

II

(Meddelanden)

MEDDELANDEN FRÅN EUROPEISKA UNIONENS INSTITUTIONER, BYRÅER
OCH ORGAN

EUROPEISKA KOMMISSIONEN

Riktlinjer om vertikala begränsningar

(Text av betydelse för EES)

(2010/C 130/01)

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

	Punkt	Sida
I. INLEDNING	1-7	3
1. Riktlinjernas syfte	1-4	3
2. Tillämplighet av artikel 101 på vertikala avtal	5-7	3
II. VERTIKALA AVTAL SOM GENERELLT INTE OMFATTAS AV ARTIKEL 101.1	8-22	4
1. Avtal av mindre betydelse och små och medelstora företag	8-11	4
2. Agentavtal	12-21	4
2.1. Definition av agentavtal	12-17	4
2.2. Tillämpning av artikel 101.1 på agentavtal	18-21	6
3. Underleverantörsavtal	22	6
III. TILLÄMPNING AV GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNINGEN	23-73	7
1. Gruppundantagsförordningen skapar en trygg hamn	23	7
2. Gruppundantagsförordningens tillämpningsområde	24-46	7
2.1. Definition av vertikala avtal	24-26	7
2.2. Vertikala avtal mellan konkurrerande företag	27-28	8
2.3. Sammanslutningar av detaljister	29-30	9
2.4. Vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter	31-45	9
2.5. Förhållande till andra gruppundantagsförordningar	46	11
3. Särskilt allvarliga begränsningar enligt gruppundantagsförordningen	47-59	11
4. Enskilda fall av särskilt allvarliga försäljningsbegränsningar som kan falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 eller som kan uppfylla villkoren i artikel 101.3	60-64	15
5. Begränsningar som inte omfattas av gruppundantagsförordningen	65-69	16

	Punkt	Sida
6. Uppdelning av avtal	70-71	17
7. En produktportfölj distribueras via samma distributionssystem	72-73	17
IV. ÅTERKALLELSE AV GRUPPUNDANTAGET OCH FÖRKLARING ATT GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNINGEN INTE ÄR TILLÄMPLIG	74-85	18
1. Återkallelseförfarande	74-78	18
2. Icke-tillämpning av gruppundantagsförordningen	79-85	18
V. MARKNADSDEFINITION OCH BERÄKNING AV MARKNADSANDELAR	86-95	19
1. Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad	86	19
2. Den relevanta marknaden för beräkningen av tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen	87-92	19
3. Beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen	93-95	21
VI. TILLÄMPNING I ENSKILDA FALL	96-229	21
1. Analysstruktur	96-127	21
1.1. Negativa effekter av vertikala begränsningar	100-105	22
1.2. Positiva effekter av vertikala begränsningar	106-109	23
1.3. Analysmetoder	110-127	25
1.3.1. Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.1	111-121	25
1.3.2. Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.3	122-127	27
2. Analys av särskilda vertikala begränsningar	128-229	28
2.1. Avtal om försäljning av ett enda varumärke	129-150	28
2.2. Ensamåterförsäljaravtal	151-167	31
2.3. Exklusiv tilldelning av kunder	168-173	35
2.4. Selektiv distribution	174-188	36
2.5. Franchising	189-191	39
2.6. Exklusiva leverantörsavtal	192-202	40
2.7. Förskottsbetalning för tillträde	203-208	42
2.8. Kategoriförvaltningsavtal	209-213	43
2.9. Kopplingsförbehåll	214-222	43
2.10. Begränsning av återförsäljningspriset	223-229	45

I. INLEDNING

1. Riktlinjernas syfte

- 1) I dessa riktlinjer anges principerna för bedömningen av vertikala avtal enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (*) (nedan *artikel 101*) ⁽¹⁾. Begreppet vertikala avtal definieras i artikel 1.1 a i kommissionens förordning (EU) nr 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på kategorier av vertikala avtal och samordnade förfaranden ⁽²⁾ (nedan kallad *gruppundantagsförordningen*) (se punkterna 24–46). Dessa riktlinjer påverkar inte en eventuell parallell tillämplighet av artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan *artikel 102*) på vertikala avtal. Riktlinjerna har följande disposition:

— I avsnitt II (punkterna 8–22) beskrivs vertikala avtal som i allmänhet faller utanför artikel 101.1.

— I avsnitt III (punkterna 23–73) klargörs på vilka villkor gruppundantagsförordningen är tillämplig.

— I avsnitt IV (punkterna 74–85) beskrivs principerna för att återkalla gruppundantaget och för att inte tillämpa gruppundantagsförordningen.

— I avsnitt V (punkterna 86–95) ges vägledning om definitionen av relevant marknad och beräkning av marknadsandelar.

— I avsnitt VI (punkterna 96–229) beskrivs den generella analysstrukturen och kommissionens politik för behandling av enskilda ärenden rörande vertikala avtal.

- 2) Dessa riktlinjer gäller genomgående både varor och tjänster, även om vissa vertikala begränsningar främst används vid återförsäljning av varor. På samma sätt kan vertikala avtal ingås för såväl mellanprodukter och tjänster i mellanledet som för slutprodukter och tjänster i slutledet.

Om annat inte anges gäller analysen och argumenten i dessa riktlinjer alla typer av varor och tjänster och alla handelsled. Med begreppet produkter avses således både varor och tjänster och begreppen leverantör och köpare används för alla handelsled. Gruppundantagsförordningen och riktlinjerna är inte tillämpliga på avtal med slutkonsumenter som inte är företag, eftersom artikel 101 endast gäller avtal mellan företag.

- 3) Kommissionens syfte med att utfärda dessa riktlinjer är att hjälpa företag att göra en egen bedömning av vertikala avtal enligt EU:s konkurrensregler. De kriterier som presenteras i dessa riktlinjer kan inte tillämpas mekaniskt, utan måste tillämpas med vederbörlig hänsyn till de specifika omständigheter som föreligger i varje enskilt ärende. Varje ärende måste bedömas mot bakgrund av dess egna sakförhållanden.

- 4) Dessa riktlinjer påverkar inte den rättspraxis som tribunalen och Europeiska unionens domstol utvecklat om tillämpningen av artikel 101 på vertikala avtal. Kommissionen kommer att fortsätta att övervaka gruppundantagsförordningens och dessa riktlinjers funktion med stöd av marknadsinformation från intressenter och de nationella konkurrensmyndigheterna och kan komma att se över detta tillkännagivande i ljuset av framtida tendenser och mognande insikter.

2. Tillämplighet av artikel 101 på vertikala avtal

- 5) Artikel 101 är tillämplig på vertikala avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen (nedan kallade *vertikala begränsningar*) ⁽³⁾. Artikel 101 är rättslig grund för bedömning av vertikala begränsningar och i artikeln beaktas distinktionen mellan konkurrenshämmande och konkurrensfrämjande effekter. I artikel 101.1 förbjuds avtal som märkbart begränsar eller snedvrider konkurrensen, och i artikel 101.3 undantas avtal som ger så stora fördelar att de uppväger de konkurrenshämmande effekterna ⁽⁴⁾.

(*) Med verkan från och med den 1 december 2009 har artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget ersatts av artikel 101 respektive 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Innehållet i bestämmelserna är dock i sak oförändrat. I detta tillkännagivande bör hänvisningar till artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget i förekommande fall förstås som hänvisningar till artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Genom EUF-fördraget infördes också vissa terminologiska förändringar, så t.ex. ersattes "gemenskapen" av "unionen" och "gemensamma marknaden" av "inre marknaden". I detta tillkännagivande används EUF-fördragets terminologi genomgående.

⁽¹⁾ Riktlinjerna ersätter Tillkännagivande från kommissionen - Riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291, 13.10.2000, s. 1.

⁽²⁾ EUT L 102, 23.4.2010, s. 1.

⁽³⁾ Se bl.a. domstolens domar i de förenade målen 56/64 och 58/64, *Grundig-Consten* mot *kommissionen*, REG 1966, s. 229; svensk specialutgåva volym I, s. 277 i mål 56/65, *Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm GmbH*, REG 1966, s. 235; svensk specialutgåva volym I, s. 251, samt förstainstansrättens dom i mål T-77/92, *Parker Pen Ltd* mot *kommissionen*, REG 1994, s. II-549.

⁽⁴⁾ Se Meddelande från kommissionen – tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97, om kommissionens gängse metod och tolkning av villkoren för att tillämpa artikel 101.1 och särskilt artikel 101.3.

- 6) I fråga om de flesta vertikala begränsningar kan konkurrensproblem uppstå endast om konkurrensen i ett eller flera handelsled är otillräcklig, det vill säga om det finns en viss grad av marknads-makt i leverantörs- eller köparledet eller i båda dessa led. Vertikala begränsningar är i regel mindre skadliga än horisontella begränsningar och kan ge goda möjligheter till effektivitetsvinster.
- 7) Syftet med artikel 101 är att se till att företag inte använder avtal – i detta fall vertikala avtal – till att begränsa konkurrensen på marknaden till skada för konsumenterna. Att bedöma vertikala begränsningar är också viktigt för att uppnå det övergripande målet att skapa en integrerad inre marknad. Marknadsintegration ökar konkurrensen inom Europeiska unionen. Företag bör inte tillåtas att återupprätta privata barriärer mellan medlemsstaterna där statliga barriärer har avskaffats med framgång.

II. VERTIKALA AVTAL SOM GENERELLT INTE OMFATTAS AV ARTIKEL 101.1

1. Avtal av mindre betydelse och små och medelstora företag

- 8) Avtal som inte kan påverka handeln mellan medlemsstater märkbart eller som inte kan ha till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen märkbart omfattas inte av artikel 101.1. Gruppundantagsförordningen är endast tillämplig på avtal som omfattas av artikel 101.1. Dessa riktlinjer påverkar inte tillämpningen av kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (*de minimis*) ⁽¹⁾ eller eventuella framtida tillkännagivanden om avtal av mindre betydelse.
- 9) Vertikala avtal som ingås mellan icke konkurrerande företag vars individuella marknadsandel på den relevanta marknaden inte överstiger 15 % anses i allmänhet falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1, med förbehåll för de villkor som anges i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse om särskilt allvarliga begränsningar och frågor som rör kumulativa effekter ⁽²⁾. Det finns ingen presumtion för att vertikala avtal som ingås av företag med en marknadsandel på över 15 % automatiskt strider mot artikel 101.1. Det kan även vara så att avtal mellan företag som ligger över tröskelvärdet på 15 % för marknadsandelar fortfarande saknar en märkbar

effekt på handeln mellan medlemsstater eller inte utgör en märkbar begränsning av konkurrensen ⁽³⁾. Sådana avtal måste bedömas i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang. Kriterierna för bedömningen av enskilda avtal anges i punkterna 96–229.

