concurrerende leveranciers producten voor wederverkoop te kopen. Deze uitsluiting heeft tot doel te voorkomen dat een aantal leveranciers die dezelfde selectieve verkooppunten gebruiken, een bepaalde concurrent of een aantal bepaalde concurrenten verhinderen zich voor de distributie van hun producten van diezelfde verkooppunten te bedienen (een dergelijke uitsluiting van een concurrerende leverancier zou neerkomen op een vorm van collectieve boycot) ⁽²⁵⁾.

5. *Geen vermoeden van onwettigheid buiten de groepsvrijstelling*

(62) Verticale overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling vallen, zullen niet a priori als onwettig worden beschouwd, maar zullen eventueel afzonderlijk moeten worden onderzocht. Ondernemingen worden ertoe aangemoedigd hun eigen beoordeling te maken zonder tot aanmelding over te gaan. Wanneer de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA een individueel onderzoek instelt, rust op haar de bewijslast dat de overeenkomst een inbreuk op artikel 53, lid 1, oplevert. Wanneer blijkt dat zich merkbare concurrentiebeperkende effecten voordoen, kunnen de betrokken ondernemingen het bewijs leveren van de veronderstelde efficiencyeffecten en uitleggen waarom een bepaald distributiesysteem van dien aard is dat het voordelen oplevert die relevant zijn uit het oogpunt van de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3.

6. *Aanmelding uit voorzorg is niet nodig*

(63) Volgens artikel 4, lid 2, van hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichthoudende Autoriteit- en Hof-Overeenkomst, zoals laatstelijk gewijzigd bij de Overeenkomst tussen de EVA-staten van 11 mei 2000 ⁽²⁶⁾, kunnen verticale overeenkomsten voor een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, in aanmerking komen vanaf de datum waarop ze van kracht worden, zelfs indien de

aanmelding na die datum plaatsvindt. Dit betekent in de praktijk dat een aanmelding uit voorzorg niet nodig is. Wanneer een geschil rijst, kunnen de betrokken ondernemingen alsnog tot aanmelding bij de krachtens de EER-Overeenkomst bevoegde autoriteit overgaan ⁽²⁷⁾, in welk geval de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, nadat zij daarvan in kennis is gesteld, voor de verticale overeenkomst een vrijstelling kan verlenen met terugwerkende kracht tot de datum waarop ze van kracht is geworden, indien aan alle vier de voorwaarden van artikel 53, lid 3, is voldaan. De aanmeldende partij hoeft niet uit te leggen waarom de overeenkomst niet eerder werd aangemeld, en een vrijstelling met terugwerkende kracht zal niet worden geweigerd om de enkele reden dat de overeenkomst niet eerder werd aangemeld. Elke aanmelding wordt op haar merites beoordeeld. Deze wijziging van artikel 4, lid 2, van hoofdstuk II van Protocol 4 bij de Toezichthoudende Autoriteit- en Hof-Overeenkomst zou een einde moeten maken aan kunstmatige processen voor nationale rechterlijke instanties en daarmee de civielrechtelijke afdwingbaarheid van contracten moeten verbeteren. De wijziging houdt ook rekening met het geval dat ondernemingen een overeenkomst niet hebben aangemeld omdat ze veronderstelden dat zij onder toepassing van de groepsvrijstelling viel.

(64) Aangezien de datum van aanmelding niet langer de mogelijkheid tot vrijstelling door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA beperkt, moet de nationale rechter beoordelen of artikel 53, lid 3, toepassing kan vinden op een verticale overeenkomst die onder artikel 53, lid 1, valt. Indien dit het geval is, moet hij de procedure opschorten totdat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA een standpunt heeft ingenomen. De nationale rechter kan evenwel voorlopige maatregelen treffen terwijl de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bezig is te beoordelen of artikel 53, lid 3, van toepassing is, net zoals wanneer hij het EVA-Hof overeenkomstig artikel 34 van de Toezichthoudende Autoriteit- en Hof-Overeenkomst een prejudiciële vraag voorlegt. Opschorting is niet nodig in het geval van procedures in kort geding, waarin de nationale rechter bevoegd is zelf te beoordelen of het waarschijnlijk is dat artikel 53, lid 3, van toepassing is ⁽²⁸⁾.

(65) Behalve in het geval dat een geding voor de nationale rechter aanhangig is of in het geval dat een klacht is ingediend, zullen aanmeldingen van verticale overeenkomsten geen prioriteit krijgen in het handhavingbeleid van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA. Aanmeldingen op zich verlenen de implementatie van overeenkomsten geen voorlopige geldigheid. Wanneer ondernemingen een overeenkomst niet hebben aangemeld omdat zij te goeder trouw in de veronderstelling verkeerden dat de marktaandeellimiet van de groepsvrijstelling niet was overschreden, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA geen geldboeten opleggen.

⁽²⁵⁾ Een voorbeeld van indirecte maatregelen die een dergelijke uitsluiting tot gevolg hadden, is te vinden in Beschikking 92/428/EEG in zaak IV/33.542 — Parfum-Givenchy (PB L 236 van 19.8.1992, blz. 11).

⁽²⁶⁾ Overeenkomst tussen de EVA-staten tot wijziging van Protocol 4 bij de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie van 11 mei 2000 (niet gepubliceerd).

⁽²⁷⁾ Zie voetnoot 5 op bladzijde 4.

⁽²⁸⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak C-234/89, Delimitis/Henninger Bräu, Jurispr. 1991, blz. I-935, overweging 52.

7. *Scheidbaarheid*

- (66) De groepsvrijstelling stelt verticale overeenkomsten vrij op voorwaarde dat er geen „hard-core”-restrictie in de zin van artikel 4 is vervat in de verticale overeenkomst of wordt uitgeoefend door toepassing van de verticale overeenkomst. Indien er sprake is van een of meer „hard-core”-restricties, gaat de aanspraak op de groepsvrijstelling verloren voor de verticale overeenkomst in haar geheel. „Hard-core”-restricties kunnen niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden.
- (67) De regel van scheidbaarheid is echter wel van toepassing op de in artikel 5 van de groepsvrijstelling vastgestelde voorwaarden. Derhalve gaat de aanspraak op de groepsvrijstelling slechts verloren voor het gedeelte van de verticale overeenkomst dat niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5.

8. *Verschillende producten die via hetzelfde distributiestelsel worden afgezet*

- (68) Wanneer een leverancier in het kader van dezelfde distributieovereenkomst verschillende goederen of diensten distribueert, kan het, gelet op de marktaandeel-limiet, voorkomen dat sommige daarvan onder de groepsvrijstelling vallen en andere niet. In dit geval geldt de groepsvrijstelling voor die goederen en diensten welke aan de toepassingsvoorwaarden voldoen.
- (69) Voor de goederen of diensten die niet onder de groepsvrijstelling vallen, gelden de gewone mededingingsregels:
- er geldt geen groepsvrijstelling, maar evenmin een vermoeden van onwettigheid;
 - indien er sprake is van een inbreuk op artikel 53, lid 1, waarvoor geen vrijstelling kan worden verleend, kan worden onderzocht of er binnen het bestaande distributiestelsel passende oplossingen te vinden zijn om de bezwaren uit het oogpunt van de mededinging weg te nemen;
 - indien dit niet het geval is, zal de betrokken leverancier andere regelingen voor de distributie moeten treffen.

Deze situatie kan zich ook voordoen wanneer artikel 54 met betrekking tot bepaalde producten wel en met betrekking tot andere producten niet van toepassing is.

9. *Overgangperiode*

- (70) De groepsvrijstelling is van toepassing met ingang van 1 juni 2000. Artikel 12 van de groepsvrijstelling

voorziet in een overgangperiode voor verticale overeenkomsten die reeds vóór 1 juni 2000 van kracht waren en die niet voldoen aan de vrijstellingsvoorwaarden van de groepsvrijstelling, maar wel aan die van de groepsvrijstellingen die op 31 mei 2000 zijn vervallen (de in de punten 2 en 3 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluiten voordat de wijzigingen die daarin zijn aangebracht door Besluit nr. 18/2000 van het Gemengd Comité van de EER op 1 juni 2000 van kracht zijn geworden (Verordeningen (EEG) nr. 1983/83, (EEG) nr. 1984/83 en (EEG) nr. 4087/88 van de Commissie)). De mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende deze oude besluiten vervalt eveneens op 31 mei 2000. Deze overeenkomsten blijven tot en met 31 december 2001 onder de oude besluiten vallen. Overeenkomsten tussen leveranciers met een marktaandeel van niet meer dan 30 % en hun afnemers, die een niet-concurrentiebeding met een looptijd van meer dan vijf jaar bevatten, vallen onder de nieuwe groepsvrijstelling, indien op 1 januari 2002 de resterende looptijd van het niet-concurrentiebeding niet meer dan vijf jaar bedraagt.

IV. *INTREKKING EN BUITENTOEPASSINGVERKLARING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING*

1. *Intrekkingsprocedure*

- (71) Het vermoeden van wettigheid van de groepsvrijstelling kan worden ingetrokken, indien een verticale overeenkomst, op zich of in samenhang met soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers opgelegde overeenkomsten, binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, valt en niet aan alle voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoet. Dit kan het geval zijn wanneer een leverancier of, in het geval van exclusieveleveringsovereenkomsten, een afnemer met een marktaandeel van niet meer dan 30 % een verticale overeenkomst sluit die geen zodanige objectieve voordelen meebrengt dat de daardoor aan de vrije concurrentie berokkende schade wordt gecompenseerd. Dit kan zich met name voordoen bij de distributie van goederen aan consumenten, die vaak in een veel zwakkere positie verkeren dan professionele afnemers van intermediaire goederen. In het geval van verkoop aan consumenten kunnen de uit een verticale overeenkomst voortvloeiende nadelen sterkere gevolgen hebben dan in het geval van koop en verkoop van intermediaire goederen. Indien niet aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, is voldaan, kan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, in gevallen waarin zij krachtens het bepaalde in artikel 56 van de EER-Overeenkomst bevoegd is, volgens artikel 6 het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken en een inbreuk op artikel 53, lid 1, vaststellen.

- (72) Wanneer de intrekkingprocedure door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA wordt toegepast, rust op haar de bewijslast dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, valt en niet aan alle vier de voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoet.
- (73) Aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, kan met name niet zijn voldaan, wanneer de toegang tot de relevante markt of de mededinging op die markt aanmerkelijk wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers toegepaste verticale overeenkomsten. Parallele netten van verticale overeenkomsten moeten als soortgelijk worden beschouwd wanneer zij restricties bevatten die vergelijkbare effecten op de markt sorteren. Dit zal gewoonlijk het geval zijn, wanneer de door concurrerende leveranciers of afnemers toegepaste verticale afspraken tot een van de vier in de punten 104-114 opgesomde categorieën behoren. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer op een gegeven markt bepaalde leveranciers zuiver kwalitatieve selectieve distributie toepassen en andere leveranciers kwantitatieve selectieve distributie. Onder deze omstandigheden moet bij de beoordeling rekening worden gehouden met de concurrentiebeperkende effecten die aan elk individueel netwerk van overeenkomsten kunnen worden toegerekend. Waar passend, kan de intrekking zich beperken tot de kwantitatieve limitering van het aantal erkende distributeurs. Andere gevallen waarin een beschikking tot intrekking kan worden gegeven, zijn onder meer gevallen waarin de afnemer, bijvoorbeeld in de context van exclusieve levering of alleenverkoop, aanzienlijke marktmacht bezit op de relevante stroomafwaartse markt waarop hij de goederen doorverkoopt of de diensten verricht.
- (74) De verantwoordelijkheid voor een concurrentiebeperkende cumulatieve werking kan slechts worden gelegd bij die ondernemingen welke hiertoe wezenlijk bijdragen. Overeenkomsten, gesloten door ondernemingen waarvan de bijdrage tot de cumulatieve werking onbeduidend is, vallen niet onder het verbod van artikel 53, lid 1⁽²⁹⁾, en worden derhalve niet met intrekking bedreigd. De mate van verantwoordelijkheid zal worden beoordeeld aan de hand van de criteria in de punten 137-229.
- (75) Een beschikking tot intrekking kan slechts voor de toekomst („ex nunc”) gevolgen hebben, wat betekent dat de vrijstelling ten aanzien van de betrokken overeenkomsten geldig blijft tot de datum waarop de intrekking van kracht wordt.
- (76) Volgens artikel 7 van de groepsvrijstelling kan de bevoegde autoriteit van een EER-staat het voordeel van de groepsvrijstelling intrekken met betrekking tot verticale overeenkomsten waarvan de concurrentiebeperkende effecten zich doen gevoelen op het grondgebied van die EER-staat of een deel daarvan, dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont. Wanneer een EVA-staat geen wetgeving heeft
- aangenomen die de nationale mededingingsautoriteit in staat stelt de EER-mededingingswetgeving toe te passen of ten minste om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken, kan de EVA-staat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA vragen het initiatief tot intrekking te nemen.
- (77) Overeenkomstig artikel 56 van de EER-Overeenkomst betreffende de toewijzing van zaken aan de twee autoriteiten delen de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de uitsluitende bevoegdheid om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken voor verticale overeenkomsten welke de mededinging beperken op een relevante geografische markt die ruimer is dan het grondgebied van een enkele EER-staat. Wanneer het grondgebied van één EER-staat, of een deel daarvan, de relevante geografische markt vormt, zijn zowel de bevoegde toezichthoudende autoriteit als die EER-staat tot intrekking bevoegd. Dergelijke gevallen lenen zich vaak voor een gedecentraliseerde rechtshandhaving door de nationale mededingingsautoriteiten. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA behoudt zich, binnen de EVA-pijler, evenwel het recht voor om zelf bepaalde zaken met een bijzonder belang in het kader van de EER-Overeenkomst te behandelen, zoals zaken waarin een nieuwe rechtsvraag aan de orde wordt gesteld.
- (78) Nationale besluiten tot intrekking moeten worden genomen overeenkomstig de procedures van het interne recht en zullen slechts gevolgen hebben op het grondgebied van de betrokken EER-staat. Deze nationale besluiten mogen geen afbreuk doen aan de eenvormige toepassing van de EER-mededingingsregels, noch aan de volle werking van de maatregelen ter uitvoering daarvan⁽³⁰⁾. De naleving van dit beginsel vereist dat de nationale mededingingsautoriteiten hun beoordeling op grond van artikel 53 maken in het licht van de relevante criteria, ontwikkeld door het EVA-Hof, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg, en in het licht van de mededelingen en eerdere beschikkingen van de Europese Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA.
- (79) De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van mening dat van de overlegregeling waarin haar mededeling betreffende de samenwerking tussen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de nationale mededingingsautoriteiten⁽³¹⁾ voorziet, gebruik moet worden gemaakt om het risico van tegenstrijdige beslissingen en parallelle procedures te vermijden.

⁽²⁹⁾ Arrest van het Hof van Justitie in de zaak Delimitis.

⁽³⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie in zaak 14/68, Walt Wilhelm e.a./Bundeskartellamt, Jurispr. 1969, blz. 1, overweging 4; arrest van het Hof van Justitie in de zaak Delimitis.

⁽³¹⁾ PB C 307 van 12.12.2000, blz. 6, en EER-Supplement bij het PB nr. 1 van 12.12.2000, blz. 5, punten 49-53.

2. Buitentoepassingverklaring van de groepsvrijstelling

- (80) Artikel 8 van de groepsvrijstelling verleent de bevoegde toezichthoudende autoriteit de bevoegdheid om naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke verticale afspraken van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling uit te sluiten, wanneer zij meer dan 50 % van de relevante markt bestrijken. Een dergelijke maatregel is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar raakt alle ondernemingen waarvan de overeenkomsten in het besluit houdende buitentoepassingverklaring van de groepsvrijstelling worden omschreven.
- (81) Terwijl in geval van intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 6 bij beschikking een inbreuk van een individuele onderneming op artikel 53 wordt vastgesteld, heeft een besluit op grond van artikel 8 slechts tot gevolg dat voor de betrokken beperkingen en de betrokken markten het voordeel van de toepassing van de groepsvrijstelling wegvalt en artikel 53, leden 1 en 3, weer ten volle van toepassing worden. Na de vaststelling van een besluit waarbij de groepsvrijstelling met betrekking tot bepaalde verticale afspraken op een bepaalde markt buiten toepassing wordt verklaard, zullen de criteria, ontwikkeld in de desbetreffende rechtspraak van het EVA-Hof, het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Gerecht van eerste aanleg en in mededelingen en eerdere beschikkingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de Europese Commissie, de leidraad vormen voor de toepassing van artikel 53 op individuele overeenkomsten. Zo nodig zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA een beschikking geven in een individueel geval, die als richtsnoer kan dienen voor alle ondernemingen die op de betrokken markt werkzaam zijn.
- (82) Ter berekening van de marktdekkingsgraad van 50 % moet elk individueel netwerk van verticale overeenkomsten die beperkingen, of combinaties daarvan, omvatten welke soortgelijke effecten op de markt hebben, in aanmerking worden genomen. Soortgelijke effecten doen zich gewoonlijk voor wanneer de beperkingen tot een van de vier in de punten 104-114 opgesomde categorieën behoren.
- (83) Artikel 8 legt de bevoegde toezichthoudende autoriteit niet de verplichting op op te treden wanneer de marktdekkingsgraad van 50 % wordt overschreden. In het algemeen kan worden gesteld dat een buitentoeassingverklaring op haar plaats is, wanneer het aannemelijk is dat de toegang tot de relevante markt of de mededinging op die markt op merkbare wijze wordt beperkt. Dit kan met name het geval zijn wanneer binnen naast elkaar bestaande selectieve distributienetwerken die meer dan 50 % van de markt bestrijken, selectiecriteria worden gehanteerd die niet vanwege de aard van de betrokken goederen vereist zijn of die discriminerend zijn voor bepaalde distributievormen welke voor de afzet van die goederen kunnen worden gebruikt.
- (84) Bij de beoordeling of het noodzakelijk is artikel 8 toe te passen, zal de bevoegde toezichthoudende autoriteit nagaan of een individuele intrekking een betere oplossing zou zijn. Dit kan met name afhankelijk zijn van het aantal concurrerende ondernemingen die tot een cumulatieve werking op de markt bijdragen, of van het aantal betrokken geografische markten binnen de EER.
- (85) In elk besluit op grond van artikel 8 moet het toepassingsgebied ervan duidelijk worden afgebakend. Dit betekent dat de bevoegde toezichthoudende autoriteit ten eerste de relevante product- en geografische markt(en) moet bepalen en ten tweede de categorie van verticale afspraken moet aanwijzen waarvoor de groepsvrijstelling niet langer zal gelden. Wat dit laatste aspect betreft, kan de bevoegde toezichthoudende autoriteit de draagwijdte van haar besluit aanpassen naar gelang van het bezwaar uit het oogpunt van de mededinging dat zij met dat besluit wil aanpakken. Hoewel bijvoorbeeld alle naast elkaar bestaande netwerken van merkelexclusiviteitsregelingen in aanmerking moeten worden genomen voor het bepalen van de marktdekkingsgraad van 50 %, kan de bevoegde toezichthoudende autoriteit het toepassingsgebied van het besluit tot buitentoeassingverklaring desondanks beperken tot niet-concurrentiebedingen die een bepaalde duur overschrijden. Overeenkomsten die van kortere duur zijn of die een minder beperkend karakter hebben zouden derhalve ongemoeid kunnen worden gelaten, daar van die afspraken in mindere mate een marktafslermende werking uitgaat. Evenzo kan, wanneer op een bepaalde markt selectieve distributie in combinatie met bijkomende beperkingen zoals niet-concurrentiebedingen of afnamequotering wordt toegepast, het besluit tot buitentoeassingverklaring uitsluitend op die bijkomende beperkingen van toepassing zijn. Zo nodig kan de bevoegde toezichthoudende autoriteit ook bij wijze van leidraad aangeven beneden welk marktaandeelniveau in de specifieke context van de betrokken markt een individuele onderneming niet in staat moet worden geacht in wezenlijke mate tot de cumulatieve werking bij te dragen.
- (86) De overgangperiode van ten minste zes maanden die de bevoegde toezichthoudende autoriteit op grond van artikel 8, lid 2, moet vaststellen, zou de betrokken ondernemingen in staat moeten stellen hun overeenkomsten aan te passen in het licht van het besluit waarbij de groepsvrijstelling buiten toepassing wordt verklaard.
- (87) Een besluit houdende buitentoeassingverklaring van de groepsvrijstelling laat de vrijstelling ten aanzien van de betrokken overeenkomsten gedurende de periode voordat het besluit van toepassing wordt, onverlet.

V. MARKTBEPALING EN BEREKENING VAN HET MARKT-AANDEEL

1. *Bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt*

(88) In de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht in de EER⁽³²⁾ wordt toegelicht op welke regels en criteria en op welk bewijsmateriaal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zich baseert bij het behandelen van vraagstukken in verband met de afbakening van de markt. Deze bekendmaking, waarop in deze richtsnoeren niet nader wordt ingegaan, moet de grondslag vormen voor de oplossing van die vraagstukken. In deze richtsnoeren wordt slechts stilgestaan bij enkele specifieke problemen die zich in verband met verticale afspraken voordoen en die niet in de algemene bekendmaking inzake de bepaling van de markt worden behandeld.

2. *Relevante markt voor de berekening van de marktaandeellimiet van 30 % overeenkomstig de groepsvrijstelling*

(89) Volgens artikel 3 van de groepsvrijstelling is in de regel het marktaandeel van de leverancier bepalend voor de toepassing van de groepsvrijstelling. In het geval van verticale overeenkomsten tussen een vereniging van detailhandelaren en individuele leden is de vereniging de leverancier en moet haar marktaandeel in aanmerking worden genomen. Slechts in het geval van exclusieve levering, zoals in artikel 1, onder c), van de groepsvrijstelling gedefinieerd, is het marktaandeel van de afnemer — en uitsluitend dat marktaandeel — bepalend voor de toepassing van de groepsvrijstelling.