- 10) I fråga om särskilt allvarliga begränsningar, som behandlas i meddelandet om avtal av mindre betydelse, kan artikel 101.1 tillämpas under tröskelvärdet på 15 %, förutsatt att begränsningarna har en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstater och på konkurrensen. Gällande rättspraxis från domstolen och tribunalen är av betydelse i detta hänseende ⁽⁴⁾. Man kan också behöva bedöma positiva och negativa effekter av särskilt allvarliga begränsningar på det sätt som beskrivs särskilt i punkt 47 i dessa riktlinjer.
- 11) Förutom när det gäller kumulativa effekter och särskilt allvarliga begränsningar anser kommissionen dessutom att vertikala avtal mellan små och medelstora företag, enligt definitionen i bilagan till kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag ⁽⁵⁾, sällan kan begränsa konkurrensen i den mening som anges i artikel 101.1 och därför generellt faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1. Om sådana avtal ändå uppfyller villkoren för tillämpning av artikel 101.1, avstår kommissionen i regel från att inleda förfaranden, med hänsyn till att intresset för Europeiska unionen inte är tillräckligt, om inte dessa företag kollektivt eller enskilt har en dominerande ställning på en väsentlig del av den inre marknaden.

2. Agentavtal

2.1) Definition av agentavtal

- 12) En agent är en juridisk eller fysisk person med befogenhet att förhandla och/eller ingå avtal på en annan persons vägnar (huvudman), antingen i agentens eller huvudmannens namn, om

— inköp av varor eller tjänster för huvudmannen eller

— försäljning av varor eller tjänster som tillhandahålls av huvudmannen.

⁽¹⁾ EGT C 368, 22.12.2001, s. 13.

⁽²⁾ Om det gäller avtal mellan konkurrerande företag är tröskelvärdet för avtal av mindre betydelse en sammanlagd marknadsandel på 10 % på varje relevant marknad som berörs av avtalet.

⁽³⁾ Se förstainstansrättens dom i mål T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH mot kommissionen*, REG 1995, s. II-1533, punkt 98.

⁽⁴⁾ Se domstolens domar i mål 5/69, *Völk mot Vervaeke*, REG 1969, s. 295; svensk specialutgåva volym I, s. 409, och i mål 1/71, *Cadillon mot Höss*, REG 1971, s. 351 och i mål C-306/96, *Javico mot Yves Saint Laurent*, REG 1998, s. I-1983, punkterna 16 och 17.

⁽⁵⁾ EUT L 124, 20.5.2003, s. 36.

- 13) Det avgörande vid bedömningen av om ett avtal är ett agentavtal i samband med tillämpning av artikel 101.1 är den ekonomiska eller kommersiella risk som agenten bär i fråga om de verksamheter för vilka denne av huvudmannen utsetts som agent⁽¹⁾. Det är i detta sammanhang inte relevant för bedömningen huruvida agenten agerar för en eller flera huvudmän. Inte heller parternas egen eller den nationella lagstiftningens klassificering av avtalet är relevant för bedömningen.
- 14) Det finns tre typer av ekonomiska eller kommersiella risker som är relevanta för att ett avtal ska klassificeras som ett agentavtal i samband med tillämpning av artikel 101.1. För det första finns det avtalsspecifika risker som är direkt knutna till de avtal som agenten förhandlar om eller ingår på huvudmannens vägnar, såsom finansiering av lager. För det andra finns det risker som har samband med marknadsspecifika investeringar. Det är investeringar som krävs specifikt för den verksamhetstyp för vilken huvudmannen har utsett agenten, dvs. som krävs för att agenten ska kunna ingå och/eller förhandla om denna typ av avtal. Sådana investeringar kan vanligtvis inte återfås, vilket betyder att om huvudmannen lämnar just det verksamhetsområdet kan investeringen inte utan betydande förluster användas för andra verksamheter eller säljas. För det tredje finns det risker som har samband med andra verksamheter på samma produktmarknad, om huvudmannen begär att agenten ska delta i sådan verksamhet – men inte som agent på huvudmannens vägnar utan på egen risk.
- 15) Vid tillämpningen av artikel 101.1 kommer avtalet att klassificeras som ett agentavtal om agenten inte bär någon eller endast en obetydlig risk i fråga om de avtal som ingås och/eller förhandlas på huvudmannens vägnar och som avser investeringar som är marknadsspecifika för det verksamhetsområdet, och som har samband med andra verksamheter som huvudmannen begär ska genomföras på samma produktmarknad. Risker som är knutna till själva verksamheten med att tillhandahålla agenturtjänster i allmänhet är dock inte relevanta för denna bedömning. Exempel på sådana risker är risken för att agentens inkomst blir beroende av framgången som agent eller risker i samband med generella investeringar i t.ex. lokaler eller personal.
- 16) Vid tillämpning av artikel 101.1 kommer ett avtal därmed i allmänhet att anses vara ett agentavtal om äganderätten till avtalsvaror som köps eller säljs inte övergår på agenten eller om agenten inte själv tillhandahåller avtals-tjänster och om agenten
- a) inte bidrar till kostnaderna i samband med leverans/inköp av avtalsvaror eller avtals-tjänster, inbegripet kostnader för transport av varorna, vilket emellertid inte utesluter att agenten genomför transporten, förutsatt att kostnaderna täcks av huvudmannen,
- b) inte på egen bekostnad och på egen risk lagerhåller avtalsvarorna, inbegripet kostnaderna för att finansiera lagren och kostnaderna för lagerförluster och kan returnera osålda varor till huvudmannen utan avgift, såvida inte agenten är ansvarig för fel (t.ex. genom att inte vidta rimliga säkerhetsåtgärder för att undvika lagerförluster),
- c) inte ansvarar gentemot tredje man för skada som orsakas av den sålda produkten (produktansvar), såvida inte denne i egenskap av agent är ansvarig för fel i detta hänseende,
- d) inte ansvarar för kunders underlåtenhet att fullgöra avtalet, med undantag för förlusten av agentens provision, såvida agenten inte är ansvarig för fel (t.ex. genom att inte vidta rimliga säkerhets- eller stöldskyddsåtgärder eller att inte vidta rimliga åtgärder i fråga om att anmäla stölden till huvudmannen eller polisen eller att inte ge huvudmannen all nödvändig information om kundens finansiella ställning),
- e) inte, direkt eller indirekt, är skyldig att investera i säljfrämjande verksamhet, såsom bidrag till huvudmannens reklambudget,
- f) inte gör marknadsspecifika investeringar i utrustning, lokaler eller utbildning av personal, som t.ex. en tank för lagring av bensin vid återförsäljning av bensin eller särskild programvara för försäljning av försäkringar när det gäller försäkringsagenter, såvida inte huvudmannen betalar full ersättning för dessa kostnader,
- g) inte genomför andra verksamheter på samma produktmarknad som huvudmannen begär ska genomföras, såvida inte huvudmannen betalar full ersättning för dessa verksamheter.
- ⁽¹⁾ Se förstainstansrättens dom av den 15 september 2005 i mål T-325/01, *Daimler Chrysler mot kommissionen*, REG 2005, s. II-3319, domstolens domar av den 14 december 2006 i mål C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mot CEPSA*, REG 2006, s. I-11987, och av den 11 september 2008 i mål C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA mot LV Tobar e Hijos SL*, REG 2008, s. I-6681.

- 17) Denna förteckning är inte uttömmande. Om agenten däremot bär en eller flera av de risker eller kostnader som anges i punkterna 14, 15 och 16 kommer avtalet mellan agenten och huvudmannen inte att betraktas som ett agentavtal. Frågan om risk måste bedömas från fall till fall och med hänsyn till den faktiska ekonomiska situationen snarare än dess juridiska form. Av praktiska skäl kan riskanalysen inledas med en bedömning av de avtals-specifika riskerna. Om agenten bär avtalspecifika risker är det tillräckligt för att konstatera att agenten är en fristående återförsäljare. Om agenten däremot inte bär avtalspecifika risker är det nödvändigt att fortsätta analysen genom att bedöma de risker som hänger samman med marknadsspecifika investeringar. Om agenten varken bär avtalspecifika risker eller risker som hänger samman med marknadsspecifika investeringar kan det bli nödvändigt att bedöma riskerna i samband med annan begärd verksamhet på samma produktmarknad.

2.2) Tillämpning av artikel 101.1 på agentavtal

- 18) När det är fråga om ett agentavtal enligt definitionen i avsnitt 2.1, utgör agentens försäljnings- och inköpsuppgifter en del av huvudmannens verksamhet. Eftersom huvudmannen tar de kommersiella och finansiella riskerna vid försäljning och inköp av avtalsvaror och avtalstjänster faller alla skyldigheter som agenten åläggs i förhållande till avtal som ingås och/eller förhandlas på huvudmannens vägnar utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1. Följande skyldigheter för agenten anses utgöra en integrerad del av ett agentavtal, eftersom var och en av dem avser huvudmannens möjlighet att fastställa omfattningen av agentens verksamhet i fråga om avtalsvaror eller avtalstjänster, vilket är av avgörande betydelse om det är huvudmannen som ska stå för all risk och därför måste vara i stånd att fastställa affärsstrategi:

a) Begränsningar av det geografiska område där agenten kan sälja varorna eller tjänsterna.

b) Begränsningar av vilka kunder agenten får sälja varorna eller tjänsterna till.

c) Priserna och villkoren för agentens försäljning eller inköp av varorna eller tjänsterna.