(90) Om het marktaandeel te kunnen berekenen, moet worden bepaald wat de relevante markt is. Te dien einde moeten de relevante productmarkt en de relevante geografische markt worden bepaald. De relevante productmarkt omvat alle goederen of diensten die door de afnemer als onderling verwisselbaar worden beschouwd op grond van hun kenmerken, hun prijs en het gebruik waarvoor zij bestemd zijn. De relevante geografische markt omvat het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de relevante goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

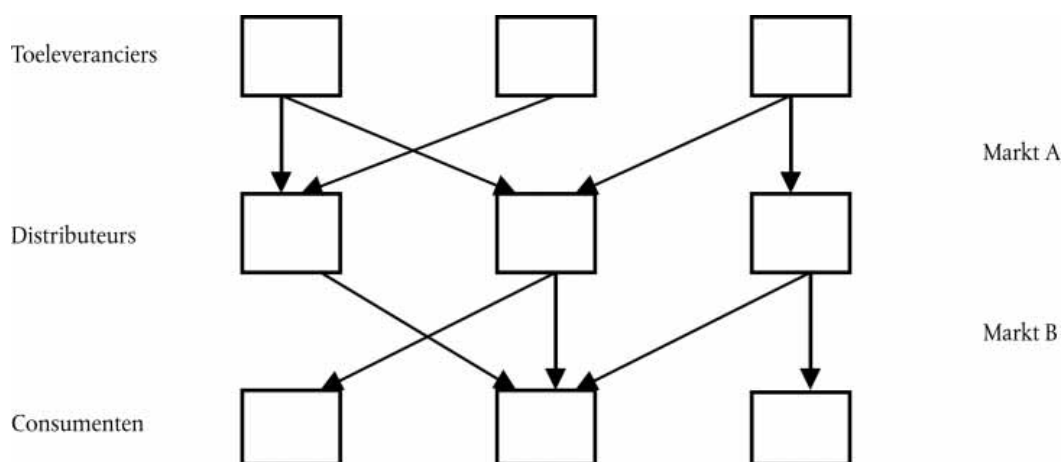
(91) Voor de toepassing van de groepsvrijstelling is het marktaandeel van de leverancier zijn marktaandeel op de relevante product- en geografische markt waarop hij aan zijn afnemers verkoopt⁽³³⁾. In het voorbeeld hieronder is dat markt A. De productmarkt is in de eerste plaats afhankelijk van de substitueerbaarheid vanuit het oogpunt van de koper. Wanneer het geleverde product als input voor de productie van andere producten wordt gebruikt en over het algemeen niet in het eindproduct herkenbaar is, wordt de productmarkt normaliter bepaald door de voorkeur van de directe afnemers. De klanten van de afnemers zullen doorgaans geen sterke voorkeur hebben wat betreft de door de afnemers gebruikte basisproducten. De verticale afspraken overeengekomen tussen de leverancier en de afnemer van het basisproduct hebben gewoonlijk slechts betrekking op de koop en verkoop van het intermediaire product en niet op de verkoop van het daaruit voortvloeiende product. Bij de distributie van eindproducten zal het antwoord op de vraag wat substituten voor de directe afnemers zijn, gewoonlijk worden beïnvloed of bepaald door de voorkeur van de consumenten. Een distributeur kan als wederverkoper de voorkeur van de consumenten niet negeren, wanneer hij eindproducten koopt. Bovendien hebben op het niveau van de distributie verticale afspraken vaker niet alleen betrekking op de verkoop van producten door de leverancier aan de afnemer, maar ook op de wederverkoop ervan. Omdat er tussen verschillende distributievormen gewoonlijk concurrentie bestaat, worden markten over het algemeen niet bepaald door de distributievorm waarvan gebruik wordt gemaakt. Wanneer leveranciers over het algemeen een assortiment producten verkopen, kan het volledige assortiment bepalend zijn voor de productmarkt, indien de afnemers de verschillende assortimenten in hun geheel en niet de producten afzonderlijk als substituten beschouwen. Omdat de afnemers op markt A professionele afnemers zijn, is de geografische markt hier doorgaans ruimer dan de markt waarop het product aan de eindgebruikers wordt doorverkocht. Dit zal er vaak toe leiden dat van het bestaan van nationale of nog ruimere geografische markten wordt uitgegaan.

(92) In het geval van exclusieve levering is het marktaandeel van de afnemer zijn aandeel in alle aankopen op de relevante inkoopmarkt⁽³⁴⁾. In het onderstaande voorbeeld is dat ook markt A.

⁽³³⁾ Bijvoorbeeld de Nederlandse markt voor nieuwe vervangingsbanden voor vrachtwagens en bussen in de zaak Michelin (arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Commissie, Jurispr. 1983, blz. 3461), de verschillende vleesmarkten in de zaak van de Deense slachthuizen: Beschikking 2000/42/EG van de Commissie in zaak nr. IV/M.1313 — Crown/Vestjyske Slagterier (PB L 20 van 25.1.2000, blz. 1).

⁽³⁴⁾ Voor een voorbeeld van inkoopmarkten, zie Beschikking 1999/674/EG van de Commissie in zaak nr. IV/M.1221 — Rewe/Meinl (PB L 274 van 23.10.1999, blz. 1).

⁽³²⁾ PB L 200 van 16.7.1998, blz. 48, en EER-Supplement bij het PB nr. 28 van 16.7.1998, blz. 3.



(93) Wanneer bij een verticale overeenkomst drie partijen betrokken zijn die elk op een verschillend handelsniveau werkzaam zijn, zullen hun marktaandelen op beide niveaus lager moeten zijn dan de marktaandeellimiet van 30 % om voor groepsvrijstelling in aanmerking te komen. Wanneer bijvoorbeeld in een overeenkomst tussen een producent, een groothandelaar (of een vereniging van detailhandelaren) en een detailhandelaar een niet-concurrentiebeding wordt opgenomen, mag het marktaandeel van zowel de producent als de groothandelaar (of de vereniging van detailhandelaren) niet hoger zijn dan 30 % om voor de groepsvrijstelling in aanmerking te komen.

(94) Wanneer een leverancier zowel oorspronkelijke uitrusting als vervangingsonderdelen voor die uitrusting produceert, zal hij vaak de enige of de grootste leverancier van die onderdelen op de vervangingsmarkt zijn. Dit kan zich ook voordoen, wanneer de leverancier (de OEM-leverancier) de productie van de vervangingsonderdelen uitbesteedt. De relevante markt voor de toepassing van de groepsvrijstelling kan worden gevormd door hetzij de markt van de originele uitrusting met inbegrip van de vervangingsonderdelen, hetzij de markt van de originele uitrusting afzonderlijk plus een vervangingsmarkt; dit hangt af van de omstandigheden van de zaak, waaronder de levensduur van de uitrusting en de hoogte van de herstel- of vervangingskosten⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ Zie bijvoorbeeld de zaak Pelikan/Kyocera in het XXVe Verslag over het mededingingsbeleid van de Europese Commissie, punt 87, en Beschikking 91/595/EEG van de Commissie in zaak IV/M.12 — Varta/Bosch (PB L 320 van 22.11.1991, blz. 26), de beschikking van de Commissie in zaak IV/M.1094 — Caterpillar/Perkins Engines (PB C 94 van 28.3.1998, blz. 23) en de beschikking van de Commissie in de zaak IV/M.768 — Lucas/Varity (PB C 266 van 13.9.1996, blz. 6). Zie ook de zaak Eastman Kodak Co/Image Technical Services, Inc e.a., Supreme Court of the United States, nr. 90.1029. Zie ook punt 56 van de bekendmaking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de bepaling van de relevante markt voor het mededingingsrecht van de EER.

(95) Wanneer de verticale overeenkomst naast bepalingen betreffende de levering van het contractgoed ook bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten — zoals een bepaling betreffende het gebruik van het merk van de leverancier — omvat, die de marketing van het contractgoed door de afnemer vergemakkelijken, is het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij het contractgoed verkoopt, bepalend voor de toepassing van de groepsvrijstelling. Wanneer een franchisegever geen goederen voor wederverkoop levert, maar een geheel van diensten verleent die in combinatie met de in de overeenkomst opgenomen bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten het in franchise gegeven bedrijfsconcept vormen, moet de franchisegever rekening houden met zijn marktaandeel als verstrekker van een bedrijfsconcept. Te dien einde moet de franchisegever zijn marktaandeel berekenen op de markt waarop van het bedrijfsconcept gebruik wordt gemaakt, d.w.z. de markt waarop de franchisenemers het bedrijfsconcept exploiteren om aan eindgebruikers goederen of diensten te leveren. De franchisegever moet zijn marktaandeel baseren op de waarde van de goederen of diensten die door zijn franchisenemers op die markt worden geleverd. Op een dergelijke markt kan niet alleen van andere in franchise gegeven bedrijfsconcepten concurrentie uitgaan, maar ook van leveranciers van substitueerbare goederen of diensten die geen franchising toepassen. Gesteld bijvoorbeeld dat er een markt voor fastfooddiensten bestaat, en onder voorbehoud van de omschrijving van een dergelijke markt, zou een franchisegever die op die markt werkzaam is, zijn marktaandeel moeten berekenen op basis van de relevante omzet van zijn franchisenemers op die markt. Wanneer de franchisegever, behalve dat hij zijn bedrijfsconcept levert, ook bepaalde basisproducten zoals vlees en kruiden aan de franchisenemers verkoopt, moet hij ook zijn marktaandeel op de markt waarop die goederen worden verkocht, berekenen.

3. Relevante markt voor een individuele beoordeling

(96) Voor het individueel beoordelen van verticale overeenkomsten die niet onder de groepsvrijstelling vallen, kan het nodig zijn om naast de markt die relevant is voor de toepassing van de groepsvrijstelling, ook nog andere

markten te onderzoeken. Het kan voorkomen dat een verticale overeenkomst niet alleen effect heeft op de markt waarop de leverancier en de afnemer tegenover elkaar staan, maar ook op downstream-markten. Bij de individuele beoordeling van een verticale overeenkomst zal een onderzoek worden ingesteld naar de relevante markten op elk handelniveau waarvoor de in de overeenkomst vervatte beperkingen gevolgen hebben:

- i) bij „intermediaire goederen of diensten” die door de afnemer in zijn eigen goederen of diensten worden verwerkt, hebben verticale afspraken over het algemeen slechts gevolgen op de markt waarop het contact tussen leverancier en afnemer plaatsvindt. Een aan de afnemer opgelegd niet-concurrentiebeding kan bijvoorbeeld andere leveranciers de weg versperren, maar zal niet leiden tot een vermindering van de concurrentie in de winkel (in-store-concurrentie) op de downstream-markt. In het geval van exclusieve levering is de positie van de afnemer op zijn downstream-markt echter ook van belang, omdat het marktafschermend gedrag van de afnemer slechts merkbare negatieve gevolgen zal hebben indien hij op die downstream-markt marktmacht heeft;
- ii) wat „finale producten” betreft, is het minder waarschijnlijk dat het volstaat de markt waarop de leverancier en de afnemer elkaar ontmoeten, te onderzoeken, omdat verticale afspraken negatieve effecten kunnen hebben in de vorm van een vermindering van de interbrand- en/of intrabrand-concurrentie op de wederverkoopmarkt, d.w.z. de markt downstream van de afnemer. Zo kan alleenverkoop niet alleen leiden tot afschermings-effecten op de markt tussen leverancier en afnemer, maar ook en vooral tot een vermindering van de intrabrand-concurrentie in de wederverkoopgebieden van de distributeurs. De wederverkoopmarkt is met name belangrijk wanneer de afnemer een detailhandelaar is die verkoopt aan consumenten. Een niet-concurrentiebeding, overeengekomen tussen een producent en een groothandelaar, kan de toegang tot die groothandelaar afsnijden voor andere producenten, maar een vermindering van de in-store-concurrentie is niet waarschijnlijk op het groothandelniveau. Dezelfde overeenkomst, gesloten met een detailhandelaar, kan echter een dergelijke bijkomende vermindering van de in-store-interbrand-concurrentie op de wederverkoopmarkt tot gevolg hebben;
- iii) wanneer een individueel onderzoek wordt ingesteld naar een „vervangingsmarkt”, kan hetzij de markt van de oorspronkelijke uitrusting, hetzij de vervangingsmarkt de relevante markt zijn, afhankelijk van de omstandigheden van de zaak. Hoe het ook zij, de situatie op een afzonderlijke secundaire markt zal worden beoordeeld rekening houdende met de situatie op de markt van de originele

uitrusting. Mogelijke concurrentieverstorende effecten op de vervangingsmarkt worden normaliter getemperd wanneer op de markt van de oorspronkelijke uitrusting een minder belangrijke positie wordt ingenomen.

4. **Berekening van het marktaandeel overeenkomstig de groepsvrijstelling**

- (97) De berekening van het marktaandeel moet in beginsel geschieden op basis van waardecijfers. Wanneer geen waardecijfers beschikbaar zijn, mag gebruik worden gemaakt van degelijk gestaafde ramingen. Dergelijke ramingen kunnen op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder cijfers betreffende de omvang van de verkochte hoeveelheden, gebaseerd zijn (zie artikel 9, lid 1, van de groepsvrijstelling).
- (98) De in-house-productie, d.w.z. de productie van een intermediair product voor eigen gebruik, kan van groot belang zijn bij een onderzoek uit het oogpunt van de mededinging, als een van de bronnen van concurrentie of om de marktpositie van een onderneming duidelijker te bepalen. Met het oog op de marktbeoordeling en de berekening van het marktaandeel zal de in-house-productie echter niet worden meegeteld bij intermediaire goederen en diensten.
- (99) In het geval van duale distributie van eindproducten, d.w.z. wanneer de producent van een eindproduct ook als distributeur op de markt optreedt, moeten bij de marktbeoordeling en de berekening van het marktaandeel de goederen worden meegeteld die de leverancier en concurrerende leveranciers via hun geïntegreerde distributeurs en hun agenten verkopen (zie artikel 9, lid 2, onder b), van de groepsvrijstelling). „Geïntegreerde distributeurs” zijn verbonden ondernemingen in de zin van artikel 11 van de groepsvrijstelling.

VI. **HANDHAVINGSBELEID IN INDIVIDUELE ZAKEN**

- (100) Verticale afspraken zijn over het algemeen minder schadelijk dan horizontale afspraken. De voornaamste reden om een verticale beperking welwillender te behandelen dan een horizontale beperking, is dat er bij een horizontale beperking sprake kan zijn van een overeenkomst tussen concurrenten die identieke of substitueerbare goederen of diensten produceren. Bij dergelijke horizontale verhoudingen kan, wanneer een onderneming marktmacht uitoefent (en de prijs van haar product verhoogt), dit in het voordeel van haar concurrenten zijn. Dit kan ertoe leiden dat concurrenten elkaar tot concurrentiebeperkend gedrag gaan aanzetten. Bij verticale verhoudingen is het product van de ene onderneming de input van de andere. Dit betekent dat de uitoefening van marktmacht door hetzij de upstream-onderneming, hetzij de downstream-onderneming normaal de vraag naar het product van de andere onderneming ongunstig zal beïnvloeden. Er bestaat dus doorgaans voor elk van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen een prikkel om de andere onderneming te beletten marktmacht uit te oefenen.

- (101) Deze zelfbeperkende werking mag echter niet worden overschat. Wanneer een onderneming geen marktmacht bezit, kan zij slechts haar winst trachten te verhogen door haar productie- en distributieproces te optimaliseren, al dan niet met behulp van verticale afspraken. Bezit zij wél marktmacht, dan kan zij echter ook ten nadele van haar directe concurrenten haar winst trachten te verhogen door hun kosten te doen stijgen, dit ten nadele van haar afnemers en uiteindelijk de consumenten, door te proberen zich een gedeelte van hun surplus toe te eigenen. Hiervan kan sprake zijn, wanneer de upstream-onderneming en de downstream-onderneming de extra winst onderling verdelen of wanneer een van de twee verticale beperkingen gebruikt om zich alle extra winst toe te eigenen.
- (102) De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal zich bij de beoordeling van individuele gevallen waarvoor zij bevoegd is, met betrekking tot de toepassing van artikel 53 op verticale afspraken op een economische benadering baseren. Dit beperkt het toepassingsgebied van artikel 53 tot ondernemingen die een zekere mate van marktmacht bezitten, wanneer de interbrand-concurrentie mogelijk onvoldoende is. In deze gevallen is het belangrijk de interbrand- en intrabrand-concurrentie te beschermen om efficiëncyverbeteringen en voordelen voor de consument te verwezenlijken.

1. *Kader van de analyse*

1.1. **Negatieve effecten van verticale afspraken**

- (103) De mogelijke negatieve markteffecten van verticale afspraken, die het mededingingsrecht van de EER beoogt te verhinderen, zijn de volgende:
- i) uitsluiting van hetzij andere leveranciers, hetzij andere afnemers door het opwerpen van toetredingsbarrières;
 - ii) vermindering van de interbrand-concurrentie tussen de ondernemingen die op een markt werkzaam zijn, met inbegrip van vergemakkelijking van collusie tussen hetzij leveranciers, hetzij afnemers; onder collusie wordt zowel expliciete collusie als stilzwijgende collusie (bewust parallel gedrag) verstaan;
 - iii) vermindering van de intrabrand-concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk;
 - iv) belemmering van de marktintegratie, waaronder in de eerste plaats beperking van de vrijheid van de consument om een goed of dienst te kopen in de EER-staat van zijn keuze.

- (104) Dergelijke negatieve effecten kunnen bij verticale afspraken van uiteenlopende aard optreden. Overeenkomsten die naar de vorm verschillen, kunnen in wezen dezelfde impact op de concurrentie hebben. Om deze mogelijke negatieve effecten te analyseren, kunnen verticale afspraken in vier categorieën worden ingedeeld: merkexclusiviteit, beperkte distributie, verticale prijsbinding en marktverdeling. De verticale afspraken binnen elke categorie hebben grotendeels dezelfde negatieve effecten op de concurrentie.
- (105) De indeling in vier categorieën is gebaseerd op wat zou kunnen worden omschreven als de basiscomponenten van verticale restricties. In de punten 103-136 worden de vier verschillende categorieën geanalyseerd. In de punten 137-229 worden verticale overeenkomsten geanalyseerd zoals deze in de praktijk voorkomen, omdat veel verticale overeenkomsten meer dan één van deze componenten omvatten.

Merkexclusiviteit

- (106) Tot de categorie „merkexclusiviteit” behoren die overeenkomsten waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat de afnemer ertoe wordt aangezet zijn bestellingen van een bepaald type product bij één leverancier te plaatsen. Deze component komt onder meer voor bij een niet-concurrentiebeding en bij afnamequoting, waarbij tussen de leverancier en de afnemer een verplichting of een systeem van prikkels wordt overeengekomen op grond waarvan de afnemer een bepaald product en substituten hiervan uitsluitend of hoofdzakelijk van één leverancier koopt. Deze component komt ook voor bij koppelverkoop, waarbij de verplichting of het systeem van prikkels betrekking heeft op een product dat de afnemer moet kopen als voorwaarde om een ander, onderscheiden product te kunnen krijgen. Het eerste product kunnen we het „gekoppelde” product noemen, en het tweede product het „koppelende” product.
- (107) De belangrijkste negatieve effecten op de concurrentie zijn viererlei: 1) andere leveranciers op de betrokken markt kunnen niet aan de betrokken afnemers verkopen, hetgeen tot markt afscherming kan leiden, in het geval van koppelverkoop tot afscherming van de markt voor het „gekoppelde” product; 2) de marktaandeelen worden rigider, hetgeen collusie kan vergemakkelijken wanneer verschillende leveranciers dergelijke beperkingen toepassen; 3) wanneer het om de distributie van eindproducten gaat, zullen de betrokken detailhandelaren slechts één merk verkopen, zodat er in hun winkels geen interbrand-concurrentie (geen in-store-concurrentie) zal zijn; en 4) in het geval van koppelverkoop zal de afnemer voor het „gekoppelde” product misschien een hogere prijs betalen dan onder normale omstandigheden het geval zou zijn. Dit alles kan tot een vermindering van de interbrand-concurrentie leiden.

(108) De vermindering van de interbrand-concurrentie kan worden gemilderd door een felle concurrentie in het beginstadium, namelijk tussen de leveranciers bij het sluiten van de merkexclusiviteitscontracten, maar hoe langer de looptijd van het niet-concurrentiebeding is, des te waarschijnlijker is het dat het effect hiervan niet sterk genoeg zal zijn om de vermindering van de interbrand-concurrentie te compenseren.

Beperkte distributie

(109) Tot de categorie „beperkte distributie” behoren die overeenkomsten waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat de producent slechts aan één afnemer of een beperkt aantal afnemers verkoopt. De bedoeling hiervan kan zijn het aantal afnemers in een bepaald gebied of voor een bepaalde categorie klanten te beperken, dan wel slechts aan een bepaald type van afnemers te leveren. Deze component komt onder meer voor bij:

- alleenverkoop en klantenexclusiviteit, waarbij de leverancier in een bepaald gebied of voor een bepaalde categorie klanten slechts aan één afnemer verkoopt;
- exclusieve levering en leveringsquotering, waarbij tussen de leverancier en de afnemer een verplichting of een systeem van prikkels wordt overeengekomen op grond waarvan de leverancier uitsluitend of hoofdzakelijk aan één afnemer verkoopt;
- selectieve distributie, waarbij de voorwaarden die aan de geselecteerde wederverkopers worden opgelegd of met hen worden overeengekomen, gewoonlijk hun aantal beperken;
- afspraken op de vervangingsmarkt, waarbij de afzetmogelijkheden van de leverancier van vervangingsonderdelen worden beknot.