- 19) Förutom att reglera villkoren för agentens försäljning eller inköp av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna på huvudmannens vägnar, innehåller agentavtal också ofta bestämmelser angående förhållandet mellan agenten och huvudmannen. De kan särskilt innehålla en bestämmelse som hindrar huvudmannen från att utse andra agenter i fråga om en viss typ av transaktion, kund eller område (exklusiva agentavtal) och/eller en bestämmelse som hindrar agenten från att agera som agent eller återförsäljare för företag som konkurrerar med huvudmannen (bestämmelser om att representera ett enda varumärke). Eftersom

agenten är ett eget företag separat från huvudmannen kan bestämmelserna om förhållandet mellan agenten och huvudmannen stå i strid med artikel 101.1. Bestämmelser om att agenten ska företräda ett enda varumärke har i allmänhet inte konkurrenshämmande effekter. Bestämmelser om att företräda ett enda varumärke och konkurrensklausuler som gäller efter det att avtalet har löpt ut och avser konkurrens mellan varumärken, kan utgöra en överträdelse av artikel 101.1 om de leder eller bidrar till (kumulativ) avskärmning av den relevanta marknaden där avtalsvarorna eller avtalstjänsterna säljs eller köps (se avsnitt VI.2.1). Sådana bestämmelser kan omfattas av gruppundantagsförordningen, särskilt om villkoren i artikel 5 i den förordningen är uppfyllda. De kan också vara berättigade i det enskilda fallet på grund av effektivitetsvinster enligt artikel 101.3, vilket beskrivs bland annat i punkterna 144-148.

- 20) Ett agentavtal kan också omfattas av artikel 101.1, även om huvudmannen bär hela den relevanta ekonomiska och kommersiella risken, om det underlättar samverkan. Det skulle till exempel kunna vara fallet om ett flertal huvudmän använder samma agenter och kollektivt utesluter andra från att använda dessa agenter eller om de använder agenterna för att samverka om marknadsstrategier eller för att utbyta känslig marknadsinformation mellan huvudmännen.

- 21) Om agenten bär en eller flera av de relevanta risker som beskrivs i punkt 16, betraktas avtalet mellan agenten och huvudmannen inte som ett agentavtal vid tillämpning av artikel 101.1. I ett sådant läge kommer agenten att behandlas som ett fristående företag och avtalet mellan agenten och huvudmannen omfattas av artikel 101.1 i som varje annat vertikalt avtal.

3. Underleverantörsavtal

- 22) Underleverantörsavtal föreligger när en uppdragsgivare tillhandahåller teknik eller utrustning till en underleverantör som åtar sig att producera vissa produkter med hjälp av tekniken eller utrustningen (exklusivt) för uppdragsgivarens räkning. Sådana avtal omfattas av kommissionens tillkännagivande av den 18 december 1978 om bedömningen av vissa underleverantörsavtal med hänsyn till artikel 85.1 i EEG-fördraget ⁽¹⁾. Enligt det tillkännagivandet, som fortfarande gäller, omfattar artikel 101.1 i regel inte avtal genom vilka underleverantören åtar sig att producera vissa produkter endast för uppdragsgivarens räkning, under förutsättning att tekniken eller utrustningen är nödvändig för att underleverantören ska kunna producera produkterna. Däremot kan andra begränsningar som åläggs underleverantören, till exempel skyldigheten att inte utföra eller utnyttja egen forskning och utveckling eller ett allmänt förbud mot att producera för tredje parter räkning, omfattas av artikel 101 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ EGT C 1, 3.1.1979, s. 2.

⁽²⁾ Se punkt 3 i tillkännagivandet om underleverantörsavtal.

III. TILLÄMPNING AV GRUPPUNDANTAGS-FÖRORDNINGEN

1. Gruppundantagsförordningen skapar en trygg hamn

- 23) I fråga om de flesta vertikala begränsningar kan konkurrensproblem uppstå endast om konkurrensen i ett eller flera handelsled är otillräcklig, dvs. om det finns en viss grad av marknads-makt i leverantörs- eller köparledet eller i båda dessa led. Gruppundantagsförordningen skapar en presumtion för att vertikala avtal är lagliga, beroende på vilken marknadsandel köparen eller säljaren har, under förutsättning att dessa avtal inte innehåller särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. Enligt artikel 3 i gruppundantagsförordningen är det leverantörens marknadsandel på den marknad där denna säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna och köparens marknadsandel på den marknad där denna köper avtalsvarorna eller avtalstjänsterna som avgör om gruppundantaget är tillämpligt. För att gruppundantaget ska gälla får varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiga 30 %. I avsnitt V i dessa riktlinjer ges vägledning om definitionen av relevant marknad och beräkning av marknadsandelar. Ovanför tröskelvärde på 30 % finns det ingen presumtion om att vertikala avtal omfattas av artikel 101.1 eller att de inte uppfyller villkoren i artikel 101.3, men det finns heller ingen presumtion om att vertikala avtal som omfattas av artikel 101.1 i regel uppfyller villkoren i artikel 101.3.

2. Gruppundantagsförordningens tillämpningsområde

2.1) Definition av vertikala avtal

- 24) I artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen definieras ett vertikalt avtal som "ett avtal eller samordnat förfarande som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster".
- 25) Den definition av vertikalt avtal som avses i punkt 24 innehåller fyra huvudinslag:
- a) Gruppundantagsförordningen gäller avtal och samordnade förfaranden. Gruppundantagsförordningen gäller inte ensidiga åtgärder från de berörda företagens sida. Sådana ensidiga åtgärder kan omfattas av artikel 102, som förbjuder missbruk av dominerande ställning. För att det ska vara fråga om ett avtal i den mening som avses i artikel 101 är det tillräckligt att parterna har uttryckt sin gemensamma avsikt att uppträda på ett visst sätt på marknaden. Det har ingen betydelse i

vilken form avsikten uttrycks, så länge det verkligen är parternas faktiska avsikt som uttrycks. Om det inte finns något konkret avtal som uttrycker samförstånd måste kommissionen visa att den ena partens ensidiga policy har fått den andra partens samtycke. För vertikala avtal finns det två sätt att fastställa samtycke med en viss ensidig policy. För det första kan man dra slutsatsen att det finns ett samtycke genom de befo-genheter som parterna har gett varandra i ett allmänt avtal utarbetat i förväg. Om bestämmelserna i det avtal som utarbetats i förväg ger en part rätt att senare anta en viss ensidig policy som kommer att vara bindande för den andra parten, kan man av detta dra slutsatsen att den andra parten har lämnat sitt samtycke till denna policy⁽¹⁾. För det andra, om det inte finns något sådant uppenbart samtycke, kan kommissionen visa att det finns ett underförstått samtycke. För detta är det nödvändigt att visa att en part uttryckligen eller underförstått kräver att den andra parten samarbetar för att genomföra den förras ensidiga policy och att den andra parten har gjort detta genom att tillämpa den ensidiga policyn i praktiken⁽²⁾. Om t.ex. en leverantör meddelar att den ensidigt kommer att minska leveranserna för att hindra parallellhandel och återförsäljarna omedelbart minskar sina beställningar och upphör med parallellhandel, så har återförsäljarna underförstått givit sitt samtycke till leverantörens ensidiga policy. Den slutsatsen kan emellertid inte dras om återförsäljarna fortsätter att bedriva parallellhandel eller försöker hitta nya sätt att bedriva parallellhandel. För vertikala avtal kan man dra slutsatsen om tyst samtycke på grundval av graden av tvång som en part använder för att påtvinga den andra avtalsparten eller de andra avtalsparterna sin ensidiga policy i kombination med antalet återförsäljare som faktiskt i praktiken tillämpar leverantörens ensidiga policy. Om en leverantör t.ex. inrättar ett system med kontroll och straff för att bestraffa de återförsäljare som inte tillämpar dess ensidiga policy, och om detta system ger leverantören möjlighet att i praktiken genomföra sin policy, så är det ett tecken på tyst samtycke med leverantörens ensidiga policy. De två metoder för att fastställa tyst samtycke som beskrivs i detta led kan användas samtidigt.

- b) Avtalet eller det samordnade förfarandet har ingåtts mellan två eller flera företag. Vertikala avtal med slutkonsumenter som inte bedriver företagsverksamhet omfattas inte av gruppundantagsförordningen. Mera generellt uttryckt omfattas avtal med slutkonsumenter inte av artikel 101.1, eftersom den artikeln endast är tillämplig på avtal mellan företag, beslut av företags-sammanslutningar och samordnade förfaranden mellan företag. Detta påverkar inte en eventuell tillämpning av artikel 102.

⁽¹⁾ Domstolens dom av den 13 juli 2006 i mål C-74/04 P, kommissionen mot Volkswagen AG, REG 2006, s. I-6585.

⁽²⁾ Förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer AG mot kommissionen, REG 2000, s. II-3383.

c) Avtalet eller det samordnade förfarandet har ingåtts mellan företag som vart och ett, inom ramen för avtalet, är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Detta innebär till exempel att ett företag tillverkar ett råmaterial som det andra företaget använder som insatsvara eller att det första företaget är en tillverkare, det andra en grossist och det tredje en detaljist. Detta utesluter inte att ett företag är verksamt i fler än ett led i produktions- eller distributionskedjan.

d) Avtalen eller de samordnade förfarandena avser de villkor som gäller för avtalsparterna, leverantören och köparen vid "inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster". Detta återspeglar ett av målen med gruppundantagsförordningen, nämligen att den ska omfatta inköpsavtal och återförsäljaravtal. Det är avtal som avser villkoren för inköp, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster som leverantören tillhandahåller och/eller avtal som avser villkoren för köparens försäljning av de varor och tjänster, i vilka dessa varor eller tjänster ingår. Både de varor eller tjänster som leverantören tillhandahåller och de slutliga varorna eller tjänsterna betraktas som avtalsvaror eller avtalstjänster enligt gruppundantagsförordningen. Vertikala avtal om alla varor och tjänster, såväl mellanprodukter och slutprodukter som tjänster i mellanledet och slutledet, omfattas. Det enda undantaget är bilsektorn, så länge denna sektor omfattas av ett särskilt gruppundantag i enlighet med kommissionens förordning (EG) nr 1400/2002 den 31 juli 2002 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn ⁽¹⁾ eller en senare förordning som ersätter denna. Köparen kan återförsälja de varor eller tjänster som leverantören tillhandahåller eller använda dem som insatsvaror i sin egen produktion av varor eller tjänster.