(110) De belangrijkste negatieve effecten op de concurrentie zijn drieërlei: 1) bepaalde afnemers op de betrokken markt kunnen niet langer van de betrokken leverancier kopen, hetgeen in het bijzonder in het geval van exclusieve levering tot afscherming van de inkoopmarkt kan leiden; 2) wanneer de meeste of alle concurrerende leveranciers het aantal detailhandelaren beperken, kan dit collusie hetzij op het niveau van de distributeur, hetzij op het niveau van de leverancier vergemakkelijken; en 3) omdat minder distributeurs het product zullen aanbieden, zal ook de intrabrand-concurrentie verminderen. Wanneer de exclusiviteit betrekking heeft op grote gebieden of in het geval van klantenexclusiviteit, is het mogelijk dat de intrabrand-concurrentie volledig wordt uitgeschakeld. Deze vermindering van de intrabrand-concurrentie kan op haar beurt tot een verzwakking van de interbrand-concurrentie leiden.

Verticale prijsbinding

(111) Tot de categorie „verticale prijsbinding” behoren die overeenkomsten waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat de afnemer ertoe wordt verplicht of aangezet niet beneden een bepaalde prijs, tegen een bepaalde prijs of niet boven een bepaalde prijs te verkopen. Deze categorie omvat het opleggen van minimumprijzen, vaste prijzen of maximumprijzen en het vaststellen van adviesprijzen. Maximumprijzen en adviesprijzen vormen geen „hard-core” restricties maar kunnen wel een concurrentiebeperkend effect hebben.

(112) De belangrijkste negatieve effecten van verticale prijsbinding op de concurrentie zijn tweeërlei: 1) een beperking van de intrabrand-prijsconcurrentie, en 2) toegenomen transparantie van de prijzen. In het geval van het opleggen van minimumprijzen of vaste prijzen kunnen de distributeurs met betrekking tot het betrokken merk niet langer prijsconcurrentie voeren, waardoor de intrabrand-prijsconcurrentie volledig wordt uitgeschakeld. Een maximumprijs of een adviesprijs kunnen als een richtpunt werken voor de wederverkopers en daarmee tot een zekere uniforme toepassing van dat prijsniveau leiden. Toegenomen transparantie betreffende de prijzen en de verantwoordelijkheid voor prijswijzigingen vergemakkelijkt horizontale collusie tussen producenten of distributeurs, althans op geconcentreerde markten. De vermindering van de intrabrand-concurrentie veroorzaakt een afname van de neerwaartse druk op de prijs van het betrokken product en kan hierdoor indirect een vermindering van de interbrand-concurrentie tot gevolg hebben.

Marktverdeling

(113) Tot de categorie „marktverdeling” behoren die overeenkomsten waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat het de afnemer niet vrijstaat te beslissen waar hij een bepaald product koopt dan wel doorverkoopt. Deze component komt voor bij exclusieve afname, waarbij tussen de leverancier en de afnemer een verplichting of een systeem van prikkels wordt overeengekomen ten gevolge waarvan de afnemer zijn totale behoefte aan een bepaald product, bijvoorbeeld bier van merk X, uitsluitend van de aangewezen leverancier betreft, maar waarbij het de afnemer blijft vrijstaan concurrerende producten, bijvoorbeeld concurrerende biermerken, te kopen en te verkopen. De categorie omvat ook territoriale wederverkoopbeperkingen, toewijzing van een gebied waarbinnen de distributeur de hoofdverantwoordelijkheid heeft, beperkingen inzake de vestigingsplaats van de distributeur en wederverkoopbeperkingen betreffende de klantenkring.

(114) Het belangrijkste negatieve effect op de concurrentie is vermindering van de intrabrand-concurrentie, hetgeen de leverancier kan helpen de markt te verdelen en aldus de marktintegratie tegen te werken. Dit kan prijsdiscriminatie vergemakkelijken. Wanneer de meeste of alle concurrerende leveranciers de koop- dan wel de wederverkoopmogelijkheden van hun afnemers beperken, kan dit collusie hetzij op het niveau van de distributeurs, hetzij op het niveau van de leveranciers vergemakkelijken.

1.2. Positieve effecten van verticale afspraken

(115) Het is belangrijk te erkennen dat verticale afspraken vaak positieve effecten hebben; ze kunnen met name tot bevordering van andere dan zuivere prijsconcurrentie en tot een verbetering van de dienstverlening leiden. Wanneer een onderneming geen marktmacht bezit, kan zij slechts haar winst trachten te verhogen door haar productie- en distributieproces te optimaliseren. In een aantal gevallen kunnen verticale afspraken hiertoe nuttig zijn, omdat de gebruikelijke zakelijke transacties tussen een leverancier en een afnemer, waarbij enkel de prijs en de hoeveelheid worden vastgesteld, tot een suboptimaal investerings- en omzetniveau kunnen leiden.

(116) Hoewel wordt getracht een waarheidsgetrouw overzicht te geven van de verschillende omstandigheden waarin verticale afspraken verantwoord zijn, wordt in deze richtsnoeren geen aanspraak gemaakt op volledigheid. De toepassing van bepaalde verticale afspraken kan om de volgende redenen gerechtvaardigd zijn:

1) „Oplossen van een „free-rider“-probleem”. Het is mogelijk dat een distributeur profiteert van de promotie-inspanningen van een andere distributeur. Dit probleem doet zich het meest voor op het groothandels- en detailhandelsniveau. Alleenverkoop of soortgelijke beperkingen kunnen nuttig zijn om dit soort „free-riding” te voorkomen. „Free-riding” kan zich ook tussen leveranciers voordoen; wanneer bijvoorbeeld een van hen in de zaak van de afnemer investeert in promotie, over het algemeen op het detailhandelsniveau, kan dit ook klanten aantrekken voor zijn concurrenten. Beperkingen zoals een niet-concurrentiebeding kunnen ertoe bijdragen „free-riding” van dit type te verhelpen. Er rijst pas er een probleem wanneer er werkelijk sprake is van „free-riding”. „Free-riding” tussen afnemers kan slechts betrekking hebben op de pre-sales-service, niet op de after-sales-service. Het product zal over het algemeen betrekkelijk nieuw of technisch ingewikkeld moeten zijn, omdat de klant anders op grond van vroegere aankopen waarschijnlijk zeer goed weet wat hij wil.

En het moet om een redelijk duur product gaan, omdat het anders niet aantrekkelijk voor een klant is om naar de ene winkel te gaan voor informatie en naar een andere om te kopen. Tenslotte moet het voor de producent ondoenlijk zijn alle afnemers contractueel bepaalde verplichtingen inzake pre-sales-service op te leggen.

Ook tussen leveranciers kan zich slechts in welbepaalde gevallen „free-riding” voordoen, namelijk wanneer de promotie in de zaak van de afnemer wordt gevoerd en algemeen, niet merkgebonden is.

2) „Openstellen of betreden van nieuwe markten”. Wanneer een producent een nieuwe geografische markt wenst te betreden, bijvoorbeeld door voor de eerste keer naar een ander land te exporteren, kan dit speciale initiële investeringen van de distributeur vergen om het merk op de markt ingang te doen vinden. Om een plaatselijke distributeur tot deze investeringen te bewegen, kan het noodzakelijk zijn hem gebiedsbescherming te verlenen, zodat hij zijn investeringen kan terugverdienen door tijdelijk een hogere prijs aan te rekenen. Op andere markten gevestigde distributeurs dienen er in dat geval gedurende een beperkte periode van te worden weerhouden op de nieuwe markt te verkopen. Dit is een bijzonder geval van het onder 1) beschreven „free-rider“-probleem.

3) Het „certification free-riding“-probleem”. In sommige sectoren hebben bepaalde detailhandelaren de reputatie alleen „kwaliteitsproducten” te verkopen. In een dergelijk geval kan het voor de introductie van een nieuw product van vitaal belang zijn dat het door deze detailhandelaren wordt verkocht. Indien de producent in het begin zijn verkoop niet tot deze topwinkels kan beperken, loopt hij het risico dat zijn product uit het assortiment wordt verwijderd en dat de introductie ervan mislukt. Dit betekent dat er een goede reden kan zijn om een restrictie zoals alleenverkoop of selectieve distributie gedurende een beperkte tijd toe te staan. Deze periode moet lang genoeg zijn om de introductie veilig te stellen, maar niet zolang dat verspreiding op grote schaal wordt belemmerd. Zulke voordelen zijn waarschijnlijker bij „ervaringsproducten” en bij complexe producten die een relatief grote uitgave voor de consument betekenen.

- 4) Het zogenoemde „hold-up“-probleem”. Soms zijn klantspecifieke investeringen door ofwel de leverancier ofwel de afnemer noodzakelijk, bijvoorbeeld in speciale uitrusting of opleiding. Zo kan het gebeuren dat een producent van componenten nieuwe machines en gereedschappen moet vervaardigen om aan bepaalde eisen van een van zijn klanten te kunnen voldoen. Hij zal misschien niet tot de noodzakelijke investeringen bereid zijn, indien niet vooraf bepaalde leveringsafspraken zijn gemaakt.

Net zoals bij de andere voorbeelden van „free-riding” moet echter aan een aantal voorwaarden zijn voldaan om van een reëel of significant risico van een te laag investeringsniveau te kunnen spreken. Ten eerste moet het om een relatiegebonden investering gaan. Een investering door de leverancier wordt als relatiegebonden beschouwd, wanneer zij na het einde van het contract door de leverancier niet kan worden gebruikt om aan andere afnemers te leveren, en slechts met aanzienlijk verlies kan worden verkocht. Een investering door de afnemer wordt als relatiegebonden beschouwd, wanneer zij na het einde van het contract door de afnemer niet kan worden gebruikt om producten van andere leveranciers te kopen en/of te gebruiken, en slechts met aanzienlijk verlies kan worden verkocht. Een investering is dus relatiegebonden omdat zij bijvoorbeeld uitsluitend voor het produceren van een merkspecifieke component of het opslaan van één bepaald merk en dus niet op rendabele wijze voor het produceren of doorverkopen van alternatieve producten kan worden gebruikt. Ten tweede moet het om een langetermijninvestering gaan, die niet op korte termijn wordt terugverdiend. En ten derde moet de investering asymmetrisch zijn; d.w.z. de ene contractpartij moet meer investeren dan de andere. Wanneer deze voorwaarden vervuld zijn, is er meestal een gewettigde reden voor een verticale beperking gedurende de periode nodig voor de afschrijving van de investering. Wanneer de leverancier de investeerder is, zal een verticale beperking in de vorm van een niet-concurrentiebeding of afnamequotering passend zijn, en wanneer de afnemer de investeerder is een verticale beperking in de vorm van alleenverkoop, klantenexclusiviteit of exclusieve levering een geschikte maatregel.

- 5) „Specifiek „hold-up“-probleem in geval van overdracht van wezenlijke knowhow”. Zodra knowhow is overgedragen, kan hij niet worden teruggenomen, en de overdrager van de knowhow zal allicht niet willen dat deze ten behoeve van of door zijn concurrenten wordt gebruikt. Indien de knowhow niet gemakkelijk verkrijgbaar was voor de afnemer en indien hij wezenlijk is en onmisbaar voor de uitvoering van de overeenkomst, kan bij overdracht ervan een beperking in de vorm van een niet-concurrentiebeding gerechtvaardigd zijn. Artikel 53, lid 1, zou daarop normaliter niet van toepassing zijn.

- 6) „Schaalvoordelen bij de distributie”. Om van schaalvoordelen te profiteren, zodat zijn product tegen een lagere detailhandelsprijs wordt verkocht, kan de producent besluiten de wederverkoop van zijn product aan een beperkt aantal distributeurs toe te vertrouwen. Hij kan te dien einde gebruik maken van alleenverkoop, afnamequotering in de vorm van een verplichting om een minimumhoeveelheid af te nemen, selectieve distributie die een dergelijke verplichting omvat, of exclusieve afname.

- 7) „Imperfecties van de kapitaalmarkt”. Het kan voorkomen dat de terbeschikkingstelling van kapitaal door de gewone geldverschaffers (banken, kapitaalmarkten) suboptimaal is, wanneer zij over onvolmaakte informatie over de soliditeit van de leningnemer beschikken of wanneer er een ontoereikende basis is om zekerheid voor de lening te stellen. Soms is de afnemer of de leverancier beter geïnformeerd en in staat om door middel van een exclusieve relatie extra zekerheid voor zijn investering te verkrijgen. Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt, kan dit tot het opleggen van een niet-concurrentiebeding of afnamequotering aan de afnemer leiden. Wanneer de afnemer de leverancier een lening verstrekt, kan dit een reden zijn voor het opleggen van exclusieve levering of leveringsquotering aan de leverancier.

- 8) „Eenvormigheid en kwaliteitsnormering”. Een verticale beperking kan tot een omzetstijging bijdragen door het creëren van een merkimago en het aldus aantrekkelijker maken van het product voor de consument door het opleggen van een zekere mate van eenvormigheid en kwaliteitsnormering aan de distributeurs. Dit komt onder meer voor bij selectieve distributie en franchising.

- (117) Uit de in punt 116 beschreven acht gevallen blijkt dat verticale overeenkomsten onder bepaalde omstandigheden kunnen helpen efficiencyverbeteringen te realiseren en nieuwe markten te ontwikkelen, hetgeen tegen mogelijke negatieve effecten kan opwegen. Dit geldt het sterkst voor verticale afspraken van beperkte duur die de introductie van nieuwe, complexe producten vergemakkelijken of relatiegebonden investeringen beschermen. Soms is een verticale beperking noodzakelijk zolang de leverancier zijn product aan de afnemer verkoopt (zie in het bijzonder de in punt 116 onder de punten 1, 5, 6 en 8 beschreven gevallen).

(118) De verschillende soorten verticale afspraken zijn in ruime mate substitueerbaar. Dit betekent dat hetzelfde inefficiëncyprobleem door middel van verschillende soorten verticale afspraken kan worden verholpen. Zo kunnen bijvoorbeeld schaalvoordelen bij de distributie worden gerealiseerd door gebruik te maken van alleenverkoop, selectieve distributie, afnamequotering of exclusieve afname. Dit is van belang, omdat de verschillende soorten verticale afspraken wellicht niet dezelfde negatieve effecten op de concurrentie hebben. Dit speelt een rol bij de beoordeling van de onmisbaarheid in de zin van artikel 53, lid 3.

1.3. Algemene regels voor het beoordelen van verticale afspraken

(119) Voor het beoordelen van verticale afspraken uit het oogpunt van het mededingingsbeleid kunnen bepaalde algemene regels worden geformuleerd:

- 1) Bij de meeste verticale afspraken kunnen slechts concurrentieproblemen rijzen wanneer er onvoldoende interbrand-concurrentie is, d.w.z. wanneer er op het niveau van de leverancier, de afnemer of beiden een bepaalde mate van marktmacht bestaat. Marktmacht als begrip is het vermogen om de prijs tot boven het door concurrentie bepaalde peil te verhogen en, althans op korte termijn, bovennormale winst te maken. Ondernemingen kunnen marktmacht bezitten beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie, d.w.z. het niveau vanaf hetwelk artikel 54 van toepassing is. Wanneer er op een markt met een lage concentratiegraad talrijke ondernemingen elkaar beconcurreren, mag worden aangenomen dat, behoudens „hard-core” restricties, verticale afspraken geen merkbare negatieve effecten zullen hebben. Er is sprake van een markt met een lage concentratiegraad wanneer de HHI-index, d.w.z. de som van de kwadraten van de individuele marktaandelen van alle ondernemingen op de relevante markt, minder dan 1 000 bedraagt.
- 2) Verticale afspraken die de interbrand-concurrentie verminderen, zijn over het algemeen schadelijker dan verticale afspraken die de intrabrand-concurrentie verminderen. Zo zal een niet-concurrentiebeding waarschijnlijk meer netto negatieve effecten hebben dan alleenverkoop. Door een niet-concurrentiebeding kan de markt voor andere merken worden afgesloten, zodat die merken de markt niet bereiken. Bij alleenverkoop wordt weliswaar de intrabrand-concurrentie beperkt, maar dit belet niet dat producten tot bij de consument geraken.
- 3) Verticale afspraken uit de categorie beperkte distributie kunnen, bij afwezigheid van voldoende interbrand-concurrentie, de keuze voor de consument aanmerkelijk beperken. Zij zijn bijzonder schade-

lijk wanneer zij leiden tot afscherming van de markt voor efficiëntere distributeurs of distributeurs die van een andere distributieformule gebruik maken. Dit kan de innovatie in de distributiesector afremmen en onthoudt de consument de bijzondere service of de combinatie van prijs en service die deze distributeurs aanbieden.

- 4) Exclusieve regelingen zijn over het algemeen nadeliger voor de concurrentie dan niet-exclusieve regelingen. Bij exclusieve regelingen moet de ene partij zich, krachtens de uitdrukkelijke bewoordingen van het contract of door de werking van de regeling in de praktijk, tot de andere partij wenden om in al of nagenoeg al zijn behoeften te voorzien. Zo leidt een niet-concurrentiebeding ertoe dat de afnemer slechts één merk koopt. Afnamequotering daarentegen laat de afnemer de mogelijkheid concurrerende producten te kopen. De mate van marktafscherming zal dus wellicht minder groot zijn in het geval van afnamequotering.
- 5) Verticale afspraken die betrekking hebben op merkloze goederen en diensten zijn over het algemeen minder schadelijk dan afspraken die gevolgen hebben voor de distributie van merkgoederen en -diensten. Het gebruik van merken verhoogt de productdifferentiatie en vermindert de substitueerbaarheid van producten, waardoor de elasticiteit van de vraag afneemt en de mogelijkheid om de prijzen te verhogen toeneemt. Het onderscheid tussen merkproducten en -diensten en merkloze producten en diensten zal vaak samenvallen met het onderscheid tussen intermediaire producten en diensten en finale producten en diensten. Intermediaire goederen en diensten worden aan ondernemingen verkocht om als input voor de productie van andere goederen of diensten te worden gebruikt, en zijn meestal niet herkenbaar in het eindproduct. De kopers van intermediaire producten zijn gewoonlijk goed geïnformeerde klanten, die in staat zijn de kwaliteit te beoordelen en bijgevolg minder afgaan op merk en imago. Eindproducten worden direct of indirect verkocht aan consumenten, die zich vaak meer door merk en imago laten leiden. Omdat de distributeurs (detailhandelaren, groothandelaren) aan de vraag van de consumenten tegemoet moeten komen, kan de concurrentie meer schade ondervinden wanneer het distributeurs onmogelijk wordt gemaakt een merk of een aantal merken te verkopen, dan wanneer afnemers van intermediaire producten de toegang tot bepaalde bronnen voor de levering van concurrerende producten wordt afgesneden. De ondernemingen die intermediaire producten of diensten kopen, beschikken normaal over speciale afdelingen of adviseurs, die de ontwikkelingen op de markt van de leveranciers op de

voet volgen. Omdat zij grote hoeveelheden kopen, zijn de zoekkosten over het algemeen niet onoverkomelijk. Vermindering van de intrabrand-concurrentie is bijgevolg minder belangrijk op het intermediaire niveau.

- 6) Het combineren van verticale afspraken versterkt over het algemeen hun negatieve effecten. Sommige combinaties van verticale afspraken zijn echter beter voor de concurrentie dan elk van die afspraken afzonderlijk. Bij een alleenverkoopstelsel bijvoorbeeld kan de distributeur in de verleiding komen de prijs van de producten te verhogen, omdat de intrabrand-concurrentie is afgenomen. Afnamequotering of de vaststelling van een maximumwederverkoopprijs kunnen dergelijke prijsverhogingen in toom houden.
- 7) De mogelijke negatieve effecten van verticale afspraken worden versterkt, wanneer meerdere leveranciers en hun afnemers hun distributie op dezelfde wijze regelen. Deze zogenoemde cumulatieve effecten kunnen in een aantal sectoren een probleem vormen.
- 8) Hoe meer de verticale afspraak met de overdracht van knowhow gepaard gaat, des te waarschijnlijker is het dat efficiencyeffecten zullen optreden, en des te noodzakelijker kan een verticale afspraak zijn om de overgedragen knowhow of de gedane investeringsuitgaven te beschermen.
- 9) Hoe meer zij met relatiegebonden investeringen gepaard gaan, des te meer zijn bepaalde verticale afspraken gerechtvaardigd. Hoelang ze gerechtvaardigd zijn, zal afhangen van de tijd die nodig is om de investering af te schrijven.
- 10) Wanneer een nieuw product wordt geïntroduceerd of wanneer een bestaand product voor het eerst op een andere geografische markt wordt verkocht, kan het moeilijk voor de onderneming zijn de markt te bepalen, of kan haar marktaandeel zeer hoog zijn. Dit moet echter niet als een groot probleem worden beschouwd, omdat verticale afspraken die verband houden met het toegankelijk maken van nieuwe product- of geografische markten, over het algemeen de concurrentie niet beperken.

Deze regel blijft, ongeacht het marktaandeel van de onderneming, gelden gedurende twee jaar nadat het product voor het eerst op de markt is gebracht. Hij geldt voor alle verticale afspraken, met uitzondering van „hard-core“-restricties, en in het geval van een nieuwe geografische markt voor beperkingen gesteld aan de actieve en passieve verkoop door directe afnemers van de leverancier die op andere markten gevestigd zijn, aan tussenpersonen

op de nieuwe markt. Ingeval het om het louter testen van een nieuw product in een beperkt gebied of binnen een beperkte groep van klanten gaat, kunnen aan de distributeurs die zijn aangewezen om het nieuwe product op de testmarkt te verkopen, gedurende ten hoogste een jaar restricties met betrekking tot hun actieve verkoop buiten de testmarkt worden opgelegd zonder dat artikel 53, lid 1, hierop van toepassing is.

1.4. Methodiek van de analyse

(120) De beoordeling van een verticale beperking geschiedt in de regel in de volgende vier stappen:

- 1) Eerst moeten de betrokken ondernemingen de relevante markt bepalen om het marktaandeel van, naargelang van het type verticale beperking, de leverancier of de afnemer te bepalen (zie de punten 88-99, in het bijzonder 89-95).
- 2) Indien het relevante marktaandeel de limiet van 30 % niet overschrijdt, valt de verticale overeenkomst onder de groepsvrijstelling voorzover zij geen „hard-core“-restricties omvat en anderszins aan de daarin vastgestelde voorwaarden voldoet.
- 3) Indien het relevante marktaandeel boven de limiet van 30 % ligt, moet worden beoordeeld of de verticale overeenkomst onder artikel 53, lid 1, valt.
- 4) Indien de verticale overeenkomst onder toepassing van artikel 53, lid 1, valt, moet worden onderzocht of ze aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, voldoet.

1.4.1. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 53, lid 1

(121) Wanneer het marktaandeel boven de limiet van 30 % ligt, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA overgaan tot een grondige toetsing uit het oogpunt van de mededinging. De volgende factoren zijn de belangrijkste om te bepalen of een verticale overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 53, lid 1, teweegbrengt:

- a) marktpositie van de leverancier;
- b) marktpositie van de concurrenten;
- c) marktpositie van de afnemer;
- d) toetredingsdrempels;
- e) rijpheid van de markt;
- f) handelsniveau;

- g) aard van het product;
- h) overige factoren.
- (122) Het belang van elke factor afzonderlijk kan van geval tot geval verschillen en hangt van alle andere factoren af. Zo is een groot marktaandeel van de leverancier gewoonlijk een goede indicator van marktmacht, maar is het in het geval van lage toetredingsdrempels mogelijk dat het niet op marktmacht wijst. Het is bijgevolg niet mogelijk om met betrekking tot het belang van de afzonderlijke factoren strikte regels op te stellen. Toch kan het volgende worden gesteld:

Marktpositie van de leverancier

- (123) De marktpositie van de leverancier wordt eerst en vooral bepaald door zijn marktaandeel op de relevante productmarkt en geografische markt. Hoe groter zijn marktaandeel is, des te groter is waarschijnlijk zijn marktmacht. De marktpositie van de leverancier kan verder worden versterkt door bepaalde kostenvoordelen ten opzichte van zijn concurrenten. Deze concurrentievoordelen kunnen voortvloeien uit het feit dat de leverancier de „first mover” (met de beste vestigingsplaats, enz.) is, over essentiële octrooien of superieure technologie beschikt, merkleider is of een superieur assortiment van producten aanbiedt.

Marktpositie van de concurrenten

- (124) De marktpositie van de concurrenten wordt aan de hand van dezelfde indicatoren, namelijk marktaandeel en eventuele concurrentievoordelen, bepaald. Hoe sterker en hoe talrijker de gevestigde concurrenten zijn, des te kleiner zijn het risico dat de betrokken leverancier of afnemer op zich in staat zal zijn de markt af te sluiten, en het risico dat het tot een vermindering van de interbrand-concurrentie komt. Wanneer het aantal concurrenten vrij klein wordt en hun marktpositie (omvang, kosten, O&O-potentieel, enz.) nagenoeg dezelfde is, kan deze marktstructuur echter het risico van collusie vergroten. Fluctuerende of snel veranderende marktaandelen zijn in het algemeen een indicatie van intense concurrentie.

Marktpositie van de afnemer

- (125) Afnemersmacht vloeit voort uit de marktpositie van de afnemer. De belangrijkste indicator van afnemersmacht is het marktaandeel van de afnemer op de inkoopmarkt. In dit marktaandeel komt tot uiting hoe belangrijk de vraag van de afnemer voor zijn potentiële leveranciers is. Andere indicatoren hebben betrekking op de marktpositie van de afnemer op zijn wederverkoopmarkt, waarbij factoren zoals een brede geografische spreiding van zijn verkooppunten, huismerken van de afnemer/distributeur en zijn imago in de ogen van de consumenten een rol spelen. De invloed van de macht van de afnemer op de waarschijnlijkheid dat concurrentie-

beperkende effecten optreden, is niet bij alle verticale afspraken dezelfde. Afnemersmacht kan met name de negatieve effecten versterken bij afspraken uit de categorieën beperkte distributie en marktverdeling, zoals exclusieve levering, alleenverkoop en kwantitatieve selectieve distributie.

Toetredingsdrempels

- (126) Toetredingsdrempels worden afgemeten aan de mate waarin reeds op de markt gevestigde ondernemingen hun prijs tot boven het door concurrentie bepaalde peil, gewoonlijk tot boven de laagste gemiddelde totale kostprijs, kunnen verhogen en bovennormale winst kunnen maken, zonder dat dit ertoe leidt dat andere ondernemingen tot de markt toetreden. Zonder toetredingsdrempels zou een gemakkelijke en snelle toetreding die winst doen verdwijnen. Wanneer effectieve toetreding, die de bovennormale winst zou elimineren of eroderen, binnen een tot twee jaar waarschijnlijk is, kan van lage toetredingsdrempels worden gesproken.
- (127) Toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van zeer uiteenlopende factoren zoals schaal- en meerproductvoordelen, overheidsregelingen (in het bijzonder wanneer daardoor exclusieve rechten in het leven worden geroepen), overheidssteun, invoerrechten, intellectuele-eigendomsrechten, eigendom van grondstoffen waarvan de aanvoer bijvoorbeeld door natuurlijke oorzaken beperkt is⁽³⁶⁾, essentiële faciliteiten, het voordeel de „first mover” te zijn, en door intensieve reclame bij de consumenten gecreëerde merkgetrouwheid. Ook verticale afspraken en verticale integratie kunnen als een toetredingsdrempel werken, doordat de toegang wordt bemoeilijkt en (potentiële) concurrenten worden uitgesloten. Toetredingsdrempels kunnen alleen op het niveau van de leveranciers, alleen op het niveau van de afnemers of op beide niveaus bestaan.
- (128) Voor de vraag of bepaalde van deze factoren als toetredingsdrempels moeten worden aangemerkt, is bepalend of zij gepaard gaan met „sunk costs”. Sunk costs zijn kosten die moeten worden gemaakt om een markt te betreden of op een markt werkzaam te zijn, maar die bij uittreding uit de markt verloren gaan. Reclamekosten, gemaakt om getrouwheid bij de consument te creëren, zijn gewoonlijk sunk costs, tenzij de onderneming bij het verlaten van de markt zonder verlies haar merknaam kan verkopen of hem elders kan gebruiken. Hoe groter de sunk costs, des te meer moeten potentiële toetreders de risico's van toetreding tot de markt afwegen en des te geloofwaardiger is het dreigement van de gevestigde ondernemingen dat zij de nieuwe concurrentie het hoofd zullen bieden, omdat

⁽³⁶⁾ Zie Beschikking 97/26/EG van de Commissie in zaak IV/M.619 — Gencor/Lonhro (PB L 11 van 14.1.1997, blz. 30).

sunk costs het kostbaar maken de markt te verlaten. Wanneer bijvoorbeeld distributeurs door een niet-concurrentiebeding aan een producent zijn gebonden, zal het marktafsluitend effect sterker zijn indien met het opzetten van een eigen distributienet door de potentiële toetreders sunk costs gemoed zijn.

- (129) Over het algemeen gaat toetreding, soms in mindere en soms in meerdere mate, met sunk costs gepaard. Daarom is actuele concurrentie in de regel effectiever en zal ze bij het beoordelen van een concreet geval zwaarder wegen dan potentiële concurrentie.

Maturiteit van de markt

- (130) Een „rijpe” markt is een markt die reeds enige tijd bestaat, waarop de technologie goed bekend en wijdverspreid is en niet veel verandert, waarop zich geen belangrijke merkinnovaties voordoen en waarop de vraag betrekkelijk stabiel is of achteruitgaat. Op een dergelijke markt zijn negatieve effecten waarschijnlijker dan op meer dynamische markten.

Handelsniveau

- (131) Het handelsniveau houdt verband met het onderscheid tussen intermediaire en finale goederen en diensten. Zoals eerder opgemerkt, zijn negatieve effecten over het algemeen minder waarschijnlijk op het niveau van intermediaire goederen en diensten.

Aard van het product

- (132) De aard van het product speelt met name bij eindproducten voor het beoordelen van zowel de waarschijnlijke negatieve als de waarschijnlijke positieve effecten een rol. Bij het beoordelen van de waarschijnlijke negatieve effecten is het belangrijk of de producten op de markt meer homogeen dan wel heterogeen zijn, of het product duur is en beslag legt op een groot gedeelte van het budget van de consument dan wel goedkoop is, en of het product slechts één keer dan wel herhaaldelijk wordt aangeschaft. Hoe heterogener en minder duur het goed of de dienst is en hoe meer het daarbij om een eenmalige aanschaf gaat, des te waarschijnlijker is het over het algemeen dat verticale afspraken negatieve effecten hebben.

Overige factoren

- (133) Het kan bij het beoordelen van bepaalde afspraken noodzakelijk zijn andere factoren in aanmerking te nemen. Tot deze factoren behoren het cumulatieve effect of het dekkingspercentage (d.i. de mate waarin de markt wordt bestreken) van soortgelijke overeenkomsten; de looptijd van de overeenkomsten; de vraag of de overeenkomst is „opgelegd” (er rusten hoofdzakelijk op één partij restricties of verplichtingen) dan wel

„overeengekomen” (beide partijen aanvaarden restricties of verplichtingen); het regelgevend kader; en gedrag dat op collusie kan wijzen of collusie kan vergemakkelijken, zoals prijsleiderschap, het vooraf aankondigen van prijswijzigingen, discussies over de „juiste” prijs, prijsrigiditeit in geval van overcapaciteit, prijsdiscriminatie en heimelijke gedragsafstemming in het verleden.

1.4.2. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 53, lid 3

- (134) Er zijn vier cumulatieve voorwaarden voor de toepassing van artikel 53, lid 3:

- de verticale overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of de distributie of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
- de verticale overeenkomst moet ervoor zorgen dat een billijk aandeel in deze voordelen de gebruikers ten goede komt;
- de verticale overeenkomst mag de betrokken ondernemingen geen verticale beperkingen opleggen die voor het bereiken van deze voordelen niet onmisbaar zijn;
- de verticale overeenkomst mag deze ondernemingen niet de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

- (135) Dit laatste criterium betreffende de uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten houdt verband met de kwestie van de machtspositie. Wanneer een onderneming een machtspositie inneemt of ten gevolge van de verticale overeenkomst een machtspositie verwerft, kan in beginsel geen vrijstelling worden verleend voor een verticale beperking die merkbare concurrentiebeperkende effecten heeft. De verticale overeenkomst kan echter buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen, indien er daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, bijvoorbeeld indien ze noodzakelijk is voor de bescherming van relatiegebonden investeringen of voor de overdracht van wezenlijke knowhow, zonder welke de levering of koop van bepaalde goederen of diensten misschien niet plaatsvindt.

- (136) Wanneer de leverancier en de afnemer geen machtspositie innemen, worden de drie overige criteria belangrijk. Het eerste, betreffende de verbetering van de productie of de distributie en de verbetering van de technische of economische vooruitgang, heeft betrekking op efficiëntieverbeteringen zoals in de punten 115-118 beschreven. Deze efficiëntieverbeteringen moeten worden bewezen en moeten een netto positief effect hebben. Speculatieve beweringen over het vermijden van „free-riding” of algemene verklaringen over kosten-

besparingen zullen niet worden aanvaard. Kostenbesparingen die louter het gevolg van de uitoefening van marktmacht of van concurrentieverstorend gedrag zijn, zijn inacceptabel. Ten tweede, economische voordelen moeten niet alleen de partijen bij de overeenkomst, maar ook de consument ten goede komen. Of dergelijke voordelen aan de consument worden doorgegeven, zal over het algemeen afhangen van de intensiteit van de concurrentie op de relevante markt. Concurrentiedruk zal er gewoonlijk voor zorgen dat kostenbesparingen in de vorm van lagere prijzen worden doorgegeven of dat er voor ondernemingen een prikkel bestaat om zo snel mogelijk nieuwe producten op de markt te brengen. Indien op de markt voldoende concurrentie in stand wordt gehouden, die het handelen van de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijk aan banden legt, zal het concurrentieproces er in de regel toe leiden dat een billijk aandeel in de economische voordelen de consument ten goede komt. Het derde criterium is van belang om ervoor te zorgen dat, voor het bereiken van bepaalde positieve effecten, de keuze valt op de beperking waardoor de concurrentie het minst wordt verstoord.

2. *Analyse van specifieke verticale afspraken*

(137) Verticale overeenkomsten kunnen een combinatie van twee of meer van de in de punten 103-114 beschreven componenten van verticale afspraken omvatten. Hieronder worden de meest voorkomende verticale afspraken en combinaties van verticale afspraken met behulp van de in de punten 120-136 ontwikkelde methodiek geanalyseerd.

2.1. **Merke exclusiviteit**

(138) Een niet-concurrentiebeding is gebaseerd op een verplichting of een systeem van prikkels ten gevolge waarvan de afnemer nagenoeg zijn volledige behoefte op een bepaalde markt slechts van één leverancier koopt. Dit betekent niet dat de afnemer alleen direct van de leverancier mag kopen, maar dat de afnemer geen concurrerende producten of diensten zal kopen en doorverkopen of verwerken. De mogelijke risico's voor de concurrentie zijn afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers en potentiële leveranciers, vergemakkelijking van collusie tussen leveranciers in geval van cumulatieve toepassing en, wanneer de afnemer een detailhandelaar is die aan eindgebruikers verkoopt, een vermindering van de in-store-interbrand-concurrentie. Alle drie deze restrictieve effecten hebben directe gevolgen voor de interbrand-concurrentie.

(139) Merke exclusiviteit is krachtens de groepsvrijstelling vrijgesteld, indien het marktaandeel van de leverancier niet meer dan 30 % bedraagt en mits de duur van het niet-concurrentiebeding niet langer dan vijf jaar is. Boven de marktaandeellimiet of in geval van overschrijding van de maximale looptijd van vijf jaar gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van individuele gevallen.

(140) De „marktpositie van de leverancier” is van groot belang voor het beoordelen van mogelijke concurrentie beperkende effecten van niet-concurrentiebedingen. Over het algemeen wordt een beding van dit type door de leverancier opgelegd en treft de leverancier soortgelijke overeenkomsten met andere afnemers.

(141) Naast de marktpositie van de leverancier zijn ook de draagwijdte en de duur van de niet-concurrentiebedingen van belang. Hoe hoger zijn gebonden marktaandeel, d.w.z. het gedeelte van zijn marktaandeel dat hij met een merke exclusiviteitsverplichting verkoopt, is, des te signifikanter zal de marktafscherming waarschijnlijk zijn. Evenzo zal de marktafscherming waarschijnlijk signifikanter zijn naarmate de niet-concurrentiebedingen van langere duur zijn. Niet-concurrentiebedingen die voor minder dan een jaar worden aangegaan door ondernemingen die geen machtspositie innemen, worden over het algemeen geacht geen merkbare concurrentie beperkende effecten of netto negatieve effecten te hebben. Bij niet-concurrentiebedingen met een looptijd van één tot vijf jaar, aangegaan door niet-dominante ondernemingen, wordt in de regel een zorgvuldige afweging tussen de concurrentiebevorderende en de concurrentie beperkende effecten vereist; niet-concurrentiebedingen met een looptijd van meer dan vijf jaar worden voor de meeste soorten investeringen niet geacht noodzakelijk te zijn om de beweerde efficiencyverbeteringen te bereiken, of de efficiencyverbeteringen zijn ontoereikend om het marktafschermend effect te compenseren. Ondernemingen met een machtspositie mogen geen niet-concurrentiebedingen aan hun afnemers opleggen, tenzij zij een dergelijke commerciële praktijk in het kader van artikel 54 objectief kunnen rechtvaardigen.

(142) Voor het beoordelen van de marktmacht van de leverancier is de „marktpositie van zijn concurrenten” belangrijk. Zolang die concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen merkbare concurrentie beperkende effecten te verwachten. Het is slechts waarschijnlijk dat concurrerende leveranciers zullen worden uitgesloten, wanneer zij aanzienlijk kleiner zijn dan de leverancier die het niet-concurrentiebeding toepast. Uitsluiting van concurrenten is niet erg waarschijnlijk, wanneer zij een even sterke marktpositie innemen en even aantrekkelijke producten kunnen aanbieden. In een dergelijk geval kan er echter ten aanzien van potentiële toetreders sprake van marktafscherming zijn, wanneer verschillende grote leveranciers met een aanzienlijk aantal afnemers op de relevante markt overeenkomsten met een niet-concurrentiebeding sluiten (geval van cumulatief effect).

Dit is ook een situatie waarin overeenkomsten met een niet-concurrentiebeding collusie tussen concurrerende leveranciers kunnen vergemakkelijken. Wanneer deze leveranciers individueel onder toepassing van de groepsvrijstelling vallen, kan het in een dergelijk geval waarin een negatief cumulatief effect optreedt, noodzakelijk zijn deze groepsvrijstelling in te trekken. Er wordt over het algemeen van uitgegaan dat een gebonden marktaandeel van minder dan 5 % niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief afschermend effect bijdraagt.

- (143) Wanneer het marktaandeel van de grootste leverancier minder dan 30 % en dat van de vijf grootste leveranciers minder dan 50 % bedraagt is het onwaarschijnlijk dat een situatie ontstaat waarin er sprake is van een individueel of cumulatief concurrentiebeperkend effect. Indien een potentiële toetreder de markt niet op rendabele wijze kan penetreren, is dit waarschijnlijk toe te schrijven aan andere factoren dan niet-concurrentiebedingen, bijvoorbeeld aan de voorkeur van de consument. Het is onwaarschijnlijk dat een mededingingsprobleem optreedt wanneer bijvoorbeeld 50 ondernemingen, waarvan geen enkele een belangrijk marktaandeel bezit, elkaar op een bepaalde markt fel beconcurreren.
- (144) „Toetredingsdrempels” zijn een belangrijke factor om vast te stellen of er werkelijk sprake is van marktafscherming. Zolang het voor concurrerende leveranciers betrekkelijk gemakkelijk is om nieuwe afzetmogelijkheden te creëren of alternatieve afnemers voor het product te vinden, is marktafscherming waarschijnlijk geen echt probleem. Er bestaan echter vaak toetredingsdrempels, zowel op het productie- als op het distributieniveau.
- (145) „Tegenmacht” is een relevante factor, omdat sterke afnemers zich niet gemakkelijk de toegang tot de bron van concurrerende goederen of diensten zullen laten afsnijden. Er bestaat dus vooral wanneer er vele kleine afnemers zijn, een risico van marktafscherming die niets met efficiency te maken heeft en nadelig voor de eindgebruiker is. Wanneer met grote afnemers overeenkomsten met een niet-concurrentiebeding worden gesloten, kan dit echter een sterk marktafschermend effect hebben.
- (146) Tenslotte is met betrekking tot marktafscherming het „handelsniveau” een relevante factor. Marktafscherming is minder waarschijnlijk in het geval van een intermediair product. Wanneer de leverancier van een intermediair product geen machtspositie inneemt, blijft er voor de concurrerende leveranciers een aanzienlijk gedeelte van de vraag over dat „vrij” is. Beneden het niveau waarop een machtspositie ontstaat, kan er echter in geval van een cumulatief effect toch sprake zijn van een ernstige marktafschermerende werking ten opzichte van actuele of potentiële concurrenten. Er treedt waarschijnlijk geen ernstig cumulatief effect op, zolang minder dan 50 % van de markt gebonden is. Wanneer

de leverancier een machtspositie inneemt, kan elke verplichting om de producten uitsluitend of hoofdzakelijk van de dominante leverancier te kopen, belangrijke marktafschermerende effecten hebben. Hoe sterker de machtspositie is, des te groter is het risico dat concurrenten worden uitgesloten.

- (147) Wanneer de overeenkomst betrekking heeft op de levering van een eindproduct op het groothandelsniveau, hangt de waarschijnlijkheid van een concurrentieprobleem beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie, voornamelijk af van het type van groothandel en de toetredingsdrempels op het groothandelsniveau. Er is geen echt risico van uitsluiting, wanneer concurrerende producenten gemakkelijk hun eigen groothandel kunnen opzetten. Of de toetredingsdrempels laag zijn, hangt ten dele af van het type van groothandel, d.w.z. van de vraag of groothandelaren al dan niet efficiënt kunnen opereren wanneer zij slechts handel drijven in het product waarop de overeenkomst betrekking heeft (bijvoorbeeld roomijs), dan wel of het efficiënter is handel te drijven in een heel gamma van producten (bijvoorbeeld diepvrieslevensmiddelen). In het laatste geval is het voor een producent die slechts één product verkoopt, inefficiënt zijn eigen groothandel op te zetten. Er kunnen dan concurrentiebeperkende effecten optreden beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie. Bovendien kunnen zich problemen in verband met cumulatieve effecten voordoen, wanneer verschillende leveranciers de meeste van de beschikbare groothandelaren aan zich binden.
- (148) Wat eindproducten betreft, is marktafscherming over het algemeen waarschijnlijker op het detailhandelsniveau, omdat de meeste producenten die alleen voor hun eigen producten detailhandelsverkooppunten willen oprichten, op belangrijke toetredingsdrempels stuiten. Bovendien is het op het detailhandelsniveau dat overeenkomsten met een niet-concurrentiebeding tot een vermindering van de in-store-interbrand-concurrentie kunnen leiden. Dit verklaart waarom, alle andere relevante factoren in aanmerking genomen, bij eindproducten op het detailhandelsniveau belangrijke concurrentiebeperkende effecten kunnen optreden zodra een leverancier zonder machtspositie 30 % of meer van de relevante markt aan zich bindt. In het geval van een onderneming met een machtspositie kunnen reeds bij een vrij klein gebonden marktaandeel belangrijke concurrentiebeperkende effecten optreden. Hoe sterker de machtspositie is, des te groter is het risico dat concurrenten worden uitgesloten.
- (149) Ook op het detailhandelsniveau kan er sprake zijn van een cumulatief marktafschermend effect. Wanneer alle ondernemingen marktaandelen van minder dan 30 % hebben, is een cumulatief marktafschermend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 40 % bedraagt; intrekking van de groepsvrijstelling is bijgevolg onwaarschijnlijk. Dit cijfer kan hoger zijn wanneer andere factoren zoals het aantal concurrenten, de toetredingsdrempels, enz. in aan-

merking worden genomen. Wanneer niet alle ondernemingen marktaandeel beneden de limiet van de groepsvrijstelling hebben, maar geen van hen een machtspositie inneemt, is een cumulatief marktafsluitend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 30 % bedraagt.