26) Gruppundantagsförordningen är även tillämplig på varor som sålts och köpts in för att hyras ut till tredje man. Hyres- och leasingavtal omfattas dock inte i sig av förordningen, eftersom inga varor eller tjänster säljs till köparen. Mera generellt omfattar gruppundantagsförordningen inte begränsningar eller skyldigheter som inte har anknytning till villkoren för inköp, försäljning och återförsäljning som parterna kan ha infört i ett i övrigt vertikalt avtal, t.ex. en skyldighet som hindrar parter från att utföra självständig forskning och utveckling. Dessutom utesluter artikel 2.2 2.5 i gruppundantagsförordningen direkt eller indirekt vissa vertikala avtal från den förordningens tillämpningsområde.

⁽¹⁾ EGT L 203, 1.8.2002, s. 30.

⁽²⁾ EGT C 3, 6.1.2001, s. 2. En översyn av dessa riktlinjer är förestående.

2.2) Vertikala avtal mellan konkurrerande företag

27) I artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen utesluts uttryckligen "vertikala avtal som ingås mellan konkurrerande företag" från förordningens tillämpningsområde. Vertikala avtal mellan konkurrerande företag behandlas såvitt avser möjliga samförståndseffekter i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal ⁽²⁾. De vertikala aspekterna av sådana avtal måste dock bedömas enligt de här riktlinjerna. I artikel 1.1 c i gruppundantagsförordningen definieras ett konkurrerande företag som "en faktisk eller potentiell konkurrent". Två företag betraktas som faktiska konkurrenter om de är verksamma på samma relevanta marknad. Ett företag betraktas som en potentiell konkurrent till ett annat företag om det är troligt att det företaget utan ett avtal, vid en liten men bestående höjning av relativpriserna, på kort tid (i regel inom ett år) kommer att göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller betala andra nödvändiga omställningskostnader för att komma in på den relevanta marknad där det andra företaget är verksamt. Denna bedömning måste göras på realistiska grunder. Det räcker inte med att det finns en teoretisk möjlighet till marknadsinträde ⁽³⁾. En återförsäljare som tillhandahåller specifikationer till en tillverkare för att tillverka vissa varor under återförsäljarens varumärke ska inte betraktas som tillverkare av sådana varor under eget märke.

28) Artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen innehåller två undantag från den generella bestämmelsen om att vertikala avtal mellan konkurrerande företag är uteslutna. Dessa undantag avser icke-ömsesidiga avtal. Icke-ömsesidiga avtal mellan konkurrerande företag omfattas av gruppundantagsförordningen, om a) leverantören är tillverkare och återförsäljare av varor medan köparen endast är återförsäljare och inte dessutom ett konkurrerande företag i tillverkningsledet, eller b) leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled medan köparen är verksam i detaljistledet och inte är ett konkurrerande företag i det handelsled där denne köper avtalstjänster. Det första undantaget avser situationer med dubbel återförsäljning, dvs. när en tillverkare av vissa varor också agerar som återförsäljare av varorna i konkurrens med fristående återförsäljare av varorna. Vid dubbel återförsäljning anses det att en eventuell inverkan på konkurrensförhållandet mellan tillverkare och detaljist i detaljistledet i allmänhet är mindre viktig än det vertikala leveransavtalets eventuella inverkan på konkurrensen i tillverknings- eller detaljistledet mer allmänt. Det andra undantaget avser liknande situationer med dubbel återförsäljning, i detta fall av tjänster, där leverantören också tillhandahåller tjänster i detaljistledet där köparen är verksam.

⁽³⁾ Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 9.12.1997, s. 5, punkterna 20–24, kommissionens trettonde rapport om konkurrenspolitiken, punkt 55 samt kommissionens beslut 90/410/EEG i ärende IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin*, EGT L 209, 8.8.1990, s. 15.

2.3) Sammanslutningar av detaljister

29) Enligt artikel 2.2 i gruppundantagsförordningen ska förordningen tillämpas på vertikala avtal som ingås av en företagssammanslutning som uppfyller vissa villkor. Vertikala avtal som ingås av andra typer av sammanslutningar omfattas inte av förordningen. Vertikala avtal som ingås mellan en sammanslutning och dess medlemmar, eller mellan en sammanslutning och dess leverantörer, omfattas av gruppundantagsförordningen endast om alla dess medlemmar är detaljister för varor (inte tjänster) och om varje enskild medlem i sammanslutningen har en årsomsättning som inte överstiger 50 miljoner euro. Detaljister är återförsäljare som säljer varor till slutkonsumenter. Om endast ett begränsat antal medlemmar i sammanslutningen har en omsättning som överstiger tröskelvärdet på 50 miljoner euro och om dessa medlemmar tillsammans har en omsättning som utgör mindre än 15 % av samtliga medlemmars sammanlagda omsättning, påverkar detta normalt inte bedömningen enligt artikel 101.

30) Inom en sammanslutning av företag kan både horisontella och vertikala avtal ingås. Horisontella avtal måste bedömas enligt principerna i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal⁽¹⁾. Om denna bedömning leder till slutsatsen att ett samarbete mellan företag om inköp eller försäljning är godtagbart, är det nödvändigt att göra en ytterligare bedömning av de vertikala avtal som ingåtts mellan sammanslutningen och dess leverantörer eller dess enskilda medlemmar. Den sistnämnda bedömningen kommer att följa reglerna i gruppundantagsförordningen och dessa riktlinjer. Horisontella avtal som ingåtts mellan medlemmarna i sammanslutningen eller beslut antagna av sammanslutningen, t.ex. beslut att kräva att medlemmarna gör sina inköp från sammanslutningen eller beslut att fördela områden med ensamrätt till medlemmarna, måste först bedömas som horisontella avtal. Om den bedömningen leder till slutsatsen att det horisontella avtalet är godtagbart blir det nödvändigt att bedöma de vertikala avtalen mellan sammanslutningen och enskilda medlemmar eller mellan sammanslutningen och leverantörer.

2.4) Vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter

31) Enligt artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen ska förordningen tillämpas på vertikala avtal som innehåller bestämmelser om överlåtelse av immateriella rättigheter till köparen eller köparens användning av dessa. Därigenom utesluts alla andra vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter från förordningens tillämpningsområde. Gruppundantagsförordningen är tillämplig på vertikala avtal som innehåller regler om immateriella rättigheter när följande fem villkor är uppfyllda:

a) Avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter måste utgöra en del av ett vertikalt avtal, dvs. ett avtal som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.

b) De immateriella rättigheterna måste överlåtas eller licensieras till köparen.

c) Bestämmelserna om immateriella rättigheter får inte utgöra det primära syftet med avtalet.

d) Bestämmelserna om immateriella rättigheter måste ha direkt avseende på köparens eller dennes kunders användning, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster. När det gäller franchising där marknadsföring är syftet med att utnyttja de immateriella rättigheterna, distribueras varorna eller tjänsterna av huvudfranchisetagaren eller franchisetagarna.

e) När det gäller avtalsvarorna eller avtalstjänsterna får bestämmelserna om immateriella rättigheter inte innehålla konkurrensbegränsningar som har samma syfte som vertikala begränsningar, vilka inte är undantagna enligt gruppundantagsförordningen.

32) Dessa villkor garanterar att gruppundantagsförordningen är tillämplig på vertikala avtal där användningen, försäljningen eller återförsäljningen av varor eller tjänster kan göras effektivare genom att immateriella rättigheter överläts eller licensieras till köparen. Med andra ord kan begränsningar för överlåtelsen eller användningen av immateriella rättigheter omfattas av förordningen när huvudsyftet med avtalet är inköp eller distribution av varor eller tjänster.

33) Det första villkoret gör klart att de immateriella rättigheterna ska tillhandahållas i samband med ett avtal om att köpa in eller distribuera varor eller ett avtal om att köpa in eller tillhandahålla tjänster och inte i samband med ett avtal om att överlåta eller licensiera immateriella rättigheter för tillverkning av varor och inte heller ett renodlat licensavtal. Gruppundantagsförordningen omfattar till exempel inte följande avtal:

a) Avtal där en part tillhandahåller en annan part ett recept och ger denne licens för att tillverka en dryck med receptet.

b) Avtal enligt vilka en part tillhandahåller en annan part en schablon eller ett original och ger denne licens för att tillverka och distribuera kopior.

c) Att bevilja licens på ett varumärke eller en logo i marknadsföringssyfte.

⁽¹⁾ Se punkt 27.

d) Sponsoravtal om rätten att göra reklam för sig själv i egenskap av officiell sponsor för ett evenemang.

e) Att bevilja licens för upphovsrätt, såsom sändningsavtal som rör rätten att spela in och/eller rätten att sända ett evenemang.

34) Det andra villkoret gör klart att gruppundantagsförordningen inte är tillämplig när de immateriella rättigheterna tillhandahålls av köparen till leverantören, oavsett om de berör tillverknings- eller distributionsmetoden. Ett avtal som avser överföring av immateriella rättigheter till leverantören och som innehåller eventuella begränsningar av försäljningen från leverantörens sida omfattas inte av gruppundantagsförordningen. Detta betyder framför allt att underleverantörsavtal som innebär överföring av know-how till en underleverantör⁽¹⁾ inte omfattas av gruppundantagsförordningens tillämpningsområde (se även punkt 22). Vertikala avtal enligt vilka köparen endast tillhandahåller specifikationer till leverantören som beskriver de varor eller tjänster som ska levereras omfattas dock av gruppundantagsförordningen.

35) Det tredje villkoret innebär att avtalet för att omfattas av gruppundantagsförordningen inte får ha som primärt syfte att överlåta eller licensiera immateriella rättigheter. Det primära syftet måste vara att köpa in eller återförsälja varor eller tjänster och bestämmelserna om immateriella rättigheter måste ha till syfte att genomföra det vertikala avtalet.

36) Det fjärde villkoret innebär att avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter måste underlätta köparens eller dennes kunders användning, försäljning och återförsäljning av varor eller tjänster. Varorna eller tjänsterna som är avsedda för användning eller återförsäljning tillhandahålls vanligen av licensgivaren men kan även köpas av licenstagaren från en tredje leverantör. Bestämmelserna om immateriella rättigheter gäller normalt marknadsföring av varor eller tjänster. Ett franchiseavtal där franchisegivaren till franchisetagaren säljer varor för återförsäljning och beviljar franchisetagaren licens att använda den förres varumärke och know-how för att marknadsföra varorna är ett exempel. Ett annat, när en leverantör av ett koncentrerat extrakt ger köparen licens att blanda ut och tappa extrakt på flaska för att sedan sälja det som en dryck.