- (150) Wanneer de afnemer zijn bedrijf uitoefent in ruimten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of die de leverancier van niet met de afnemer verbonden derden huurt, zal de mogelijkheid om maatregelen op te leggen die het probleem van een eventueel marktafsluitend effect daadwerkelijk verhelpen, beperkt zijn. In dat geval is het onwaarschijnlijk dat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA maatregelen neemt beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie.
- (151) In bepaalde sectoren kan het moeilijk zijn in één verkooppunt meer dan één merk te verkopen; in een dergelijk geval kan een probleem van marktafsluiting beter worden verholpen door de werkelijke looptijd van de contracten te beperken.
- (152) Een zogenoemde Engelse clause, die inhoudt dat de afnemer een eventueel gunstiger aanbod aan de leverancier moet melden en dit slechts mag aanvaarden wanneer de leverancier hem geen even gunstig aanbod doet, zal waarschijnlijk hetzelfde effect hebben als een niet-concurrentiebeding, in het bijzonder wanneer de afnemer verplicht is bekend te maken van wie het gunstiger aanbod afkomstig is. Bovendien kan het, door de doorzichtigheid van de markt te vergroten, collusie tussen de leveranciers vergemakkelijken. Een Engelse clause kan ook hetzelfde effect hebben als afnamequotering. Afnamequotering is een zwakkere vorm van een niet-concurrentiebeding, waarbij tussen de leverancier en de afnemer overeengekomen prikkels of verplichtingen ervoor zorgen dat deze laatste zijn bestellingen grotendeels bij die ene leverancier plaatst. Afnamequotering kan onder meer de vorm aannemen van minimale afnameverplichtingen of van niet-lineaire prijszetting zoals stelsels van hoeveelheidskortingen, stelsels van getrouwheidskortingen of een tweeledige prijs (vaste vergoeding plus prijs per eenheid). Afnamequotering zal dezelfde marktafsluitende effecten hebben als een niet-concurrentiebeding, zij het in mindere mate. De beoordeling van al deze verschillende vormen zal afhangen van hun werking op de markt. Bovendien verbiedt artikel 54 uitdrukkelijk ondernemingen met een machtspositie Engelse clauses of stelsels van getrouwheidskortingen toe te passen.
- (153) Wanneer merkbare concurrentiebeperkende effecten zijn vastgesteld, rijst, zolang de leverancier geen machtspositie inneemt, de vraag of een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, mogelijk is. Met betrekking tot niet-concurrentiebedingen kunnen in het bijzonder de efficiencyeffecten beschreven in punt 116, onder de punten 1 („free-riding” tussen leveranciers), 4, 5 („hold-up”-problemen) en 7 (onvolkomenheden van de kapitaalmarkt) relevant zijn.
- (154) In het geval van een efficiencyeffect zoals beschreven in punt 116, onder de punten 1, 4 en 7, zou afnamequotering misschien een minder restrictief alternatief kunnen zijn. Een niet-concurrentiebeding kan de enige realistische manier zijn om een efficiencyeffect zoals beschreven in punt 116, onder punt 5 („hold-up”-probleem in verband met de overdracht van knowhow) te bereiken.
- (155) In het geval van een relatiegebonden investering door de leverancier (zie efficiencyeffect 4 in punt 116) zal een overeenkomst waarin voor de duur van de afschrijving van de investering in een niet-concurrentiebeding of een clause inzake afnamequotering wordt voorzien, over het algemeen aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoen. In het geval van hoge relatiegebonden investeringskosten kan een niet-concurrentiebeding met een looptijd van meer dan vijf jaar gerechtvaardigd zijn. Van een relatiegebonden investering is bijvoorbeeld sprake wanneer de leverancier machines moet installeren of aanpassen die nadien uitsluitend voor het vervaardigen van componenten voor een bepaalde afnemer kunnen worden gebruikt. Algemene of marktspecifieke investeringen in (extra) capaciteit zijn normaliter geen relatiegebonden investeringen. Wanneer echter een leverancier nieuwe capaciteit creëert die specifiek met de bedrijfsactiviteiten van een bepaalde afnemer verband houdt — men denke bijvoorbeeld aan een producent van blikjes die op het terrein of in de nabijheid van de conservenfabriek van een levensmiddelenproducent nieuwe capaciteit voor de productie van blikjes creëert —, kan het zijn dat die nieuwe capaciteit slechts rendabel is indien voor die bepaalde afnemer wordt geproduceerd, in welk geval de investering als relatiegebonden zou worden beschouwd.
- (156) Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt of hem uitrusting ter beschikking stelt die niet relatiegebonden is, is dit normaliter op zich niet voldoende om, indien het tot marktafsluiting komt, een vrijstelling te rechtvaardigen. De gevallen waarin er sprake is van imperfecties van de kapitaalmarkt, waardoor het efficiënter is dat de leverancier van een product een lening verstrekt dan dat een bank dat doet, zullen niet erg talrijk zijn (zie efficiencyeffect 7 in punt 116). Zelfs al zou de leverancier van het product de efficiëntste kapitaalverschaffer zijn, dan nog zou een lening slechts een niet-concurrentiebeding kunnen rechtvaardigen indien het de afnemer niet wordt onmogelijk wordt gemaakt op elk willekeurig tijdstip en zonder betaling van een boete het niet-concurrentiebeding te beëindigen en het saldo van de lening af te lossen. Dit betekent dat de terugbetaling van de lening zodanig zou moeten zijn geregeld dat de afnemer gelijkblijvende of degressieve — geen progressieve — termijnen betaalt en in de gelegenheid wordt gesteld de door de leverancier ter beschikking gestelde uitrusting tegen de marktwaarde over te nemen. Dit laat de mogelijkheid onverlet om bijvoorbeeld in het geval van een nieuw verkooppunt in een aflossingsvrije periode van één of twee jaar te voorzien, totdat de omzet een zeker niveau bereikt.

(157) De overdracht van wezenlijke knowhow (efficiency-effect 5 in punt 116) rechtvaardigt gewoonlijk een niet-concurrentiebeding gedurende de volledige looptijd van de leveringsovereenkomst, zoals bijvoorbeeld bij franchising.

(158) Beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie, kan ook de combinatie van een niet-concurrentiebeding met alleenverkoop het niet-concurrentiebeding voor de gehele duur van de overeenkomst rechtvaardigen. In dit geval zal het niet-concurrentiebeding er waarschijnlijk toe leiden dat de alleenverkoper meer inspanningen levert om het product in het hem toegewezen gebied te distribueren (zie de punten 161-177).

(159) Voorbeeld van een niet-concurrentiebeding:

De marktleider op een nationale markt voor een voor de consument bestemd impulsartikel, met een marktaandeel van 40 %, verkoopt het grootste gedeelte van zijn productie (90 %) via gebonden detailhandelaren (gebonden marktaandeel 36 %). De detailhandelaren zijn op grond van de overeenkomsten verplicht gedurende ten minste vier jaar het betrokken product uitsluitend van de marktleider te kopen. De marktleider is bijzonder sterk vertegenwoordigd in de dichter bevolkte gebieden zoals de hoofdstad. Zijn concurrenten, tien in getal, van wie de producten soms alleen plaatselijk verkrijgbaar zijn, hebben allen veel kleinere marktaandelen; de grootste heeft een marktaandeel van 12 %. Deze tien concurrenten verkopen tezamen nog eens 10 % van de omzet op de markt via gebonden verkooppunten. De merk- en productdifferentiatie op de markt is sterk. De marktleider bezit de sterkste merken. Hij is de enige die regelmatig landelijke reclamecampagnes voert. Hij stelt zijn gebonden detailhandelaren speciale voorraadkassen ter beschikking om zijn product in te bewaren.

Het resultaat is dat in totaal 46 % (36 % + 10 %) van de markt is afgesloten voor potentiële toetreders en voor gevestigde ondernemingen die niet over gebonden verkooppunten beschikken. Voor potentiële toetreders is de markt nog moeilijker toegankelijk in de dichtbevolkte gebieden, waar het uitsluitingseffect nog sterker is, terwijl zij juist daar het liefst de markt zouden betreden. Wegens de sterke merk- en productdifferentiatie en omdat de zoekkosten in verhouding tot de prijs van het product hoog zijn, leidt de afwezigheid van in-store-interbrand-concurrentie bovendien tot nog meer verlies van comfort voor de consument. De mogelijke efficiencyeffecten van de exclusieve binding van de verkooppunten, die volgens de marktleider het gevolg zijn van lagere vervoerskosten en een mogelijk „hold-up”-probleem met betrekking tot de voorraadkassen, zijn beperkt en wegen niet op tegen de negatieve effecten op de concurrentie. De efficiencyeffecten zijn beperkt omdat de vervoerskosten verband houden met de hoeveelheid en niet met de exclusiviteit en omdat de

voorraadkassen niet op speciale knowhow berusten en niet merkgebonden zijn. Bijgevolg is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden voor een vrijstelling is voldaan.

(160) Voorbeeld van afnamequotering:

Een producent X met een marktaandeel van 40 % verkoopt 80 % van zijn productie op grond van contracten waarin is bepaald dat de wederverkoper verplicht is het betrokken type product ten belope van ten minste 75 % van zijn behoeften van X te betrekken. In ruil hiervoor biedt X op voordelige voorwaarden financiering en uitrusting aan. De contracten hebben een looptijd van vijf jaar, gedurende welke de lening in gelijke termijnen moet worden afgelost. Na de eerste twee jaar hebben de afnemers echter de mogelijkheid het contract met zes maanden op te zeggen, mits zij het saldo van de lening terugbetalen en de uitrusting tegen de marktwaarde overnemen. Bij het verstrijken van de periode van vijf jaar wordt de uitrusting eigendom van de afnemer. De meeste concurrerende producenten zijn klein, twaalf in totaal van wie de grootste een marktaandeel van 20 % heeft; zij sluiten soortgelijke contracten met een variërende looptijd. Bij de producenten met een marktaandeel van minder dan 10 % hebben de contracten vaak een langere looptijd en zijn de opzeggingsclausules minder soepel. De contracten van producent X laten zijn wederverkopers vrij zich voor 25 % van hun behoeften bij concurrenten te bevoorraden. De laatste drie jaar zijn twee nieuwe producenten tot de markt toegetreden; zij hebben een gecombineerd marktaandeel van ongeveer 8 % weten te behalen, ten dele door de leningen van een aantal wederverkopers over te nemen in ruil voor contracten met die wederverkopers.

Het gebonden marktaandeel van producent X bedraagt 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). Het gebonden marktaandeel van de andere producenten bedraagt ongeveer 25 %. Dit betekent dat ten minste gedurende de eerste twee jaar van de looptijd van de leveringscontracten 49 % van de markt is afgesloten voor potentiële toetreders en voor gevestigde ondernemingen die niet over gebonden verkooppunten beschikken. De markt laat zien dat de wederverkopers vaak moeilijk leningen van banken kunnen verkrijgen en over het algemeen te klein zijn om zich op een andere wijze, bijvoorbeeld door de uitgifte van aandelen, kapitaal te verschaffen. Bovendien kan producent X aantonen dat hij, door slechts aan een beperkt aantal wederverkopers te leveren, zijn afzet beter kan plannen en op zijn transportkosten kan besparen. Gelet op het feit dat volgens de contracten van producent X zijn wederverkopers voor 25 % van hun behoeften niet gebonden zijn, de reële mogelijkheid om het contract vroegtijdig op te zeggen, de recente toetreding van nieuwe producenten en het feit dat ongeveer de helft van de wederverkopers niet gebonden zijn, is het waarschijnlijk dat de door producent X opgelegde afnameverplichting van 75 % aan de voorwaarden voor vrijstelling voldoet.

2.2. Alleenverkoop

- (161) Bij een alleenverkoopovereenkomst verbindt de leverancier zich ertoe in een bepaald gebied zijn producten slechts aan één distributeur met het oog op wederverkoop te verkopen. Tegelijkertijd worden meestal aan de distributeur beperkingen opgelegd met betrekking tot zijn actieve verkoop in exclusief aan anderen toegewezen gebieden. Vermindering van de intrabrand-concurrentie en marktverdeling, waardoor met name prijsdiscriminatie kan worden vergemakkelijkt, zijn de belangrijkste mogelijke risico's voor de concurrentie. Wanneer de meeste of alle leveranciers alleenverkoop toepassen, kan dit collusie, zowel op het niveau van de leveranciers als op het niveau van de distributeurs, in de hand werken.
- (162) Alleenverkoop is krachtens de groepsvrijstelling vrijgesteld indien het marktaandeel van de leverancier niet meer dan 30 % bedraagt, zelfs in combinatie met andere verticale afspraken die geen „hard-core”-restricties zijn, bijvoorbeeld een niet-concurrentiebeding met een duur van ten hoogste vijf jaar, afnamequotering of exclusieve afname. Een combinatie van alleenverkoop met selectieve distributie komt slechts voor groepsvrijstelling in aanmerking, wanneer geen beperkingen worden gesteld aan de actieve verkoop in andere gebieden. Boven de marktaandeellimiet van 30 % gelden voor het beoordelen van alleenverkoop in individuele gevallen de onderstaande richtsnoeren.
- (163) De marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten is een zeer belangrijke factor, omdat de vermindering van de intrabrand-concurrentie slechts een probleem kan doen rijzen indien de interbrand-concurrentie beperkt is. De vermindering van de intrabrand-concurrentie is ernstiger naarmate de „positie van de leverancier” sterker is. Boven de marktaandeellimiet van 30 % kan er een risico bestaan dat de intrabrand-concurrentie sterk afneemt. Wil de regeling voor vrijstelling in aanmerking komen, dan moeten tegenover de vermindering van de intrabrand-concurrentie reële efficiëntieverbeteringen staan.
- (164) De „positie van de concurrenten” kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn. De aanwezigheid van sterke concurrenten zal over het algemeen met zich brengen dat de vermindering van de intrabrand-concurrentie door voldoende interbrand-concurrentie wordt gecompenseerd. Wanneer het aantal concurrenten vrij klein wordt en hun marktpositie gelet op hun marktaandeel, hun capaciteit en hun distributienet nagenoeg dezelfde is, bestaat er echter een risico van collusie. De vermindering van de intrabrand-concurrentie kan dit risico verhogen, in het bijzonder wanneer verschillende leveranciers soortgelijke distributiesystemen toepassen. Bij meervoudige alleenverkooprechten, waarbij verschillende leveranciers in een bepaald gebied dezelfde alleenverkoper aanwijzen, kan het risico van collusie nog groter zijn. Wanneer een wederverkoper het exclusieve recht verkrijgt om twee of meer belangrijke concurrerende producten in hetzelfde gebied te distribueren, is het waarschijnlijk dat de interbrand-concurrentie voor die merken aanzienlijk wordt beperkt. Hoe groter het cumulatieve marktaandeel van de door de meervoudige alleenverkoper gedistribueerde merken is, des te groter zal het risico van collusie zijn en des te meer zal de interbrand-concurrentie worden beperkt. Een dergelijk cumulatief effect kan een reden zijn om de groepsvrijstelling in te trekken, wanneer de marktaandelen van de leveranciers beneden de limiet van de groepsvrijstelling liggen.
- (165) „Toetredingsdrempels”, die het voor leveranciers moeilijk kunnen maken nieuwe afzetkanalen te creëren of alternatieve distributeurs te vinden, zijn een minder belangrijke factor voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van alleenverkoop. Uitsluiting van andere leveranciers doet zich niet voor zolang alleenverkoop niet met merkexclusiviteit wordt gecombineerd.
- (166) Uitsluiting van andere distributeurs is geen probleem indien de leverancier die het alleenverkoopstelsel toepast, op dezelfde markt een groot aantal alleenverkopers aanwijst en die alleenverkopers geen restricties oplegt met betrekking tot de verkoop aan niet-aangewezen distributeurs. Uitsluiting van andere distributeurs kan echter een probleem worden wanneer er sprake is van „afnemersmacht” en er, op de downstream-markt, sprake is van marktmacht, in het bijzonder wanneer in zeer grote gebieden de alleenverkoper de enige afnemer wordt voor een hele markt. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een supermarktketen op een nationale detailhandelsmarkt voor levensmiddelen de enige distributeur van een leidend merk wordt. De uitsluiting van andere distributeurs kan erger zijn in het geval van meervoudige alleenverkooprechten. In een dergelijk geval, dat onder de groepsvrijstelling valt wanneer het marktaandeel van elke leverancier minder dan 30 % bedraagt, kan er aanleiding tot intrekking van die vrijstelling bestaan.
- (167) „Afnemersmacht” kan ook het risico van collusie aan de vraagzijde vergroten, wanneer de alleenverkoopregelingen door belangrijke, mogelijk zelfs in verschillende gebieden gevestigde afnemers aan een of meer leveranciers worden opgelegd.

- (168) De „rijpheid van de markt” is een belangrijke factor, omdat vermindering van de intrabrand-concurrentie en prijsdiscriminatie een ernstig probleem kunnen vormen op een „rijpe” markt, maar wellicht minder relevant zijn op een markt met een groeiende vraag, evoluerende technologie en veranderende marktposities.
- (169) Het „handelsniveau” is een belangrijke factor, omdat de mogelijke negatieve effecten verschillend kunnen zijn op het groothandelsniveau en op het detailhandelsniveau. Alleenverkoop wordt voornamelijk bij de distributie van finale producten en diensten toegepast. Een vermindering van de intrabrand-concurrentie is vooral waarschijnlijk op het detailhandelsniveau wanneer de verkoopgebieden groot zijn, omdat de consumenten voor een belangrijk merk kunnen worden geconfronteerd met onvoldoende keuzemogelijkheid tussen een distributeur met hoge prijzen en een hoog serviceniveau en een distributeur met lage prijzen en een laag serviceniveau.
- (170) Een producent die een groothandelaar als alleenverkoper uitkiest, doet dit gewoonlijk voor een vrij groot gebied, bijvoorbeeld voor een gehele EER-staat. Zolang de groothandelaar de producten zonder enige beperking downstreamaan detailhandelaren kan verkopen, treden waarschijnlijk geen merkbare concurrentiebeperkende effecten op wanneer de producent geen machtspositie inneemt. Een mogelijke vermindering van de intrabrand-concurrentie op het groothandelsniveau kan gemakkelijk door efficiencyverbeteringen op het gebied van logistiek, promotie, enz. worden gecompenseerd, inzonderheid wanneer de producent in een ander land gevestigd is. Uitsluiting van andere groothandelaren in het betrokken gebied is onwaarschijnlijk, omdat een leverancier met een marktaandeel van meer dan 30 % gewoonlijk over genoeg onderhandelingsmacht beschikt om geen minder efficiënte groothandelaar uit te kiezen. De mogelijke risico's van meervoudige alleenverkooprechten voor de interbrand-concurrentie zijn echter groter op het groothandelsniveau dan op het detailhandelsniveau.
- (171) In het geval van combinatie van alleenverkoop met merkexclusiviteit kan zich ook het probleem voordoen dat de markt voor andere leveranciers wordt afgesloten, in het bijzonder wanneer er een dicht netwerk van alleenverkopers met kleine gebieden bestaat of wanneer een cumulatief effect optreedt. Het kan dan noodzakelijk zijn de hierboven met betrekking tot merkexclusiviteit uiteengezette beginselen toe te passen. Wanneer de combinatie van alleenverkoop met merkexclusiviteit echter niet tot marktafscherming leidt, kan zij bevorderlijk voor de concurrentie zijn, omdat de prikkel voor de alleenverkoper om zijn inspanningen op het betrokken merk toe te spitsen, sterker wordt. Mits geen dergelijk probleem van marktafscherming rijst, is de combinatie van alleenverkoop met een niet-concurrentiebeding bijgevolg voor de volledige looptijd van de overeenkomst vrijstelbaar, in het bijzonder op het groothandelsniveau.
- (172) De combinatie van alleenverkoop met exclusieve afname verhoogt de mogelijke risico's van vermindering van de intrabrand-concurrentie en marktverdeling, hetgeen met name prijsdiscriminatie kan vergemakkelijken. Alleenverkoop beperkt reeds arbitrage door klanten, omdat een limiet wordt gesteld aan het aantal distributeurs en meestal ook aan de vrijheid van de distributeurs om aan actieve verkoop te doen. Exclusieve afname, waarbij de alleenverkopers verplicht zijn hun voorraden van het betrokken merk direct van de producent te betrekken, maakt bovendien arbitrage tussen de alleenverkopers onmogelijk, omdat zij niet van andere distributeurs binnen het net mogen kopen. Dit maakt het voor de leverancier gemakkelijker om de intrabrand-concurrentie te beperken en toch ongelijke verkoopvoorwaarden toe te passen. De combinatie van alleenverkoop met exclusieve afname kan bijgevolg bij leveranciers met een marktaandeel van meer dan 30 % waarschijnlijk niet voor een vrijstelling in aanmerking komen, tenzij onmiskenbaar aanzienlijke efficiencyverbeteringen optreden die voor alle consumenten tot lagere prijzen leiden. Het ontbreken van dergelijke efficiencyverbeteringen kan ook tot intrekking van de groepsvrijstelling leiden in gevallen waarin het marktaandeel van de leverancier minder dan 30 % bedraagt.
- (173) Wat de „aard van het product” is, is niet erg relevant voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van alleenverkoop. Dit is echter wel het geval wanneer de kwestie van mogelijke efficiencyverbeteringen aan de orde komt, hetgeen het geval is nadat een merkbaar concurrentiebeperkend effect is vastgesteld.
- (174) Alleenverkoop kan tot efficiencyverbeteringen leiden wanneer investeringen door de distributeurs noodzakelijk zijn om een merkimago op te bouwen of het merkimago te beschermen. De kans op efficiencyverbeteringen is over het algemeen het grootst bij nieuwe producten, complexe producten, producten waarvan de kwaliteiten vóór consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde ervaringsproducten) en producten waarvan de kwaliteiten zelfs na consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde vertrouwensproducten). Bovendien kan alleenverkoop vanwege schaalvoordelen bij het transport en de distributie tot besparingen op de logistieke kosten leiden.
- (175) Voorbeeld van alleenverkoop op het groothandelsniveau:
- Op de markt voor een duurzaam consumentenproduct is A de marktleider. A verkoopt zijn product via alleenverkopers in de groothandel. De gebieden van de groothandelaren bestrijken in kleinere EER-staten het gehele nationale grondgebied en in grotere EER-staten een bepaalde regio. Deze alleenverkopers verkopen aan alle detailhandelaren in hun gebied. Zij verkopen niet aan consumenten. De groothandelaren zijn met de promotie in hun gebied belast. Dit omvat het sponsoren