37) Det femte villkoret understryker särskilt att bestämmelserna om immateriella rättigheter inte får ha samma syfte som någon av de särskilt allvarliga begränsningar som förtecknas i artikel 4 i gruppundantagsförordningen eller någon av de begränsningar som utesluts från gruppundantagsförordningens tillämpningsområde genom artikel 5 i den förordningen (se punkterna 47–69 i dessa riktlinjer).

38) Immateriella rättigheter som är relevanta för fullgörandet av det vertikala avtalet i den mening som avses i artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen avser i allmänhet tre huvudområden, nämligen varumärken, upphovsrätt och know-how.

Varumärke

39) En varumärkeslicens till en återförsäljare kan ha samband med distributionen av licensgivarens produkter inom ett visst område. Om det är en exklusiv licens kan avtalet likställas med ett ensamåterförsäljaravtal.

Upphovsrätt

40) Återförsäljare av varor som omfattas av upphovsrätt (böcker, programvara m.m.) kan av rättighetsinnehavaren förpliktas att endast sälja varorna vidare på villkor att köparen, vare sig det gäller en annan återförsäljare eller slutanvändaren, inte får göra intrång i upphovsrätten. Om sådana förpliktelser omfattas av artikel 101.1, omfattas de även av gruppundantagsförordningen.

41) Avtal enligt vilka tryckta utskrifter av en viss programvara tillhandahålls för återförsäljning och där återförsäljaren inte förvärvar en licens till några rättigheter till programvaran utan endast har rätt att sälja utskrifterna vidare, ska vad gruppundantagsförordningen beträffar betraktas som avtal om leverans av varor för återförsäljning. Vid denna distributionsform för programvara är det enda licensavtalet det mellan rättighetsinnehavaren och programvarans användare. Detta kan ha formen av en s.k. shrink wrap-licens, dvs. i paketet med utskriften av programvaran finns en uppsättning villkor som slutanvändaren anses godta genom att öppna paketet.

42) Köpare av hårdvara som innehåller upphovsrättsskyddad programvara kan av rättighetsinnehavaren förpliktas att inte göra intrång i upphovsrätten och får därför inte göra kopior och vidareförsälja programvaran eller göra kopior och använda programvaran i kombination med annan hårdvara. Om sådana begränsningar av användningen omfattas av artikel 101.1, omfattas de även av gruppundantagsförordningen.

Know-how

43) Franchiseavtal är, med undantag för industriella franchiseavtal, det mest uppenbara exemplet på när know-how överförs till köparen i marknadsföringssyfte⁽²⁾. Franchiseavtal innehåller licenser för immateriella rättigheter till varumärken eller logon och till know-how för användning och distribution av varor eller tillhandahållande av tjänster. Förutom licensen för de immateriella rättigheterna tillhandahåller franchisegivaren vanligtvis under

⁽¹⁾ Se tillkännagivandet om underleverantörsavtal (nämnt i punkt 22).

⁽²⁾ Punkterna 43–45 är analogivis tillämpliga på andra typer av återförsäljaravtal som omfattar överföring av väsentlig know-how från leverantör till köpare.

avtalets giltighetstid kommersiellt eller tekniskt bistånd, som t.ex. anskaffningstjänster, utbildning, rådgivning om fastigheter, finansiell planering etc. Licensen och biståndet är integrerade delar av den affärsidé som omfattas av franchiseavtalet.

44) Licenser som ingår i franchiseavtal omfattas av gruppundantagsförordningen om samtliga fem villkor som förtecknas i punkt 31 är uppfyllda. Dessa villkor är vanligtvis uppfyllda eftersom de flesta franchiseavtal, även huvudfranchiseavtal, inbegriper att franchisegivaren tillhandahåller franchisetagaren varor och/eller tjänster, särskilt tjänster för kommersiellt eller tekniskt bistånd. De immateriella rättigheterna hjälper franchisetagaren att sälja vidare de produkter som tillhandahålls av franchisegivaren eller av en leverantör som denne har utsett eller att använda dessa produkter och sälja de varor och tjänster som blir resultatet. Ett franchiseavtal som endast eller i huvudsak innehåller en renodlad licens av immateriella rättigheter omfattas inte av gruppundantagsförordningen, men kommissionen kommer i allmänhet att tillämpa de principer som beskrivs i gruppundantagsförordningen och dessa riktlinjer på sådana avtal.

45) Följande skyldigheter anses generellt vara nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter och om skyldigheterna omfattas av artikel 101.1, omfattas de även av gruppundantagsförordningen:

a) En skyldighet för franchisetagaren att inte direkt eller indirekt utöva någon liknande verksamhet.

b) En skyldighet för franchisetagaren att inte förvärva ekonomiska intressen i ett konkurrerande företag, som skulle ge franchisetagaren möjlighet att påverka detta företags ekonomiska handlande.

c) En skyldighet för franchisetagaren att inte lämna ut den know-how som tillhandahållits av franchisegivaren till tredje man, så länge denna know-how inte är tillgänglig för allmänheten.

d) En skyldighet för franchisetagaren att underrätta franchisegivaren om alla erfarenheter som vunnits vid användningen av franchisen och att ge denne och andra franchisetagare en icke-exklusiv licens för den know-how som följer av dessa erfarenheter.

e) En skyldighet för franchisetagaren att informera franchisegivaren om intrång i licensierade immateriella rättigheter, att vidta rättsliga åtgärder mot intrång eller att bistå franchisegivaren vid rättsliga åtgärder mot intrång.

f) En skyldighet för franchisetagaren att inte använda den know-how som har licensierats av franchisegivaren för andra ändamål än att utnyttja franchisen.

g) En skyldighet för franchisetagaren att inte överlåta de rättigheter och skyldigheter som följer av franchiseavtalet utan franchisegivarens medgivande.

2.5) Förhållande till andra gruppundantagsförordningar

46) I artikel 2.5 anges att gruppundantagsförordningen "inte [ska] tillämpas på vertikala avtal vars innehåll omfattas av någon annan gruppundantagsförordning, om inte annat föreskrivs i en sådan förordning". Gruppundantagsförordningen gäller därför inte vertikala avtal som omfattas av kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring ⁽¹⁾, förordning (EG) nr 1400/2002 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn ⁽²⁾, kommissionens förordning (EG) nr 2658/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av specialiseringsavtal ⁽³⁾ och kommissionens förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om forskning och utveckling ⁽⁴⁾ vilka undantar vertikala avtal som ingått i samband med horisontella avtal eller eventuella nya förordningar av samma slag, om inte annat föreskrivs i en sådan förordning.

3. Särskilt allvarliga begränsningar enligt gruppundantagsförordningen

47) Artikel 4 i gruppundantagsförordningen innehåller en förteckning över särskilt allvarliga begränsningar som leder till att hela det vertikala avtalet utesluts från förordningens tillämpningsområde ⁽⁵⁾. Om man inför sådana särskilt allvarliga begränsningar i ett avtal ger det upphov till en presumtion om att avtalet omfattas av artikel 101.1. Det presumeras också att avtalet sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3 och att

⁽¹⁾ EUT L 123, 27.4.2004, s. 11.

⁽²⁾ Se punkt 25.

⁽³⁾ EGT L 304, 5.12.2000, s. 3.

⁽⁴⁾ EGT L 304, 5.12.2000, s. 7.

⁽⁵⁾ Denna förteckning över särskilt allvarliga begränsningar är tillämplig på vertikala avtal om handel inom unionen. Om vertikala avtal rör export utanför eller import/återimport från länder utanför unionen, se domstolens dom i mål C-306/96, *Javico mot Yves Saint Laurent*, REG 1998, s. I-1983. I punkt 20 i den domen fastslog domstolen att "ett avtal, genom vilket återförsäljaren gentemot tillverkaren förbinder sig att rikta försäljningen av de produkter som omfattas av avtalet mot en marknad som ligger utanför gemenskapen, inte kan anses ha till syfte att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen inom den gemensamma marknaden och inte i sig kan anses påverka handeln mellan medlemsstaterna".

gruppundantagsförordningen därför inte är tillämplig. Företagen har dock möjlighet att i ett enskilt ärende visa att det rör sig om konkurrensfrämjande effekter i enlighet med artikel 101.3 ⁽¹⁾. Om företagen dokumenterar att det sannolikt kommer att leda till effektivitetsvinster att den allvarliga begränsningen tas in i ett avtal och visar att villkoren i artikel 101.3 generellt sett är uppfyllda, krävs det att kommissionen faktiskt bedömer de sannolika negativa effekterna på konkurrensen innan den gör den slutliga bedömningen av om villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda ⁽²⁾.

- 48) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 a i gruppundantagsförordningen avser prisbindning, dvs. avtal eller samordnade förfaranden som direkt eller indirekt syftar till att fastställa ett fast eller lägsta återförsäljningspris eller en fast eller lägsta prisnivå som köparen ska iaktta. När det gäller avtalsklausuler eller samordnade förfaranden som direkt fastställer återförsäljningspriset är det uppenbart att det är fråga om en begränsning. Prisbindning kan dock även uppnås på indirekt väg. Exempel på detta är avtal som fastställer distributionsmarginalen, avtal som fastställer de högsta rabatter som återförsäljaren får bevilja på en föreskriven prisnivå, avtal om att leverantören beviljar rabatter eller återbetalar reklamkostnader med villkor om att en viss prisnivå ska hållas, att koppla föreskrivna försäljningspriser till konkurrenternas priser, hot, skrämsel, varningar, straff, förseningar eller avbrott i leveranser eller uppsägning av avtal om en viss prisnivå inte iakttas. Direkta eller indirekta metoder för att uppnå prisbindning kan göras effektivare om de kombineras med åtgärder för att identifiera vilka återförsäljare som sänker priserna, t.ex. införande av prisövervakningssystem eller en skyldighet för återförsäljare att rapportera övriga medlemmar i distributionsnätet som avviker från standardpriserna. På liknande sätt kan direkt eller indirekt prisbindning bli effektivare om den kombineras med åtgärder som kan minska köparens incitament att sänka försäljningspriset, t.ex. att leverantören trycker det rekommenderade försäljningspriset på produkten eller att leverantören kräver att köparen ska använda en klausul om mest gynnade kunder. Liknande indirekta metoder och samma "stödåtgärder" kan användas för att få högsta eller rekommenderade priser att fungera som prisbindning. Användning av en viss stödåtgärd eller att leverantören tillhandahåller av en lista med rekommenderade eller högsta priser anses dock inte i sig leda till prisbindning.