van plaatselijke evenementen, maar ook het promoten van nieuwe producten bij de detailhandelaren en het adviseren van de detailhandelaren over die producten in hun gebied. Het tempo van de productinnovatie en technologische ontwikkeling op de betrokken markt is vrij hoog, en de pre-sales-service ten behoeve van de detailhandelaren en de consumenten speelt een belangrijke rol. De groothandelaren zijn niet verplicht hun totale behoefte aan de producten van het merk van leverancier A van de producent zelf te betrekken, en arbitrage door groothandelaren of detailhandelaren is mogelijk omdat de transportkosten betrekkelijk laag zijn in verhouding tot de waarde van het product. Er wordt aan de groothandelaren geen niet-concurrentiebeding opgelegd. De detailhandelaren verkopen ook een aantal merken van concurrerende leveranciers, en er bestaan op het detailhandelniveau geen alleenverkoopovereenkomsten of selectiegedistributieovereenkomsten. Op de EER-markt van de verkoop aan groothandelaren heeft A een marktaandeel van ongeveer 50 %. Zijn marktaandeel op de verschillende nationale detailhandelsmarkten schommelt tussen 40 en 60 %. A heeft op elke nationale markt zes tot tien concurrenten: B, C en D zijn zijn grootste concurrenten; zij zijn ook op elke nationale markt aanwezig, met een marktaandeel tussen 20 en 5 %. De overige producenten zijn nationale producenten, met een kleiner marktaandeel. B, C en D beschikken over soortgelijke distributienetten, terwijl de lokale producenten hun producten meestal direct aan detailhandelaren verkopen.

Op de bovengenoemde groothandelsmarkt zijn de risico's van vermindering van de intrabrand-concurrentie en prijsdiscriminatie gering. Arbitrage wordt niet belemmerd, en het ontbreken van intrabrand-concurrentie is op het groothandelniveau niet erg relevant. Op het detailhandelniveau wordt noch de intrabrand-concurrentie, noch de interbrand-concurrentie belemmerd. Bovendien ondervindt de interbrand-concurrentie nauwelijks gevolgen van de exclusiviteitsregelingen op het groothandelniveau. Om deze redenen is het waarschijnlijk dat, ingeval er sprake zou zijn van concurrentiebeperkende effecten, aan de voorwaarden voor een vrijstelling is voldaan.

(176) Voorbeeld van meervoudige alleenverkooprechten op een oligopolistische markt:

Op een nationale markt voor een eindproduct zijn er vier marktleiders, met elk een marktaandeel rond 20 %. Deze vier marktleiders verkopen hun product via alleenverkopers op het detailhandelniveau. Aan de detailhandelaren wordt op basis van exclusiviteit een gebied toegewezen, dat de stad of in grote steden het stadsdeel waar zij gevestigd zijn, bestrijkt. In de meeste gebieden wijzen de vier marktleiders dezelfde detailhandelaar als alleenverkoper aan („meervoudige alleenverkoop”); het betreft vaak detailhandelaren van wie het bedrijf centraal gelegen is en die min of meer in het product gespecialiseerd zijn. De overige 20 % van de nationale markt bestaat uit kleine lokale producenten,

van wie de grootste een marktaandeel van 5 % op de nationale markt heeft. Deze lokale producenten verkopen hun producten veelal via andere detailhandelaren, met name omdat de alleenverkopers van de vier grootste leveranciers over het algemeen weinig in de verkoop van minder bekende en goedkopere merken geïnteresseerd zijn. Er bestaat op de markt een sterke merk- en productdifferentiatie. De vier marktleiders voeren grootscheepse landelijke reclamecampagnes en bezitten een sterk merkimage, terwijl de kleine producenten hun producten niet op landelijk niveau promoten. Het gaat om een betrekkelijk „rijpe” markt, met een stabiele vraag en geen belangrijke product- en technologische innovatie. Het product is relatief eenvoudig.

Op een dergelijke oligopolistische markt kan er een risico van collusie tussen de vier marktleiders bestaan. Dit risico is in het geval van meervoudige alleenverkooprechten nog groter. De intrabrand-concurrentie wordt door de gebiedsexclusiviteit beperkt. De concurrentie tussen de vier leidende merken wordt op het detailhandelniveau beperkt, omdat in elk gebied één detailhandelaar de prijs van alle vier de merken vaststelt. De meervoudige alleenverkooprechten brengen mee dat, wanneer één producent de prijs van zijn merk verlaagt, de detailhandelaar niet gauw geneigd zal zijn deze prijsverlaging aan de consument door te geven, omdat in dit geval zijn omzet van de andere merken en de winst die hij daarmee maakt, zouden afnemen. De producenten hebben bijgevolg minder belang bij onderlinge prijsconcurrentie. Er bestaat vooral interbrandprijsc concurrentie met de producten van de kleine producenten, die een zwak merkimage hebben. Er kan weinig sprake zijn van efficiencyvoordelen door de inschakeling van (gemeenschappelijke) alleenverkopers, omdat het een betrekkelijk eenvoudig product betreft, de wederverkoop geen speciale investeringen of opleiding vereist en de reclame grotendeels op het niveau van de producenten wordt gevoerd.

Hoewel het marktaandeel van elk van de marktleiders beneden de limiet ligt, is het mogelijk dat een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, niet gerechtvaardigd is, en kan het noodzakelijk zijn de groepsvrijstelling in te trekken.

(177) Voorbeeld van een combinatie van alleenverkoop met exclusieve afname:

Producent A is de EER-marktleider voor een volumineus, duurzaam consumentenproduct; hij heeft op de meeste nationale detailhandelsmarkten een marktaandeel van 40 tot 60 %. Hij heeft in elke EER-staat een zevental concurrenten met veel kleinere marktaandelen; de grootste van deze concurrenten heeft een marktaandeel van 10 %. Deze concurrenten zijn slechts op één of twee nationale markten aanwezig. A koopt zijn product via zijn nationale dochterondernemingen aan alleenverkopers op het detailhandelniveau. Het is de alleenverkopers niet toegestaan actief in elkaars gebied

te verkopen. Bovendien zijn de detailhandelaren verplicht de producten van producent A uitsluitend van diens dochteronderneming in hun eigen land te kopen. De detailhandelaren die het merk van producent A verkopen, zijn de belangrijkste wederverkopers van dat type product in hun gebied. Zij verkopen ook concurrerende merken, zij het met wisselend succes en enthousiasme. A past tussen markten prijsverschillen van 10 tot 15 % en binnen markten kleinere verschillen toe. Dit leidt tot kleinere prijsverschillen op het detailhandelniveau. De markt is betrekkelijk stabiel, zowel aan de vraag- als aan de aanbodzijde, en er is geen noemenswaardige technologische evolutie.

Op de betrokken markten leidt niet alleen de gebiedsexclusiviteit op het detailhandelniveau tot een vermindering van de intrabrand-concurrentie, maar wordt deze vermindering nog versterkt door de aan de detailhandelaren opgelegde exclusieveafnameverplichting. De exclusieveafnameverplichting draagt ertoe bij dat de markten en gebieden gescheiden worden gehouden, doordat zij arbitrage tussen de alleenverkopers in de detailhandel onmogelijk maakt. De alleenverkopers in de detailhandel mogen ook niet actief in elkaars gebied verkopen en proberen in de praktijk te vermijden buiten hun eigen gebied te leveren. Dit scheidt ruimte voor prijsdiscriminatie. Arbitrage door consumenten of onafhankelijke handelaren is beperkt vanwege de omvang van het product.

De mogelijke efficiencyeffecten van dit systeem, die verband houden met schaalvoordelen bij het transport en promotie-inspanningen op het niveau van de detailhandelaren, wegen waarschijnlijk niet op tegen het negatieve effect van prijsdiscriminatie en vermindering van de intrabrand-concurrentie. Het is bijgevolg onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden voor een vrijstelling is voldaan.

2.3. Klantenexclusiviteit

- (178) Bij een overeenkomst inzake klantenexclusiviteit verbindt de leverancier zich ertoe zijn producten slechts aan één distributeur te verkopen met het oog op wederverkoop aan een bepaalde categorie van klanten. Meestal worden aan de distributeur tegelijkertijd beperkingen opgelegd met betrekking tot zijn actieve verkoop aan exclusief aan anderen toegewezen groepen van klanten. Vermindering van de intrabrand-concurrentie en marktverdeling, waardoor met name prijsdiscriminatie kan worden vergemakkelijkt, zijn de belangrijkste mogelijke risico's voor de vrije concurrentie. Wanneer de meeste of alle leveranciers klantenexclusiviteit toepassen, kan dit collusie, zowel op het niveau van de leveranciers als op het niveau van de distributeurs, vergemakkelijken.
- (179) Klantenexclusiviteit is krachtens de groepsvrijstelling vrijgesteld indien het marktaandeel van de leverancier de limiet van 30 % niet overschrijdt, zelfs in combinatie met andere verticale afspraken die niet tot de „hard-core“-restricties behoren, bijvoorbeeld in combinatie met een niet-concurrentiebeding, afnamequotering of exclusieve afname. Een combinatie van klantenexclusiviteit met selectieve distributie vormt normaliter een „hard-core“-restrictie, omdat de actieve verkoop door de erkende distributeurs aan eindgebruikers gewoonlijk niet vrij wordt gelaten. Boven de marktaandeellimiet van 30 % gelden de richtsnoeren inzake alleenverkoop, zoals in de punten 161-167 uiteengezet, op overeenkomstige wijze voor het beoordelen van klantenexclusiviteit, zij het onder voorbehoud van onderstaande opmerkingen.
- (180) Klantenexclusiviteit maakt normaliter arbitrage door de klanten moeilijker. Omdat aan elke erkende distributeur een eigen groep van klanten wordt toegewezen, kan het bovendien voor niet-erkende distributeurs die niet tot een dergelijke groep behoren, moeilijk zijn het product te verkrijgen. Hierdoor zal de mogelijkheid van arbitrage door niet-erkende distributeurs worden beperkt. Het is bijgevolg onwaarschijnlijk dat boven de in de groepsvrijstelling vastgestelde marktaandeellimiet van 30 % klantenexclusiviteit voor een vrijstelling in aanmerking komt, tenzij er duidelijk sprake is van belangrijke efficiencyverbeteringen.
- (181) Klantenexclusiviteit wordt vooral toegepast op intermediaire producten en, voorzover het eindproducten betreft, op het groothandelniveau, waar onderscheid kan worden gemaakt tussen categorieën klanten die verschillende specifieke eisen aan het product stellen.
- (182) Klantenexclusiviteit kan tot efficiencyverbeteringen leiden, in het bijzonder wanneer van de distributeurs wordt verlangd dat zij bijvoorbeeld in specifieke uitrusting, bekwaamheden of knowhow investeren om te kunnen voldoen aan de eisen van hun klantengroep. Het hangt van de afschrijvingstermijn van deze investeringen af, voor hoelang een systeem van klantenexclusiviteit gerechtvaardigd is. In het algemeen kan worden gesteld dat de kans op efficiencyverbeteringen het grootst is bij nieuwe of complexe producten en bij producten die aan de behoeften van de individuele klant moeten worden aangepast. Aantoonbare verschillen tussen de behoeften van de klanten zijn waarschijnlijker bij intermediaire producten, d.w.z. producten die aan verschillende typen van professionele afnemers worden verkocht. Toewijzing van exclusieve categorieën eindgebruikers leidt waarschijnlijk niet tot efficiencyverbeteringen en komt bijgevolg waarschijnlijk niet voor een vrijstelling in aanmerking.

(183) Voorbeeld van klantenexclusiviteit:

Een onderneming heeft een geavanceerde sprinklerinstallatie ontwikkeld. De onderneming heeft een marktaandeel van 40 % op de markt voor sprinklerinstallaties. Toen zij de geavanceerde sprinkler begon te verkopen, had zij met een ouder product een marktaandeel van 20 %. De wijze van installatie van het nieuwe type sprinkler verschilt naar gelang van het soort gebouw waarin het wordt geïnstalleerd en het gebruik waarvoor het gebouw bestemd is (kantoorgebouw, chemische fabriek, ziekenhuis, enz.). De onderneming heeft een aantal distributeurs aangewezen om de sprinklerinstallatie te verkopen en te installeren. Elke distributeur heeft zijn personeel moeten opleiden om het vertrouwd te maken met de algemene en specifieke eisen die gelden voor het installeren van de sprinklerinstallatie bij een bepaalde categorie van klanten. Om ervoor te zorgen dat elke distributeur zich zou specialiseren, heeft de onderneming aan elke distributeur op basis van exclusiviteit een bepaalde categorie van klanten toegewezen en de distributeurs verboden binnen elkaars klantenkring aan actieve verkoop te doen. Na vijf jaar zullen alle exclusieve distributeurs het recht krijgen actief aan alle categorieën van klanten te verkopen; er komt op dat ogenblik dus een einde aan het systeem van klantenexclusiviteit. De leverancier mag dan ook aan nieuwe distributeurs beginnen te verkopen. De markt is vrij dynamisch: er zijn recentelijk twee ondernemingen tot de markt toegetreden en er vinden een aantal technologische ontwikkelingen plaats. Ook de concurrenten, met marktaandelen tussen 25 en 5 %, werken aan de verbetering en modernisering van hun producten.

Omdat de exclusiviteit van beperkte duur is en ertoe bijdraagt dat de distributeurs hun investeringen kunnen terugverdienen en hun verkoopinspanningen in het begin op een bepaalde categorie van klanten kunnen toespitsen om het product en de markt te leren kennen, en omdat de mogelijke concurrentiebeperkende effecten op een dynamische markt gering lijken, is waarschijnlijk aan de voorwaarden voor een vrijstelling voldaan.

2.4. Selectieve distributie

(184) Bij selectieve distributieovereenkomsten worden, net zoals bij alleenverkoopovereenkomsten, enerzijds het aantal erkende distributeurs en anderzijds de wederverkoopmogelijkheden beperkt. Het verschil met alleenverkoop is dat de restrictie van het aantal wederverkopers niet afhangt van het aantal gebieden, maar van selectiecriteria die in de eerste plaats met de aard van het product verband houden. Een ander verschil met alleenverkoop is dat het bij de restrictie van de wederverkoop niet gaat om een beperking van de actieve verkoop in een ander gebied, maar om een beperking van elke verkoop aan niet-erkende distributeurs, zodat alleen erkende wederverkopers en eindgebruikers als mogelijke afnemers overblijven. Wanneer selectieve distributie wordt toegepast, is dit nagenoeg altijd voor het distribueren van finale merkproducten.

(185) De mogelijke risico's voor de mededinging zijn een vermindering van de intrabrand-concurrentie en, in het bijzonder in het geval van een cumulatief effect, uitsluiting van een bepaald type of bepaalde typen van distributeurs en vergemakkelijking van collusie tussen leveranciers of afnemers. Om de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van selectieve distributie aan artikel 53, lid 1, te toetsen, moet onderscheid worden gemaakt tussen zuiver kwalitatieve selectieve distributie en kwantitatieve selectieve distributie. Bij zuiver kwalitatieve selectieve distributie geschiedt de selectie van de wederverkopers uitsluitend aan de hand van objectieve criteria die uit de aard van het product voortvloeien, zoals de opleiding van het verkooppersoneel, de in het verkooppunt verleende service, het aangeboden productassortiment, enz.⁽³⁷⁾ Door de toepassing van dergelijke criteria wordt als zodanig geen limiet aan het aantal wederverkopers gesteld. Zuiver kwalitatieve selectieve distributie wordt over het algemeen geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, te vallen omdat geen concurrentiebeperkende effecten optreden, mits aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het betrokken product van zodanige aard zijn dat een selectief distributiesysteem noodzakelijk is, in die zin dat een dergelijk systeem vanwege de aard van het betrokken product een rechtmatig vereiste vormt om de kwaliteit van het product te bewaren en erop toe te zien dat het op correcte wijze wordt gebruikt. Ten tweede moeten de wederverkopers worden geselecteerd aan de hand van objectieve criteria van kwalitatieve aard die op eenvormige wijze voor alle potentiële wederverkopers worden vastgesteld en zonder discriminatie worden toegepast. Ten derde mogen de vastgestelde criteria niet verder gaan dan wat noodzakelijk is⁽³⁸⁾. Bij kwantitatieve selectieve distributie worden daarnaast nog andere selectiecriteria toegepast die het potentiële aantal wederverkopers op directere wijze beperken, bijvoorbeeld doordat een minimum- of maximumomzet wordt geëist, het aantal wederverkopers wordt vastgelegd, enz.

(186) Kwalitatieve en kwantitatieve selectieve distributie zijn krachtens de groepsvrijstelling tot een marktaandeel van 30 % vrijgesteld, zelfs in combinatie met andere verticale afspraken die niet tot de „hard-core”-restricties behoren, zoals een niet-concurrentiebeding of alleenverkoop, op voorwaarde dat geen beperkingen worden gesteld aan de actieve verkoop door de erkende distributeurs aan elkaar en aan eindgebruikers. Selectieve distributie is op grond van de groepsvrijstelling vrijgesteld, ongeacht de aard van het betrokken product. Wanneer vanwege de

⁽³⁷⁾ Zie o.m. het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 december 1996 in zaak T-88/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissie*, Jurispr. 1996, blz. II-1961.

⁽³⁸⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak 31/80, *L'Oréal/PVBA*, Jurispr. 1980, blz. 3775, overwegingen 15 en 16; het arrest van het Hof van Justitie in zaak 26/76, *Metro I*, Jurispr. 1977, blz. 1875, overwegingen 20 en 21; het arrest van het Hof van Justitie in zaak 107/82, *AEG*, Jurispr. 1983, blz. 3151, overweging 33; en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-19/91, *Vichy/Commissie*, Jurispr. 1992, blz. II-415, overweging 65.

aard van het product geen selectieve distributie vereist is, brengt een dergelijk distributiesysteem echter over het algemeen niet voldoende efficiencyverbeteringen mee om een belangrijke vermindering van de intrabrand-concurrentie te compenseren. Indien zich merkbare concurrentiebeperkende effecten voordoen, zal de groepsvrijstelling waarschijnlijk worden ingetrokken. Voorts gelden voor het beoordelen van selectieve distributie in individuele gevallen die niet onder toepassing van de groepsvrijstelling vallen, of ingeval naast elkaar bestaande selectieve distributienetten een cumulatief effect hebben, onderstaande richtsnoeren.