- 49) I fråga om agentavtal är det i regel huvudmannen som fastställer försäljningspriset eftersom agenten inte blir

⁽¹⁾ Se särskilt punkterna 106–109 om eventuella effektivitetsvinster i samband med vertikala begränsningar och avsnitt VI.2.10 om begränsningar med avseende på återförsäljningspriset. För allmän vägledning om detta, se Meddelande från kommissionen – tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

⁽²⁾ Även om det i rättslig mening är fråga om två separata steg kan det i praktiken vara fråga om en upprepningsprocess där parterna och kommissionen i flera omgångar fördjupar och förbättrar sina argument.

varornas ägare. Om ett sådant avtal inte kan klassificeras som ett agentavtal vid tillämpning av artikel 101 (se punkterna 12–21), skulle dock en skyldighet som hindrar agenten från att dela sin fasta eller rörliga provision med kunden eller begränsar hans möjligheter att göra detta utgöra en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4 a i gruppundantagsförordningen. För att undvika att en sådan allvarlig begränsning ingår i avtalet, bör agenten ha rätt att sänka det faktiska pris som betalas av kunden utan att minska huvudmannens inkomster ⁽³⁾.

- 50) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 b i gruppundantagsförordningen gäller avtal eller samordnade förfaranden som direkt eller indirekt syftar till att begränsa den köpande avtalspartens eller dennes kunders försäljning, om begränsningarna gäller till vilket område eller till vilka kunder köparen eller dennes kunder får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. Denna särskilt allvarliga begränsning gäller uppdelning av marknaden i områden eller kundkategorier. Det kan vara en följd av direkta skyldigheter, t.ex. skyldigheten att inte sälja till vissa kunder eller till kunder inom vissa områden eller skyldigheten att föra över beställningar från dessa kunder till andra återförsäljare. Den kan också vara följden av indirekta åtgärder som syftar till att förmå återförsäljaren att inte sälja till sådana kunder, exempelvis utebliven eller sänkt bonus eller uteblivna eller sänkta rabatter, hot om att upphöra med leveranserna, minskade leveransvolymmer eller begränsningar av leveransvolymmer anpassade till efterfrågan inom det tilldelade området eller den tilldelade kundkategorin, hot om uppsägning av avtal, krav på ett högre pris för produkter som ska exporteras, begränsning av den del av försäljningen som kan exporteras eller skyldigheter att överföra vinster. Den särskilt allvarliga begränsningen kan också vara följden av att leverantören inte tillhandahåller en garantiservice som omfattar hela unionen, som innebär att alla återförsäljare normalt är skyldiga att tillhandahålla garantiservicen och få ersättning av leverantören för att de tillhandahåller denna service, också i fråga om varor som andra återförsäljare säljer inom deras område ⁽⁴⁾. Det är ännu mera sannolikt att denna typ av metoder anses utgöra en begränsning av köparens försäljning om de kombineras med att leverantören inför ett övervakningssystem som syftar till att kontrollera vart varorna faktiskt levereras (t.ex. användning av viss märkning eller vissa serienummer). Skyldigheter som åläggs återförsäljaren i fråga om hur leverantörens varumärke ska ställas fram klassificeras emellertid

⁽³⁾ Se t.ex. kommissionens beslut 91/562/EEG i ärende IV/32.737, *Eirpage*, EGT L 306, 7.11.1991, s. 22, särskilt skäl 6.

⁽⁴⁾ Om leverantören beslutar sig för att inte ersätta sina återförsäljare för tjänster som tillhandahållits inom ramen för den EU-omfattande garantin, kan man komma överens med dessa återförsäljare om att en återförsäljare som säljer utanför sitt tilldelade område måste betala en avgift till den auktoriserade återförsäljaren som utsetts inom det området. Avgiften baserar sig på kostnaden för de tjänster som tillhandahålls eller ska tillhandahållas, inklusive en skälig vinstmarginal. Det kan hända att denna typ av ordning inte betraktas som en begränsning av återförsäljarnas försäljning utanför sitt tilldelade område (se förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-67/01, *JCB Service mot kommissionen*, REG 2004, s. II-49, punkterna 136 – 145).

inte som särskilt allvarliga. Artikel 4 b gäller endast begränsningar för köparens eller dennes kunders försäljning, vilket betyder att begränsning av leverantörens försäljning inte heller är en särskilt allvarlig begränsning, dock med förbehåll för vad som sägs i punkt 59 om försäljning av reservdelar i samband med artikel 4 e i gruppundantagsförordningen. Tillämpningen av artikel 4 b påverkar inte en begränsning som gäller köparens etableringsställe. Gruppundantaget återkallas således inte om man kommer överens om att köparen kommer att begränsa sina försäljningsställen och lagerlokaler till en viss adress, plats eller ett visst område.

- 51) Det finns fyra undantag till den särskilt allvarliga begränsningen enligt artikel 4 b i gruppundantagsförordningen. Det första undantaget i artikel 4 b i) tillåter en leverantör att begränsa den köpande avtalspartens aktiva försäljning till ett område eller en kundkategori som en annan köpare har tilldelats exklusivt eller som leverantören har förbehållit sig själv. Ett område eller en kundkategori har tilldelats exklusivt om leverantören går med på att sälja sin produkt till en enda återförsäljare för distribution inom ett visst område eller till en viss kundkategori och ensamåterförsäljaren är skyddad mot aktiv försäljning från leverantörens övriga köpare inom unionen till sitt område eller till sin kundkategori, oberoende av leverantörens försäljning. Leverantören kan kombinera tilldelningen av ett exklusivt område och en exklusiv kundkategori genom att t.ex. utse en ensamåterförsäljare för en viss kundkategori i ett visst område. Skyddet för exklusivt tilldelade områden eller kundkategorier måste dock medge passiv försäljning till sådana områden eller kundkategorier. I samband med tillämpning av artikel 4 b i gruppundantagsförordningen tolkar kommissionen "aktiv" och "passiv" försäljning på följande sätt:

— "Aktiv" försäljning: man kontaktar aktivt enskilda kunder, t.ex. genom direktreklam (även icke begärd e-post) eller besök, eller att aktivt närma sig en viss kundkategori eller vissa kunder inom ett visst område genom reklam i medierna, via Internet eller genom andra säljfrämjande åtgärder med särskild inriktning på den kundkategorin eller med inriktning på kunder inom det området. Reklam eller säljfrämjande åtgärder som är attraktiva för köparen endast om de (också) når ut till en viss kundkategori eller till kunder inom ett visst område, betraktas som aktiv försäljning till den kundkategorin eller till kunder inom det området.

— "Passiv" försäljning: man tillgodoser beställningar som enskilda kunder själva tagit initiativ till, inbegripet

leverans av varor eller tjänster till sådana kunder. Allmän reklam eller allmänna säljfrämjande åtgärder som når kunder i andra återförsäljares (exklusiva) områden eller andra återförsäljares kundkategorier men som kan anses utgöra ett försvarbart sätt att nå kunder utanför dessa områden eller kundkategorier, exempelvis kunder i det egna området, anses utgöra passiv försäljning. Allmän reklam eller säljfrämjande åtgärder anses vara ett försvarbart sätt att nå sådana kunder om det skulle vara attraktivt för köparen att göra dessa investeringar även om de inte skulle nå kunder i andra återförsäljares (exklusiva) områden eller kundkategorier.

- 52) Internet är ett kraftfullt verktyg för att nå ut till ett större antal kunder av olika slag än genom mer traditionella försäljningsmetoder, och därför behandlas vissa begränsningar som avser användningen av Internet som begränsningar av (åter)försäljning. I princip måste varje återförsäljare tillåtas att ha en webbplats för att sälja produkter. I regel betraktas en återförsäljares användning av en webbplats för försäljning som en form av passiv försäljning eftersom det är ett berättigat sätt att ge kunderna möjlighet att nå återförsäljaren. Användningen av en webbplats kan få effekter utanför återförsäljarens egna område eller egna kundkategori; sådana effekter är dock en följd av att tekniken gör att webbplatsen är lättåtkomlig var man än befinner sig. Om en kund besöker en återförsäljares webbplats och kontaktar distributören och om en sådan kontakt leder till försäljning, inklusive leverans, anses detta som passiv försäljning. Detsamma gäller om en kund väljer att hålla sig (automatiskt) underordnad av återförsäljaren och om detta val leder till försäljning. Om olika språkalternativ erbjuds på webbplatsen anses den omständigheten i sig själv inte vara tillräcklig för att ändra försäljningens passiva karaktär. Därför anser kommissionen att följande är exempel på särskilt allvarliga begränsningar av passiv försäljning, eftersom dessa begränsningar är i stånd att begränsa återförsäljarens möjligheter att få tillräckligt till ett större antal kunder av olika slag:

- a) Avtal om att (ensam)återförsäljaren ska hindra kunder i ett annat (exklusivt) område från att gå in på dennes webbplats eller ska se till att kunder där automatiskt omdirigeras till tillverkarens eller andra (ensam)återförsäljares webbplatser. Detta utesluter inte att man kommer överens om att återförsäljarens webbplats dessutom ska innehålla länkar till andra återförsäljares webbplatser och/eller till leverantörens webbplats.

- b) Avtal om att (ensam)återförsäljaren ska avsluta en konsuments transaktioner på Internet så snart dennes kreditkort visar en adress som inte ligger inom återförsäljarens (exklusiva) område.
- c) Avtal om att återförsäljaren ska begränsa Internetförsäljningens andel av den totala försäljningen. Detta utesluter inte att leverantören, utan att begränsa återförsäljarens näthandel, kräver att köparen säljer produkter för åtminstone ett visst absolut belopp (i värde eller volym) i sin vanliga butik för att garantera att butiken fungerar väl. Det hindrar inte heller leverantören från att se till att återförsäljarens näthandel överensstämmer med leverantörens distributionsmodell (se punkterna 54 och 56). Detta absoluta belopp för försäljning i butik kan vara detsamma för alla köpare eller fastställas individuellt för varje köpare på grundval av objektiva kriterier, t.ex. köparens storlek i nätverket eller köparens geografiska lokalisering.
- d) Avtal om att återförsäljaren ska betala ett högre pris för produkter som denne ska sälja på nätet än för produkter som ska säljas i en vanlig butik. Detta utesluter inte att leverantören erbjuder köparen en fast avgift (dvs. inte en rörlig avgift där beloppet ökar med omsättningen från försäljning i vanliga butiker, eftersom detta indirekt skulle innebära dubbel prissättning) för att stödja dennes försäljningsinsatser i vanliga butiker eller via Internet.
- 53) Att begränsa återförsäljande avtalsparters användning av Internet är förenligt med gruppundantagsförordningen, om de säljfrämjande åtgärderna på Internet eller användningen av Internet skulle leda till en aktiv försäljning till exempelvis andra återförsäljares exklusivt tilldelade områden eller kundkategorier. Kommissionen anser att nät-reklam direkt riktad till vissa kunder utgör en form av aktiv försäljning till dessa kunder. Till exempel områdesbaserade banderoller på utomstående aktörers webbplatser är en form av aktiv försäljning till det område där dessa banderoller visas. I allmänhet är försök att bli upptäckt inom ett visst område eller av en viss kundkategori aktiv försäljning till det området eller den kundkategorin. Om till exempel en sökmotor eller ett företag som tillhandahåller nät-reklam betalas för att visa reklam särskilt för användare inom ett visst område är det fråga om aktiv försäljning till det området.
- 54) Enligt gruppundantagsförordningen kan dock leverantören kräva kvalitetsstandarder för användningen av webbplatsen för återförsäljningen av sina varor, på samma sätt som leverantören kan kräva kvalitetsstandarder för en butik eller för katalogförsäljning eller för reklam och säljfrämjande åtgärder i allmänhet. Detta kan bli relevant särskilt vid selektiv distribution. Enligt gruppundantagsförordningen kan leverantören till exempel ställa som villkor att återförsäljarna ska ha en eller flera vanliga butiker eller visningslokaler innan de får bli medlemmar i leverantörens distributionssystem. Senare ändringar av ett sådant villkor är också möjliga enligt gruppundantagsförordningen, om inte dessa ändringar har till syfte att direkt eller indirekt begränsa återförsäljarnas försäljning via nätet. Dessutom kan en leverantör kräva att återförsäljarna använder utomstående parter plattformar till att distribuera avtalsprodukter endast i enlighet med de normer och villkor för återförsäljarnas användning av Internet som leverantören och dess återförsäljare kommit överens om. Om en utomstående parts plattform t.ex. hyser återförsäljarens webbplats kan leverantören kräva att kunderna inte går in på återförsäljarens webbplats via en webbplats som är försedd med den plattformens namn eller logo som tillhör den utomstående parten.
- 55) Det finns tre andra undantag till den särskilt allvarliga begränsningen enligt artikel 4 b i gruppundantagsförordningen. Alla tre undantagen tillåter begränsning av både aktiv och passiv försäljning. Enligt det första undantaget är det tillåtet att hindra en återförsäljare att sälja till slutkunder, vilket ger leverantören möjlighet att hålla isär grossist- och detaljstförsäljningen. Det undantaget utesluter inte möjligheten att grossisten tillåts sälja till vissa slutanvändare, till exempel stora slutanvändare, medan försäljning till samtliga (övriga) slutanvändare inte tillåts. Med stöd av det andra undantaget får en leverantör hindra en auktoriserad återförsäljare i ett selektivt distributionssystem från att i något som helst handelsled sälja till icke auktoriserade återförsäljare inom något som helst område där systemet är i bruk eller där leverantören ännu inte säljer avtalsvarorna (i artikel 4 b iii) kallat "det område som leverantören reserverat för att driva detta system"). Enligt det tredje undantaget får en leverantör hindra en köpare av komponenter, till vilken komponenterna säljs för införlivande, från att återförsälja dem till leverantörens konkurrenter. Med *komponent* avses alla mellanprodukter och med införlivande all användning av insatsvaror för att producera varor.
- 56) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 c i gruppundantagsförordningen hindrar att medlemmar i ett selektivt distributionssystem begränsar aktiv eller passiv återförsäljning till slutanvändare, oavsett om dessa är yrkesmässiga slutanvändare eller slutkonsumenter, utan att det påverkar möjligheten att förbjuda en medlem i distributionssystemet från att vara verksam från ett etableringsställe som inte godkänts. Det betyder att återförsäljare i ett selektivt distributionssystem, såsom detta definieras i artikel 1.1 e i gruppundantagsförordningen, inte kan åläggas begränsningar i fråga om valet av användare de får sälja till eller av agenter som företräder dessa användare, utom för att skydda ett system med ensamåterförsäljning som tillämpas någon annanstans (se punkt 51). Inom ett selektivt distributionssystem bör medlemmarna ha rätt att sälja både aktivt och passivt till alla slutanvändare, även på Internet. Kommissionen betraktar därför kommissionen varje skyldighet som avskräcker auktoriserade återförsäljare från att använda Internet för att nå ett större antal kunder av olika slag genom att de åläggs kriterier för näthandel som inte helt motsvarar de kriterier som åläggs för försäljning i en vanlig butik som en särskilt allvarlig begränsning. Detta betyder inte att de kriterier som åläggs för näthandel måste vara identiska med de som åläggs för butikshandel, utan snarare

att de bör ha samma mål och uppnå jämförbara resultat och att skillnaden mellan kriterierna måste vara motiverad av skillnaderna mellan dessa två distributionsmetoder. Ett exempel: För att hindra försäljning till icke auktoriserade återförsäljare kan en leverantör förbjuda sina auktoriserade återförsäljare att sälja mer än en viss kvantitet avtalsprodukter till en enskild slutanvändare. Ett sådant krav måste kanske vara strängare när det gäller försäljning via nätet, eftersom det är lättare för en icke auktoriserad återförsäljare att få tag i produkterna på Internet. På samma sätt måste det kanske ställas strängare krav på försäljning i vanliga butiker om det är lättare att få tag i varorna i sådana butiker. För att garantera att avtalsprodukterna levereras i tid kan en leverantör ålägga en återförsäljare att omedelbart leverera produkter sålda i butik. Ett sådant krav kan inte åläggas för näthandel, men leverantören kan fastställa vissa praktiskt genomförbara leveranstider för sådan försäljning. När det gäller nätförsäljning måste man kanske utforma särskilda krav för kundservice på nätet för att täcka kostnaderna för kunder som returnerar varor och för att säkra betalningssystem ska tillämpas.

- 57) Inom det område där leverantören bedriver selektiv distribution får detta system inte kombineras med ett ensamåterförsäljaravtal, eftersom det skulle leda till en begränsning av återförsäljarnas aktiva eller passiva försäljning i enlighet med artikel 4 c i gruppundantagsförordningen. Återförsäljarens rätt att bestämma var affärslokaler ska ligga kan dock begränsas. Vissa återförsäljare kan hindras från att driva sin verksamhet på olika etableringsställen eller från att öppna ett nytt försäljningsställe på en annan plats. I detta sammanhang kan en leverantörs användning av sin egen webbplats inte jämföras med öppnandet av ett nytt försäljningsställe på en annan plats. Om återförsäljarens försäljningsställe är rörligt kan man fastställa ett område utanför vilket det mobila försäljningsstället inte får användas. Dessutom kan leverantören åta sig att endast leverera till en återförsäljare eller ett begränsat antal återförsäljare i en viss del av det område där det selektiva distributionssystemet används.

- 58) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 d i gruppundantagsförordningen avser en begränsning av korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare i ett selektivt distributionssystem. Detta innebär att ett avtal eller ett samordnat förfarande varken direkt eller indirekt får ha till syfte att hindra de auktoriserade återförsäljarna från att handla med varandra med avtalsvarorna. Auktoriserade återförsäljare måste få fortsätta att

köpa in avtalsvarorna från andra auktoriserade återförsäljare i nätverket, vilka är verksamma antingen i samma eller ett annat handelsled. Det betyder att selektiv distribution inte kan kombineras med vertikala begränsningar som syftar till att tvinga återförsäljare att endast köpa in de produkter som omfattas av avtalet från en viss källa. Det betyder också att inga begränsningar kan åläggas auktoriserade grossister inom ett selektivt distributionsnät i fråga om deras försäljning av produkten i fråga till auktoriserade detaljister.

- 59) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 e i gruppundantagsförordningen gäller avtal som hindrar eller begränsar slutanvändares, självständiga reparatörers och tjänsteleverantörers tillgång till reservdelar direkt från tillverkaren av dessa. Ett avtal mellan en reservdelstillverkare och en köpare som införlivar dessa delar i sina egna produkter (OEM-tillverkare (Original Equipment Manufacturer)), får varken direkt eller indirekt hindra eller begränsa tillverkarens försäljning av dessa reservdelar till slutanvändare, självständiga reparatörer eller tjänsteleverantörer. Indirekta begränsningar kan uppstå särskilt om leverantören av reservdelar åläggs begränsningar när det gäller att tillhandahålla teknisk information och särskild utrustning som är nödvändig för att användare, självständiga reparatörer eller tjänsteleverantörer ska kunna använda reservdelarna. Avtalet får dock innehålla begränsningar av leveranser av reservdelar till de reparatörer eller tjänsteleverantörer som OEM-tillverkaren anförtrott reparation eller underhåll av sina egna produkter. OEM-tillverkaren kan med andra ord kräva att få leverera de reservdelar som det egna reparations- och servicenätet köper in.

4. Enskilda fall av särskilt allvarliga försäljningsbegränsningar som kan falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 eller som kan uppfylla villkoren i artikel 101.3

- 60) Särskilt allvarliga begränsningar kan i undantagsfall vara objektivt nödvändiga för ett avtal av en viss typ eller karaktär⁽¹⁾ och därför falla utanför artikel 101.1. En sådan begränsning kan till exempel vara objektivt sett nödvändig för att se till att ett offentligt förbud mot försäljning av farliga ämnen till vissa kunder av säkerhets- eller hälsoskäl efterlevs. Dessutom har företagen möjlighet att i ett enskilt ärende yrka att det rör sig om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3. I detta avsnitt ges exempel på begränsning av (åter)försäljning, medan prisbindning behandlas i avsnitt VI.2.10.