- (187) De marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten is zeer belangrijk voor het beoordelen van mogelijke concurrentiebeperkende effecten, omdat de vermindering van de intrabrand-concurrentie slechts een probleem kan vormen indien de interbrand-concurrentie beperkt is. Hoe sterker de positie van de leverancier is, des te problematischer is de vermindering van de intrabrand-concurrentie. Een andere belangrijke factor is het aantal selectieve distributienetten op dezelfde markt. Wanneer selectieve distributie slechts door één leverancier zonder machtspositie op de markt wordt toegepast, heeft kwantitatieve selectieve distributie normaliter geen netto negatieve effecten, mits de toepassing van een selectief distributiesysteem vanwege de aard van de contractproducten vereist is en op voorwaarde dat de gehanteerde selectiecriteria noodzakelijk zijn om voor een efficiënte distributie van die producten te zorgen. In werkelijkheid ziet het er echter naar uit dat selectieve distributie vaak door een aantal leveranciers op een bepaalde markt wordt toegepast.
- (188) De positie van concurrenten kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn en speelt vooral een rol in het geval van een cumulatief effect. De aanwezigheid van sterke concurrenten brengt over het algemeen met zich dat de vermindering van de intrabrand-concurrentie gemakkelijk door voldoende interbrand-concurrentie wordt gecompenseerd. Wanneer echter een meerderheid van de grote leveranciers selectieve distributie toepast, zal de intrabrand-concurrentie aanzienlijk afnemen en zullen misschien bepaalde typen van distributeurs worden uitgesloten; er bestaat dan ook een groter risico dat het tussen die grote leveranciers tot collusie komt. Het risico dat efficiëntere distributeurs worden uitgesloten, is altijd groter geweest bij selectieve distributie dan bij alleenverkoop, vanwege de beperking bij selectieve distributie van de verkoop aan niet-erkende wederverkopers. De bedoeling hiervan is selectieve distributiestelsels een gesloten karakter te verlenen, zodat niet-erkende wederverkopers het product onmogelijk geleverd kunnen krijgen. Hierdoor is selectieve distributie een probaat middel om neerwaartse druk door prijsdiscounters op de marge van de producent en op de marge van de erkende wederverkopers te vermijden.
- (189) Wanneer de groepsvrijstelling van toepassing is op individuele selectieve distributienetten, kan in het geval van cumulatieve effecten worden overwogen de groepsvrijstelling in te trekken of buiten toepassing te verklaren. Er zal zich echter waarschijnlijk geen probleem van een cumulatief effect voordoen, wanneer het door selectieve distributie bestreken deel van de markt minder dan 50 % bedraagt. Er zal zich waarschijnlijk evenmin een probleem voordoen, wanneer de marktdekkingsgraad hoger dan 50 % maar het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers lager dan 50 % is. Wanneer zowel het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers als het door selectieve distributie bestreken deel van de markt meer dan 50 % bedragen, kan de beoordeling verschillend zijn naargelang de vijf grootste leveranciers al dan niet allen selectieve distributie toepassen. Hoe sterker de positie van de concurrenten die geen selectieve distributie toepassen, is, des te minder waarschijnlijk is het dat andere distributeurs worden uitgesloten. Wanneer de vijf grootste leveranciers allen selectieve distributie toepassen, kunnen met name bezwaren uit het oogpunt van de mededinging rijzen met betrekking tot die overeenkomsten waarin kwantitatieve selectiecriteria worden gehanteerd die rechtstreeks het aantal erkende wederverkopers beperken. De voorwaarden van artikel 53, lid 3, zijn over het algemeen waarschijnlijk niet vervuld, wanneer de betrokken selectieve distributiesystemen de markt afschermen voor nieuwe distributeurs die over de nodige bekwaamheid beschikken om de betrokken producten te verkopen, in het bijzonder voor prijsdiscounters, en aldus ten voordele van bepaalde bestaande afzetkanalen en ten nadele van de eindgebruikers beperkingen aan de distributie stellen. Meer indirecte vormen van kwantitatieve selectieve distributie, zoals die bijvoorbeeld voortvloeien uit de combinatie van zuiver kwalitatieve selectiecriteria met een aan de wederverkopers opgelegde verplichting om jaarlijks een bepaalde minimumhoeveelheid af te nemen, zullen minder gemakkelijk netto negatieve effecten hebben, indien die hoeveelheid geen belangrijk percentage uitmaakt van de totale omzet die de afnemer met het betrokken type van producten behaalt en indien de verplichting niet verder gaat dan wat noodzakelijk is opdat de leverancier zijn relatiegebonden investeringen zou kunnen terugverdienen en/of schaalvoordelen bij de distributie zou kunnen realiseren. Wat de mate van individuele bijdrage betreft, zal er over het algemeen van worden uitgegaan dat een leverancier met een marktaandeel van minder dan 5 % niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief effect bijdraagt.
- (190) „Toetredingsdrempels” zijn vooral van belang wanneer de markt voor niet-erkende wederverkopers wordt afgesloten. De toetredingsdrempels zullen over het algemeen aanzienlijk zijn, omdat selectieve distributie gewoonlijk door producenten van merkproducten wordt toegepast. Het zal doorgaans veel tijd en aanzienlijke investeringen van uitgesloten detailhandelaren vergen om hun eigen merken te lanceren of elders concurrerende producten te betrekken.

- (191) „Afnemersmacht” kan het risico van collusie tussen wederverkopers doen toenemen en kan dus aanleiding geven tot een aanzienlijk andere beoordeling van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van selectieve distributie. Er kan met name van afscherming van de markt voor efficiëntere detailhandelaren sprake zijn, wanneer een sterke organisatie van wederverkopers aan de leverancier selectiecriteria oplegt die erop gericht zijn in het voordeel van haar leden beperkingen aan de distributie te stellen.
- (192) In artikel 5, onder c), van de groepsvrijstelling is bepaald dat de leverancier geen verplichting mag opleggen die er direct of indirect toe leidt dat de erkende wederverkopers de merken van bepaalde concurrerende leveranciers niet verkopen. Deze voorwaarde heeft specifiek tot doel te voorkomen dat het door het in het leven roepen van een selectieve club van merken door de leidende leveranciers tot horizontale collusie komt waardoor bepaalde merken worden uitgesloten. Een verplichting van dit type komt waarschijnlijk niet voor een vrijstelling in aanmerking wanneer het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers 50 % of meer bedraagt, tenzij geen enkele van de leveranciers die een dergelijke verplichting opleggen, tot die vijf behoort.
- (193) Uitsluiting van andere leveranciers is normaal geen probleem, zolang andere leveranciers op dezelfde distributeurs een beroep kunnen doen, d.w.z. zolang het selectieve distributiesysteem niet met merkexclusiviteit wordt gecombineerd. Wanneer er sprake is van een dicht net van erkende distributeurs of wanneer een cumulatief effect optreedt, kan de combinatie van selectieve distributie met een niet-concurrentiebeding een risico van afscherming van de markt voor andere leveranciers doen ontstaan. In dat geval zijn de hierboven met betrekking tot merkexclusiviteit uiteengezette beginselen van toepassing. Wanneer selectieve distributie niet met een niet-concurrentiebeding wordt gecombineerd, kan afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers toch nog een probleem vormen indien de leidende leveranciers niet alleen zuiver kwalitatieve selectiecriteria toepassen, maar aan hun wederverkopers bepaalde bijkomende verplichtingen opleggen, zoals de verplichting om een minimum aan ruimte in de rekken voor hun producten te reserveren of de verplichting dat de wederverkoper met hun producten een minimumpercentage van zijn totale omzet behaalt. Een dergelijk probleem zal zich waarschijnlijk niet voordoen indien het door selectieve distributie bestreken deel van de markt minder dan 50 % bedraagt of indien, wanneer dit dekkingspercentage wordt overschreden, het marktaandeel van de vijf grootste leveranciers lager ligt dan 50 %.
- (194) De „rijpheid van de markt” is een belangrijke factor, omdat vermindering van de intrabrand-concurrentie en mogelijke uitsluiting van leveranciers of wederverkopers op een „rijpe” markt een ernstig probleem kunnen vormen, maar minder relevant zijn op een markt met een groeiende vraag, evoluerende technologie en veranderende marktposities.
- (195) Selectieve distributie kan efficiënt zijn wanneer zij dankzij schaalvoordelen bij het vervoer tot besparingen op de logistieke kosten leidt, geen ongeacht de aard van het product het geval kan zijn (efficiencyeffect 6 in punt 116). Bij selectieve distributiestelsels gaat het hier echter meestal slechts om een marginale efficiencyverbetering. Om een „free-rider”-probleem tussen de distributeurs te helpen oplossen (efficiencyeffect 1 in punt 116) of om een merkimago te helpen creëren (efficiencyeffect 8 in punt 116) is de „aard van het product” bijzonder relevant. In het algemeen kan worden gesteld dat de kans op efficiencyverbeteringen het grootst is bij nieuwe producten, bij complexe producten, bij producten waarvan de kwaliteiten vóór consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde ervaringsproducten) en bij producten waarvan de kwaliteiten zelfs na consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde vertrouwensproducten). De combinatie van selectieve distributie met alleenverkoop zal waarschijnlijk een inbreuk op artikel 53 opleveren, wanneer zij wordt toegepast door een leverancier met een marktaandeel van meer dan 30 % of wanneer er cumulatieve effecten optreden, ook al blijft de actieve verkoop tussen de gebieden vrij. Een dergelijke combinatie kan in uitzonderlijke gevallen aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3, voldoen, indien zij onmisbaar is om belangrijke, relatiegebonden investeringen gedaan door de erkende wederverkopers te beschermen (efficiencyeffect 4 in punt 116).
- (196) Om ervoor te zorgen dat wordt gekozen voor de beperking waardoor de mededinging het minst wordt verstoord, is het belangrijk na te gaan of dezelfde efficiencyverbeteringen tegen een vergelijkbare kostprijs door middel van bijvoorbeeld alleen serviceverplichtingen kunnen worden gerealiseerd.
- (197) Voorbeeld van kwantitatieve selectieve distributie:
- Op een markt voor duurzame consumentenproducten verkoopt de marktleider (merk A), die een marktaandeel van 35 % heeft, zijn product via een selectief distributienet aan de consumenten. Er worden voor toelating tot het net verschillende criteria gehanteerd: de winkel moet over opgeleid personeel beschikken en pre-sales-service verlenen; er moet in de winkel een speciale afdeling voor de verkoop van het product en soortgelijke hightechproducten zijn; en er moet in de winkel een breed assortiment van modellen van de leverancier worden verkocht, die op een aantrekkelijke wijze moeten worden tentoongesteld. Bovendien wordt het aantal voor toelating tot het netwerk in aanmerking komende detailhandelaren rechtstreeks beperkt door de vaststelling van een maximumaantal detailhandelaren per aantal inwoners in elke provincie en elk stedelijk gebied. Er zijn op de betrokken markt zes ondernemingen aanwezig die met producent A concurreren. Zijn grootste concurrenten, B, C en D, hebben marktaandelen van respectievelijk 25, 15 en 10 %, terwijl de andere

producenten kleinere marktaandeelen hebben. A is de enige producent die selectieve distributie toepast. Alle selectieve distributeurs van merk A verkopen ook enkele concurrerende merken. De concurrerende merken worden echter ook verkocht in een groot aantal winkels die niet tot het selectieve distributienet van A behoren. Er bestaan verschillende distributiekanaalen: zo worden de merken B en C verkocht in de meeste van de door A geselecteerde winkels, maar ook in andere winkels die een service van hoge kwaliteit verlenen, en in hypermarkten. Merk D wordt voornamelijk in winkels met een hoog serviceniveau verkocht. De technologie op de betrokken markt evolueert tamelijk snel, en de belangrijkste leveranciers handhaven door middel van reclame een sterk kwaliteitsimago voor hun producten.

De dekkingsratio van selectieve distributie op de betrokken markt bedraagt 35 %. De interbrand-concurrentie wordt niet direct door het selectieve distributiesysteem van A beïnvloed. De intrabrand-concurrentie voor merk A is wellicht beperkt, maar de consumenten hebben toegang tot detailhandelaren met een laag serviceniveau en lage prijzen voor de merken B en C, waarvan het kwaliteitsimago vergelijkbaar is met dat van merk A. Bovendien wordt de toegang tot detailhandelaren met een hoog serviceniveau voor andere merken niet afgesneden, omdat aan de geselecteerde distributeurs geen restricties met betrekking tot de verkoop van concurrerende merken worden opgelegd en omdat het door de kwantitatieve beperking van het aantal detailhandelaren voor merk A andere detailhandelaren met een hoog serviceniveau blijft vrijstaan concurrerende merken te distribueren. In dit geval is het, gezien de serviceverplichtingen en de efficiencyverbeteringen die deze waarschijnlijk opleveren, en gezien het geringe effect op de intrabrand-concurrentie, aarschijnlijk dat aan de voorwaarden voor vrijstelling van het selectieve distributienet van A is voldaan.

- (198) Voorbeeld van selectieve distributie met cumulatief effect:

Op de markt voor een bepaald sportartikel zijn zeven producenten aanwezig, met een marktaandeel van respectievelijk 25, 20, 15, 15, 10, 8 en 7 %. De vijf grootste producenten distribueren hun producten door middel van kwantitatieve selectieve distributie, terwijl de kleinste twee van andere typen van distributiesystemen gebruik maken, hetgeen tot een dekkingspercentage van selectieve distributie van 85 % leidt. De criteria voor toelating tot de selectieve distributienetten zijn bij de verschillende producenten opmerkelijk gelijk: de winkels moeten over opgeleid personeel beschikken en pre-sales-service verlenen; er moet in de winkel een speciale afdeling voor de verkoop van het artikel zijn, waarvan de minimumafmetingen zijn vastgesteld; er moet in de winkel een breed assortiment van het betrokken merk worden verkocht en het artikel moet op een aantrekkelijke wijze worden tentoongesteld; de winkel moet in een winkelstraat gelegen zijn; en het betrokken type van artikel moet ten minste 30 % van de totale omzet van de winkel uitmaken. Meestal wordt dezelfde handelaar voor alle vijf de merken als selectieve distributeur aangewezen. De twee merken waarvoor

geen gebruik van selectieve distributie wordt gemaakt, worden gewoonlijk via minder gespecialiseerde detailhandelaren met een lager serviceniveau verkocht. De markt is stabiel, zowel aan de aanbodzijde als aan de vraagzijde, en het merkimago en de productdifferentiatie zijn sterk. De vijf marktleiders hebben door middel van reclame en sponsoring een sterk merkimago verkregen, terwijl de strategie van de twee kleinere producenten erin bestaat goedkopere producten zonder een sterk merkimago aan te bieden.

Op de betrokken markt wordt aan algemene prijsdiscounters de toegang tot de vijf leidende merken onttrokken. Het vereiste dat dit type van artikel ten minste 30 % van de omzet van de handelaren moet uitmaken, en de criteria inzake presentatie van het product en pre-sales-service maken namelijk dat de meeste prijsdiscounters niet voor toelating tot het net van erkende wederverkopers in aanmerking komen. De consumenten hebben bijgevolg geen andere keuze dan de vijf leidende merken in winkels met een hoog serviceniveau en hoge prijzen te kopen. Dit leidt tot een vermindering van de interbrand-concurrentie tussen de vijf leidende merken. Dit wordt niet gecompenseerd door het feit dat de twee kleinste merken in winkels met een laag serviceniveau en lage prijzen kunnen worden gekocht, omdat het merkimago van de vijf marktleiders veel beter is. De interbrand-concurrentie wordt ook beperkt door het meervoudig distributeurschap. Hoewel er een zekere mate van intrabrand-concurrentie bestaat en het aantal detailhandelaren niet rechtstreeks wordt beperkt, zijn de toelatingscriteria zo streng dat er in elk gebied slechts een klein aantal detailhandelaren voor de vijf leidende merken is.

De efficiencyverbeteringen waarmee deze kwantitatieve selectieve distributiestelsels gepaard gaan, zijn gering: het betreft geen erg complex product, waarvoor een bijzonder hoog serviceniveau niet gerechtvaardigd is. Tenzij de producenten kunnen aantonen dat hun selectief distributienet duidelijk efficiencyverbeteringen oplevert, is het waarschijnlijk dat de groepsvrijstelling zal moeten worden ingetrokken omdat cumulatieve effecten optreden die tot gevolg hebben dat de consument minder keuze heeft en hogere prijzen moet betalen.

2.5. Franchising

- (199) Franchiseovereenkomsten bevatten licenties op intellectuele-eigendomsrechten op met name handelsmerken of emblemen en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of diensten. Naast de licentie op intellectuele-eigendomsrechten verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst commerciële of technische bijstand. De licentie en de bijstand vormen integreerbare bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept. Aan de franchisegever wordt door de franchisenemer voor het gebruik van het betrokken bedrijfscon-

cept over het algemeen een franchisevergoeding betaald. Franchising kan de franchisegever in staat stellen om met beperkte investeringen een uniform distributienet voor zijn producten tot stand te brengen. Naast het verstrekken van een bedrijfsconcept, bevatten franchiseovereenkomsten gewoonlijk een combinatie van verschillende verticale afspraken aangaande de producten die worden gedistribueerd, in het bijzonder selectieve distributie en/of een niet-concurrentiebeding en/of alleenverkoop of een zwakkere vorm daarvan.

(200) De toepassing van de groepsvrijstelling op licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten in franchiseovereenkomsten is behandeld in de punten 23-45. Voor de in een franchiseovereenkomst opgenomen verticale afspraken betreffende de aankoop, verkoop en wederverkoop van goederen en diensten — zoals selectieve distributie, een niet-concurrentiebeding of alleenverkoop — geldt de groepsvrijstelling zolang het marktaandeel van de franchisegever of de door de franchisegever aangewezen leverancier niet meer dan 30 % bedraagt⁽³⁹⁾. De eerder gegeven richtsnoeren met betrekking tot deze typen van afspraken zijn ook op franchising van toepassing, onder voorbehoud van onderstaande bijzondere opmerkingen:

- 1) Overeenkomstig algemene regel 8 (zie punt 119) voldoen de verticale afspraken gemakkelijker aan de voorwaarden voor een vrijstelling naarmate de overdracht van knowhow belangrijker is.
- 2) Een niet-concurrentiebeding, opgelegd met betrekking tot de door de franchisenemer gekochte goederen of diensten, valt buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, wanneer dit beding noodzakelijk is om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden. In dergelijke gevallen is ook de duur van het niet-concurrentiebeding uit het oogpunt van artikel 53, lid 1, irrelevant, zolang deze niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.

(201) Voorbeeld van franchising:

Een producent heeft een nieuwe formule ontwikkeld voor de verkoop van snoep in zogenaemde „fun shops”, waar het snoepgoed op verzoek van de consument speciaal kan worden gekleurd. De producent van het snoepgoed heeft ook de machines voor het kleuren van

het snoepgoed ontwikkeld. De producent maakt ook de kleurvloeistoffen. De kwaliteit en versheid van de vloeistof zijn van vitaal belang voor het verkrijgen van goede snoep. De producent heeft van zijn snoep een succes gemaakt door deze te verkopen in een aantal eigen detailhandelsverkooppunten die allemaal dezelfde naam dragen en er hetzelfde uitzien (inrichting van de winkels in dezelfde stijl, gemeenschappelijke reclame, enz.). Om zijn verkoop uit te breiden, is de producent met een franchisesysteem begonnen. De franchisenemers zijn verplicht het snoepgoed, de vloeistof en de kleurmachine van de producent te kopen; hun winkels moeten er hetzelfde uitzien en dezelfde naam dragen; zij moeten een franchisevergoeding betalen, in de gemeenschappelijke reclame bijdragen en de door de franchisegever opgestelde handleiding geheimhouden. Voorts mogen de franchisenemers alleen vanuit de goedgekeurde winkel verkopen, mogen zij alleen aan eindgebruikers of andere franchisenemers verkopen en mogen zij geen andere snoep verkopen. De franchisegever is verplicht in een bepaald contractgebied geen andere franchisenemer aan te wijzen, noch zelf een detailhandelsverkooppunt te exploiteren. De franchisegever is ook verplicht zijn producten, het uitzicht van de winkels en de handleiding verder te ontwikkelen en deze verbeteringen voor alle franchisenemers beschikbaar te stellen. De franchiseovereenkomsten worden voor 10 jaar gesloten.

Detailhandelaren in snoep kopen hun snoep op een nationale markt, hetzij van binnenlandse producenten die inspelen op de smaak in het land, hetzij van groothandelaren die snoep van buitenlandse producenten importeren en daarnaast ook producten van binnenlandse producenten verkopen. Op deze markt concurreren de producten van de franchisegever met andere snoepmerken. De franchisegever heeft een marktaandeel van 30 % op de markt voor aan detailhandelaren verkochte snoep. Hij ondervindt concurrentie van een aantal nationale en internationale merken, ten dele van grote gediversifieerde levensmiddelenproducenten. Er zijn talrijke potentiële verkooppunten voor snoep: tabakswinkels, kruidenierswinkels, cafetaria's en gespecialiseerde snoepwinkels. Op de markt van machines voor het kleuren van levensmiddelen heeft de franchisegever een marktaandeel van minder dan 10 %.

Van de meeste van de in de franchiseovereenkomsten opgenomen verplichtingen kan worden gesteld dat zij noodzakelijk zijn om intellectuele-eigendomsrechten te beschermen of om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden, en dat zij buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen. De restricties op de verkoop (contractgebied en selectieve distributie) vormen een prikkel voor de franchisenemers om in de kleurmachine en het franchiseconcept te investeren, en zijn, zo al niet noodzakelijk, dan toch nuttig om de gemeenschappelijke identiteit in stand te houden, zodat daardoor de vermindering

⁽³⁹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, overweging 35; en arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-19/91, Vichy/Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-415, punt 65. Zie ook de punten 89-95, in het bijzonder punt 95.

van de intrabrand-concurrentie wordt gecompenseerd. Het niet-concurrentiebeding, waardoor gedurende de volledige looptijd van de overeenkomsten in de winkels geen andere merken van snoep mogen worden verkocht, stelt de franchisegever in staat de eenvormigheid van de verkooppunten te bewaren, en belet concurrenten van zijn handelsnaam te profiteren. Gezien het grote aantal potentiële verkooppunten die voor andere producenten van snoep beschikbaar zijn, leidt het beding niet in noemenswaardige mate tot marktafsluiting. De franchiseovereenkomsten van deze franchisegever voldoen waarschijnlijk aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, voorzover de daarin opgenomen verplichtingen onder toepassing van artikel 53, lid 1, vallen.

2.6. Exclusieve levering

(202) Exclusieve levering, zoals in artikel 1, onder c), van de groepsvrijstelling gedefinieerd, is, wat de beperking van het aantal afnemers betreft, de extreemste vorm van gelimiteerde distributie: in de overeenkomst wordt bepaald dat de leverancier een bepaald eindproduct in de EER slechts aan één afnemer mag verkopen. Bij intermediaire goederen of diensten betekent exclusieve levering dat er in de EER slechts één afnemer is of dat er in de EER slechts één afnemer is die het goed of de dienst met het oog op een bepaald gebruik koopt. Bij intermediaire goederen of diensten wordt exclusieve levering soms „industriële levering” genoemd.

(203) Voor exclusieve levering, zoals in artikel 1, onder c), van de groepsvrijstelling gedefinieerd, geldt krachtens artikel 2, lid 1, juncto artikel 3, lid 2, van dit besluit een vrijstelling zolang het marktaandeel van de afnemer niet meer dan 30 % bedraagt, zelfs in combinatie met andere verticale afspraken die geen „hard-core”-restricties zijn, bijvoorbeeld in combinatie met een niet-concurrentiebeding. Boven de marktaandeeldrempel gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van exclusieve levering in individuele gevallen.

(204) Het grootste risico van exclusieve levering voor de mededinging is dat andere afnemers worden uitgesloten. Het is evident dat het marktaandeel van de afnemer op de upstream-inkoopmarkt een belangrijke factor is om te beoordelen in hoeverre de afnemer bij machte is exclusieve levering, die andere afnemers de toegang tot bevoorrading afsnijdt, „op te leggen”. De positie van de afnemer op de downstream-markt is echter de factor waarvan afhangt of zich een concurrentieprobleem kan voordoen. Wanneer de afnemer op de downstream-markt geen marktmacht bezit, is het onwaarschijnlijk dat merkbare negatieve effecten voor de consument optreden. Negatieve effecten zijn echter te verwachten, wanneer het marktaandeel van de afnemer op de downstream-verkoopmarkt én op de upstream-inkoopmarkt meer dan 30 % bedraagt. Wanneer het marktaandeel van de afnemer op de upstream-markt niet hoger

dan 30 % is, kunnen toch nog belangrijke marktafsluitende effecten optreden, met name wanneer het marktaandeel van de afnemer op zijn downstream-markt 30 % overschrijdt. In dergelijke gevallen kan het noodzakelijk zijn de groepsvrijstelling in te trekken. Neemt een onderneming op de downstream-markt een machtspositie in, dan kan elke verplichting om de producten uitsluitend of hoofdzakelijk aan de dominante afnemer te leveren, gemakkelijk belangrijke concurrentiebeperkende effecten hebben.

(205) Naast de marktpositie van de afnemer op de upstream- en downstream-markt zijn ook de draagwijdte en de duur van de door hem toegepaste exclusieveleveringsverplichting van belang. Hoe groter het aandeel van de gebonden leveringen is en hoe langer de exclusieve levering duurt, des te significanter is waarschijnlijk de marktafsluiting. Exclusieveleveringsovereenkomsten met een looptijd van minder dan vijf jaar, gesloten door ondernemingen zonder machtspositie, vereisen in de regel een afweging van de concurrentiebevorderende en de concurrentiebeperkende effecten, terwijl overeenkomsten met een looptijd van meer dan vijf jaar voor de meeste soorten investeringen niet noodzakelijk worden geacht om de beweerde efficiencyverbeteringen te realiseren, of de efficiencyverbeteringen ontoereikend zijn om het marktafsluitend effect van dergelijke langlopende exclusieveleveringsovereenkomsten te compenseren.

(206) De marktpositie van de concurrerende afnemers op de upstream-markt is een belangrijke factor, omdat concurrerende afnemers waarschijnlijk slechts om concurrentiebeperkende redenen, namelijk om hun kosten te verhogen, zullen worden uitgesloten, wanneer zij aanzienlijk kleiner zijn dan de afnemer die de uitsluiting bewerkstelligt.

Uitsluiting van concurrerende afnemers is niet erg waarschijnlijk, wanneer deze concurrenten dezelfde inkoopmacht bezitten en aan de leveranciers dezelfde afzetmogelijkheden kunnen bieden. In een dergelijk geval zou er slechts sprake kunnen zijn van uitsluiting van potentiële toetreders, die misschien niet in staat zijn zich te bevoorraden wanneer verschillende grote afnemers allen exclusieveleveringsovereenkomsten sluiten met de meerderheid van de leveranciers op de markt. Een dergelijk cumulatief effect kan aanleiding zijn om de groepsvrijstelling in te trekken.

(207) Toetredingsdrempels op het niveau van de leveranciers zijn van belang om te bepalen of er werkelijk sprake is van marktafsluiting. Zolang het voor concurrerende afnemers efficiënt is om zich door middel van opwaartse verticale integratie zelf het goed of de dienst te verschaffen, vormt marktafsluiting waarschijnlijk geen echt probleem. Er bestaan echter vaak belangrijke toetredingsdrempels.

- (208) De tegenmacht van de leveranciers is een relevante factor, omdat grote leveranciers zich niet gemakkelijk de toegang tot alternatieve afnemers zullen laten afsnijden. Er bestaat dus vooral een risico van marktafscherming, wanneer de leveranciers zwak en de afnemers sterk zijn. Wanneer de leveranciers sterk zijn, wordt exclusieve levering soms met een niet-concurrentiebeding gecombineerd. In geval van combinatie met een niet-concurrentiebeding zijn de regels betreffende merkexclusiviteit van toepassing. Wanneer er aan beide zijden sprake is van relatiegebonden investeringen („hold-up”-probleem), is de combinatie van exclusieve levering met een niet-concurrentiebeding, d.w.z. wederzijdse exclusiviteit bij industriële leveringsovereenkomsten, gewoonlijk gerechtvaardigd zolang niet het niveau van de machtspositie wordt bereikt.
- (209) Tenslotte zijn het handelsniveau en de aard van het product van belang voor de vraag of er sprake is van marktafscherming. Marktafscherming is minder waarschijnlijk wanneer het om een intermediair product gaat of wanneer het product homogeen is. Ten eerste kan een uitgesloten producent die een bepaalde input gebruikt, gewoonlijk soepeler op de vraag van zijn klanten reageren dan een groothandelaar/detailhandelaar op de vraag van de eindgebruiker, voor wie het merk een belangrijke rol kan spelen. Ten tweede is het verlies van een potentiële bevoorradingsbron minder erg voor de uitgesloten afnemers wanneer het om een homogeen product gaat dan wanneer het om een heterogeen product gaat dat in verschillende kwaliteiten bestaat.
- (210) Bij homogene intermediaire producten kan, wanneer concurrentiebeperkende effecten optreden, waarschijnlijk een vrijstelling worden verleend beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie. Bij eindproducten van een bepaald merk of gedifferentieerde intermediaire producten kan, wanneer er toetredingsdrempels bestaan, exclusieve levering merkbare concurrentiebeperkende effecten hebben indien de concurrerende afnemers in vergelijking met de betrokken afnemer betrekkelijk klein zijn, ook al neemt deze laatste op de downstream-markt geen machtspositie in.
- (211) Wanneer merkbare concurrentiebeperkende effecten zijn vastgesteld, is, zolang de onderneming geen machtspositie inneemt, een vrijstelling op grond van artikel 53, lid 3, mogelijk. Efficiencyeffecten zijn te verwachten in het geval van een „hold-up”-probleem (punt 116, punten 4 en 5), en dit is waarschijnlijker bij intermediaire producten dan bij eindproducten. Andere efficiencyeffecten zijn minder waarschijnlijk. Mogelijke schaalvoordelen bij de distributie (punt 116, punt 6) lijken exclusieve levering niet te kunnen rechtvaardigen.
- (212) In het geval van een „hold-up”-probleem en nog meer in het geval van schaalvoordelen bij de distributie zou leveringsquotering, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichting tot het leveren van minimumhoeveelheden, zeer wel een minder restrictief alternatief kunnen vormen.
- (213) Voorbeeld van exclusieve levering:
- Op de markt voor een bepaald type van componenten (markt voor intermediaire producten) komt leverancier A met afnemer B overeen dat hij met gebruikmaking van zijn eigen knowhow, middels belangrijke investeringen in nieuwe machines en met behulp van de door afnemer B verstrekte specificaties, een andere versie van de component zal ontwikkelen. B zal belangrijke investeringen moeten doen om de nieuwe component te kunnen verwerken. Overeengekomen wordt dat A het nieuwe product gedurende een periode van vijf jaar nadat het voor het eerst op de markt is gebracht, uitsluitend aan afnemer B zal verkopen. B is gedurende dezelfde periode van vijf jaar verplicht het nieuwe product uitsluitend van A te kopen. A en B mogen andere versies van de component elders blijven verkopen c.q. kopen. Afnemer B heeft een marktaandeel van 40 % op de upstream-markt voor componenten en op de downstream-markt voor eindproducten. Het marktaandeel van de leverancier van de component bedraagt 35 %. Er zijn twee andere leveranciers van componenten, met een marktaandeel van 20 tot 25 %; daarnaast is er een aantal kleinere leveranciers.
- De overeenkomst voldoet, gezien de belangrijke investeringen, waarschijnlijk aan de voorwaarden voor een vrijstelling omdat zij efficiencyverbeteringen oplevert en omdat het marktafschermend effect gering is. Voor andere afnemers wordt de toegang tot een bepaalde versie van een product van een leverancier met een marktaandeel van 35 % afgesneden, en er zijn andere leveranciers van componenten die mogelijk soortgelijke nieuwe producten zullen ontwikkelen. Voor andere leveranciers wordt, voor ten hoogste 40 % van de markt, de toegang tot een gedeelte van de vraag van afnemer B afgesneden.
- (214) Exclusieve levering is gebaseerd op een directe of indirecte verplichting die de leverancier ertoe brengt om slechts aan één afnemer te verkopen. Leveringsquotering is gebaseerd op tussen de leverancier en de afnemer overeengekomen prikkels die tot gevolg hebben dat de leverancier zijn verkoop hoofdzakelijk op één afnemer richt. Leveringsquotering kan dezelfde effecten hebben als exclusieve levering, zij het in mindere mate. Voor het beoordelen van leveringsquotering is bepalend in welke mate ze de upstream-markt voor andere afnemers afschermt.

2.7. Koppeling

- (215) Er is sprake van koppelverkoop, wanneer de leverancier de verkoop van een bepaald product afhankelijk stelt van de koop van een ander, onderscheiden product van de leverancier of van iemand die door de leverancier is aangewezen. Het eerste product wordt het „koppelende” product genoemd, en het tweede product het „gekoppelde” product. Wanneer de gekoppelde verkoop niet objectief gerechtvaardigd wordt door de aard van de producten of door het handelsgebruik, kan een dergelijke praktijk een misbruik in de zin van artikel 54 opleveren⁽⁴⁰⁾. Artikel 53 kan van toepassing zijn op horizontale overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen concurrerende leveranciers waarbij de verkoop van een bepaald product afhankelijk wordt gesteld van de koop van een ander, onderscheiden product. Koppelverkoop kan ook een onder artikel 53 vallende verticale beperking uitmaken, wanneer deze in een verplichting van het type merke exclusiviteit (zie de punten 138-160) voor het gekoppelde product resulteert. Slechts deze laatste situatie wordt in deze richtsnoeren behandeld.
- (216) Wat als een onderscheiden product moet worden beschouwd, wordt in de eerste plaats door de vraag van de afnemers bepaald. Twee producten zijn onderscheiden als, bij afwezigheid van koppelverkoop, vanuit het perspectief van de afnemers deze producten door hen op twee verschillende markten worden gekocht. Een voorbeeld: omdat klanten schoenen mét veters wensen te kopen, is het tot het handelsgebruik gaan behoren dat schoenfabrikanten schoenen met veters leveren. Verkoop van schoenen met veters is bijgevolg geen koppelverkoop. Vaak zijn combinaties tot het gebruik gaan behoren omdat de aard van het product het technisch moeilijk maakt om het ene product zonder het andere product te leveren.
- (217) Het belangrijkste negatieve effect van koppelverkoop op de concurrentie is een mogelijke afscherming van de markt voor het gekoppelde product. Koppelverkoop betekent dat er op zijn minst sprake is van een vorm van afnamequotering met betrekking tot het gekoppelde product. Wanneer bovendien met betrekking tot het gekoppelde product een niet-concurrentiebeding wordt overeengekomen, vergroot dit de kans dat het tot afscherming van de markt voor het gekoppelde product komt. Koppelverkoop kan ook leiden tot prijzen die boven het door concurrentie bepaalde peil liggen, en dit voornamelijk in drie gevallen. Ten eerste, wanneer het koppelende product en het gekoppelde product uit het oogpunt van de afnemer gedeeltelijk substitueerbaar zijn. Ten tweede, wanneer de koppelverkoop prijsdiscriminatie mogelijk maakt naar gelang van het gebruik dat de klant van het koppelende product maakt, bijvoorbeeld het koppelen van de verkoop van inktpatronen aan de verkoop van fotokopieermachines. Ten derde, wanneer het in het geval van langlopende contracten of in het geval van secundaire markten voor originele uitrusting met een lange levensduur moeilijk voor de klanten wordt om de gevolgen van de koppeling in te schatten. Ten slotte kan koppelverkoop ook tot hogere toetredingsdrempels leiden, zowel op de markt voor het koppelende product als op de markt voor het gekoppelde product.
- (218) Voor koppelverkoop geldt krachtens artikel 2, lid 1, juncto artikel 3 van de groepsvrijstelling een vrijstelling wanneer het marktaandeel van de leverancier zowel op de markt voor het gekoppelde product als op de markt voor het koppelende product 30 % of minder bedraagt. Koppelverkoop kan met andere verticale afspraken die niet tot de „hard-core”-restricties behoren, zoals een niet-concurrentiebeding of afnamequotering met betrekking tot het koppelende product, of exclusieve afname, worden gecombineerd. Boven de marktaandeeldrempel gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van koppelverkoop in individuele gevallen.
- (219) De marktpositie van de leverancier op de markt voor het koppelende product is duidelijk van doorslaggevend belang voor het beoordelen van mogelijke concurrentiebeperkende effecten. Over het algemeen wordt dit type van overeenkomst door de leverancier opgelegd. Het belang van de leverancier op de markt voor het koppelende product is de voornaamste reden waarom het voor een afnemer moeilijk kan zijn om een verplichting inzake koppelverkoop te weigeren.
- (220) Voor het beoordelen van de marktmacht van de leverancier is de marktpositie van zijn concurrenten op de markt voor het koppelende product belangrijk. Zolang zijn concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen concurrentiebeperkende effecten te verwachten, omdat de afnemers over genoeg alternatieven beschikken om het koppelende product zonder het gekoppelde product te kopen, tenzij andere leveranciers eveneens koppelverkoop toepassen. Voorts zijn de toetredingsdrempels op de markt voor het koppelende product relevant voor het bepalen van de marktpositie van de leverancier. Wanneer koppelverkoop met een niet-concurrentiebeding met betrekking tot het koppelende product wordt gecombineerd, versterkt dit in aanzienlijke mate de positie van de leverancier.
- (221) Afnemersmacht is een relevante factor, omdat belangrijke afnemers zich niet gemakkelijk tot het aanvaarden van koppelverkoop zullen laten dwingen wanneer de mogelijke efficiencyeffecten hun niet op zijn minst gedeeltelijk ten goede komen. Er bestaat dus vooral een risico van niet op efficiency gebaseerde koppelverkoop in gevallen waarin de afnemers niet over noemenswaardige macht beschikken.
- (222) Wanneer merkbare concurrentiebeperkende effecten worden vastgesteld, rijst, zolang de onderneming geen machtspositie inneemt, de vraag of een vrijstelling op

⁽⁴⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zaak C-333/94, Tetrapak/Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5951, overweging 37.

- grond van artikel 53, lid 3, mogelijk is. Verplichtingen inzake koppelverkoop kunnen bijdragen tot de realisering van efficiencyverbeteringen die voortvloeien uit gezamenlijke productie of gezamenlijke distributie. Wanneer het gekoppelde product niet door de leverancier wordt geproduceerd, kan ook het feit dat de leverancier grote hoeveelheden van het gekoppelde product koopt een efficiencyverbetering opleveren. Wil koppelverkoop voor een vrijstelling in aanmerking komen, dan moet echter worden aangetoond dat deze kostenverlagingen althans ten dele aan de consument worden doorgegeven. Koppelverkoop komt bijgevolg gewoonlijk niet voor een vrijstelling in aanmerking, wanneer de detailhandelaar in staat is dezelfde of gelijkwaardige producten op een regelmatige basis geleverd te krijgen tegen dezelfde of betere condities dan die welke worden aangeboden door de leverancier die de koppelverkoop toepast. Een ander efficiencyeffect kan zijn dat koppelverkoop ertoe bijdraagt voor een zekere eenvormigheid en kwaliteitsnormering te zorgen (zie efficiencyeffect 8 in punt 116). Aangetoond moet echter worden dat de positieve effecten niet op even efficiënte wijze kunnen worden gerealiseerd door van de afnemer te eisen dat hij producten gebruikt of doorverkoopt die aan minimumkwaliteitsnormen voldoen, zonder hem ertoe te verplichten deze van de leverancier of een door de leverancier aangewezen derde te kopen. De eisen inzake minimumkwaliteitsnormen zouden normaliter niet onder toepassing van artikel 53, lid 1, vallen. Wanneer de leverancier van het koppelende product de afnemer verplicht het gekoppelde product te kopen van de leveranciers die hij aanwijst, bijvoorbeeld omdat geen minimumkwaliteitsnormen kunnen worden opgesteld, kan dit ook buiten het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, vallen, in het bijzonder wanneer het aanwijzen van de leveranciers van het gekoppelde product de leverancier van het koppelende product geen direct (financieel) voordeel oplevert.
- (223) Het effect van prijzen die boven het door concurrentie bepaalde peil liggen, wordt op zich als concurrentiebeperkend beschouwd. Het marktafsluitend effect hangt af van het percentage dat de koppelverkoop van de totale verkoop op de markt voor het gekoppelde product uitmaakt. Met betrekking tot de vraag wat op grond van artikel 53, lid 1, als merkbare marktafsluiting kan worden beschouwd, kan de analyse inzake merkexclusiviteit worden toegepast. Boven de marktaandeellimiet van 30 % is een vrijstelling voor koppelverkoop onwaarschijnlijk, tenzij er duidelijk sprake is van efficiencyvoordelen die althans ten dele aan de consument worden doorgegeven. Een vrijstelling is nog minder waarschijnlijk wanneer de koppelverkoop met een niet-concurrentiebeding gepaard gaat, hetzij met betrekking tot het gekoppelde product, hetzij met betrekking tot het koppelende product.
- (224) Intrekking van de groepsvrijstelling is waarschijnlijk, wanneer de koppelverkoop geen efficiencyvoordelen oplevert of wanneer dergelijke efficiencyvoordelen niet aan de consument worden doorgegeven (zie punt 222). Intrekking is ook waarschijnlijk in het geval van een cumulatief effect, wanneer een meerderheid van de leveranciers soortgelijke regelingen inzake koppelverkoop toepast zonder dat de mogelijke efficiencyvoordelen althans ten dele aan de consument worden doorgegeven.
- ## 2.8. Geadviseerde wederverkooprijzen en maximumwederverkooprijzen
- (225) De praktijk van het vaststellen van adviesprijzen voor of het opleggen van maximumprijzen aan de wederverkoper valt — onder voorbehoud van wat in de punten 46-56 over verticale prijsbinding is gezegd — onder de groepsvrijstelling, wanneer het marktaandeel van de leverancier de limiet van 30 % niet overschrijdt. Voor gevallen waarin de marktaandeellimiet wordt overschreden, en voor het geval van intrekking van de groepsvrijstelling gelden onderstaande richtsnoeren.
- (226) Het eerste mogelijke gevaar van maximumprijzen en adviesprijzen voor de mededinging is dat die prijzen als referentiepunt voor de wederverkopers gaan fungeren en wellicht door de meeste of door alle wederverkopers worden toegepast. Een tweede gevaar voor de concurrentie is dat maximumprijzen of adviesprijzen collusie tussen leveranciers kunnen vergemakkelijken.
- (227) De belangrijkste factor voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van maximumprijzen of adviesprijzen is de marktpositie van de leverancier. Hoe sterker de marktpositie van de leverancier is, des te groter is het risico dat een maximumprijs of een adviesprijs tot een min of meer eenvormige toepassing van dat prijspeil door de wederverkopers leidt, omdat zij die prijs misschien als referentiepunt gaan gebruiken. Zij kunnen het als moeilijk ervaren af te wijken van wat hun voorkomt als de geprefereerde wederverkoopprijs, voorgesteld door een dermate belangrijke leverancier op de markt. Onder dergelijke omstandigheden kan de praktijk van het opleggen van een maximumprijs of het vaststellen van een adviesprijs met artikel 53, lid 1, in strijd zijn, indien dit tot een eenvormig prijspeil leidt.
- (228) De op één na belangrijkste factor voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van de praktijk van maximumprijzen en adviesprijzen is de

marktpositie van de concurrenten. Zeker wanneer er sprake is van een oligopolie met slechts enkele leveranciers, kan de praktijk van het toepassen of publiceren van maximumprijzen of adviesprijzen collusie tussen de leveranciers vergemakkelijken, doordat informatie over het geprefereerde prijspeil wordt uitgewisseld en de kans op lagere wederverkoopprijzen kleiner wordt. Ook bij het optreden van dergelijke effecten zal de praktijk van het opleggen van een maximumprijs of het vaststellen van adviesprijzen wellicht in strijd zijn met artikel 53, lid 1.

2.9. Overige verticale afspraken

- (229) De hierboven beschreven verticale afspraken en combinaties vormen slechts een selectie. Er zijn andere afspraken en combinaties van afspraken, waarvoor hier als zodanig geen richtsnoeren worden gegeven. Zij zullen echter worden behandeld op grond van dezelfde beginselen, aan de hand van dezelfde algemene regels en met dezelfde klemtoon op het effect ervan op de markt.
-