⁽¹⁾ Se punkt 18 i Meddelande från kommissionen – tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

- 61) En återförsäljare som är först med att sälja ett nytt varumärke eller först med att sälja ett befintligt märke på en ny marknad och på så sätt garanterar ett verkligt inträde på den relevanta marknaden, måste kanske göra stora investeringar där det inte tidigare funnits någon efterfrågan på den typen av produkt i allmänhet eller på den typen av produkt från den producenten. Sådana utgifter är ofta icke-återvinningsbara och det är möjligt att återförsäljaren under sådana omständigheter inte skulle ingå återförsäljaravtalet utan att under en viss tidsperiod vara skyddad mot (aktiv och) passiv försäljning från andra återförsäljare till sitt område eller till sin kundkategori. En sådan situation kan till exempel uppstå när en återförsäljare som är etablerad på en viss nationell marknad går in på en annan nationell marknad och lanserar sina produkter med hjälp av en ensamåterförsäljare och när denne återförsäljare måste investera för att lansera och etablera varumärket på denna nya marknad. Om det krävs att återförsäljaren gör stora investeringar för att bygga upp eller utveckla den nya marknaden faller begränsningar för andra återförsäljares passiva försäljning till ett sådant område eller till en sådan kundkategori som är nödvändiga för att återförsäljaren ska återvinna sina investeringar i regel utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 under de första två åren som denna återförsäljare säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna i det området eller till den kundkategorin, även om sådana särskilt allvarliga begränsningar i regel anses omfattas av artikel 101.1.
- 62) När det verkligen är fråga om att testa en ny produkt inom ett begränsat område eller inom en begränsad kundkategori och när en ny produkt successivt införs kan de återförsäljare som utsetts att sälja den nya produkten på testmarknaden utan hinder av artikel 101.1 åläggas begränsningar när det gäller att aktivt sälja utanför testmarknaden eller de marknader där produkten först lanseras under den period som behövs för att testa eller introducera produkten.
- 63) I fråga om selektiva distributionssystem får korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare i regel inte begränsas (se punkt 58). Om auktoriserade grossister inom olika områden måste investera i marknadsföringsåtgärder inom "sina" områden för att stödja auktoriserade detaljisters försäljning och det inte är praktiskt utförbart att i ett avtal specificera de marknadsföringsåtgärder som krävs, kan begränsningar av grossisternas aktiva försäljning till auktoriserade detaljister inom andra grossisters områden i syfte att lösa snålskjutsproblem i ett enskilt ärende uppfylla villkoren i artikel 101.3.
- 64) Om det avtalas att en återförsäljare ska betala ett högre pris för produkter som denne ska sälja på nätet än för

produkter som ska säljas i en vanlig butik ("dubbel prissättning") är det i regel fråga om en särskilt allvarlig begränsning (se punkt 52 ovan). Ett sådant avtal kan dock under vissa särskilda omständigheter uppfylla villkoren i artikel 101.3. Sådana omständigheter kan föreligga när en tillverkare kommer överens om en sådan dubbel prissättning med sina återförsäljare därför att försäljning på nätet leder till betydligt högre kostnader för tillverkaren än försäljning i vanliga butiker. När försäljning i butik omfattar installation i hemmet av återförsäljaren, medan försäljning på nätet inte gör det kan det till exempel leda till att tillverkaren drabbas av fler kundklagomål och garantianspråk. I ett sådant sammanhang beaktar kommissionen också i vilken utsträckning det är sannolikt att begränsningen begränsar försäljningen på Internet och hindrar återförsäljaren från att nå fler kunder av olika slag.

5. Begränsningar som inte omfattas av gruppundantagsförordningen

- 65) I artikel 5 i gruppundantagsförordningen undantas vissa skyldigheter från gruppundantagsförordningen även om tröskelvärdet för marknadsandelen inte överskrids. Gruppundantagsförordningen gäller dock fortfarande resten av det vertikala avtalet om den delen kan avskiljas från de skyldigheter som inte undantas.
- 66) Det första undantaget anges i artikel 5.1 a i gruppundantagsförordningen och gäller konkurrensklausuler. Konkurrensklausuler är arrangemang som leder till att köparen under det föregående året gör mer än 80 % av sina totala inköp av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna och substitut för dessa (se definitionen i artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen) hos leverantören eller hos ett annat företag som leverantören utsett, vilket gör det omöjligt för köparen att köpa in konkurrerande varor eller tjänster eller begränsar sådana inköp till 20 % av köparens totala inköp. Om det under det första året efter det att avtalet ingicks inte finns några relevanta uppgifter om köparens inköp under det år som föregick det år då avtalet slöts, får köparens bästa möjliga uppskattningar av sitt totala årliga behov användas. Sådana konkurrensklausuler omfattas inte av gruppundantagsförordningen om deras varaktighet är obegränsad eller överstiger fem år. Konkurrensklausuler som underförstått fortsätter att gälla efter femårsperiodens utgång omfattas inte heller av gruppundantagsförordningen (se artikel 5.1 andra stycket). Konkurrensklausuler omfattas i allmänhet av den förordningen om deras varaktighet är begränsad till fem år eller mindre och ingenting hindrar köparen från att säga upp konkurrensklausulen i slutet av femårsperioden. Om avtalet exempelvis innehåller en konkurrensklausul med en varaktighet på fem år och leverantören ger köparen ett lån, bör återbetalningen av lånet inte hindra köparen från att säga upp konkurrensklausulen i slutet av

femårsperioden. Likaledes gäller att om leverantören tillhandahåller köparen utrustning som inte avser endast en kund, bör köparen ha möjlighet att överta utrustning till marknadsvärdet när konkurrensklausulen löper ut.

67) Tidsgränsen på fem år gäller inte om köparen säljer varorna eller tjänsterna "från lokaler och mark som ägs av leverantören eller som leverantören hyr av en tredje man som inte har någon anknytning till köparen". I sådana fall får konkurrensklausulen ha samma varaktighet som den period under vilken köparen besitter lokalerna (artikel 5.2 i gruppundantagsförordningen). Orsaken till undantaget är att det i regel är orimligt att vänta sig att en leverantör ska tillåta att konkurrerande produkter säljs från lokaler och mark som ägs av leverantören utan dennes tillstånd. I analogi med detta gäller samma principer om köparen bedriver sin verksamhet i ett rörligt försäljningsställe som ägs av leverantören eller som leverantören hyr av en tredje man som inte har någon anknytning till köparen. Konstgjorda ägandeförhållanden, till exempel om återförsäljaren överför sin äganderätt till mark och lokaler till leverantören endast för en begränsad period i syfte att kringgå femårsfristen, kan inte omfattas av detta undantag.

68) Det andra undantaget från gruppundantaget anges i artikel 5.1 b i gruppundantagsförordningen och avser konkurrensklausuler som gäller efter det att avtalet löpt ut. Sådana klausuler omfattas i regel inte av gruppundantagsförordningen, om klausulen i fråga inte är nödvändig för att skydda know-how som leverantören överfört till köparen, begränsar sig till det försäljningsställe varifrån köparen har bedrivit verksamhet under avtalsperioden och är begränsad till en period om ett år (se artikel 5.3 i gruppundantagsförordningen). Enligt definitionen i artikel 1.1 g i gruppundantagsförordningen måste ifrågasvarande know-how vara "väsentlig", vilket betyder att den omfattar information som "är viktig och till nytta för köparen när det gäller användning, försäljning eller och vidareförsäljning av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna".

69) Det tredje undantaget från gruppundantaget anges i artikel 5.1 c i gruppundantagsförordningen och gäller försäljning av konkurrerande varor i ett selektivt distributionssystem. Gruppundantagsförordningen omfattar en kombination av selektiv distribution och en konkurrensklausul, som generellt ålägger återförsäljarna att inte sälja konkurrerande varumärken. Om leverantören däremot antingen direkt eller indirekt hindrar de återförsäljare den har valt från att köpa produkter för återförsäljning från vissa konkurrerande leverantörer, kan en sådan skyldighet inte omfattas av gruppundantagsförordningen. Syftet med att utesluta denna skyldighet ur gruppundantagsförordningen är att undvika att ett antal leverantörer, som använder samma försäljningsställen inom ett selektivt distributionssystem, hindrar en viss konkurrent eller vissa konkurrenter från att använda dessa försäljningsstäl-

len till att distribuera sina produkter (avskärmning av en konkurrerande leverantör, vilket är en form av kollektiv bojkott) ⁽¹⁾.

6. Uppdelning av avtal

- 70) Gruppundantagsförordningen undantar vertikala avtal under förutsättning att de inte innehåller eller tillämpas tillsammans med någon av de särskilt allvarliga begränsningar som förtecknats i artikel 4 i den förordningen. Om det finns en eller flera särskilt allvarliga begränsningar går gruppundantaget förlorat för hela det vertikala avtalet. Det går inte att särskilja särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar från resten av avtalet.
- 71) Regeln om uppdelning av avtal gäller emellertid de uteslagna begränsningar som anges i artikel 5 i gruppundantagsförordningen. Gruppundantaget går därför bara förlorat avseende den del av det vertikala avtalet som inte uppfyller villkoren i artikel 5.

7. En produktportfölj distribueras via samma distributionssystem

- 72) Om en leverantör använder samma distributionsavtal för att distribuera flera olika varor eller tjänster, kan vissa av dessa med hänsyn till tröskelvärdet för marknadsandelar omfattas av gruppundantagsförordningen och andra inte. I så fall tillämpas gruppundantagsförordningen på de varor och tjänster som uppfyller tillämpningsvillkoren.
- 73) För varor eller tjänster som inte omfattas av gruppundantagsförordningen gäller de allmänna konkurrensreglerna, vilket innebär
- a) att det inte finns något gruppundantag men inte heller någon presumtion om olaglighet,
- b) att, om det föreligger en överträdelse av artikel 101.1 som inte kan få undantag, kan det undersökas om det finns lämpliga lösningar på konkurrensproblemet inom det aktuella distributionssystemet,
- c) att den berörda leverantören måste vidta andra distributionsarrangemang om det inte finns några sådana lämpliga lösningar.

Liknande situationer kan även uppstå när artikel 102 är tillämplig i fråga om vissa varor men inte andra.

⁽¹⁾ Ett exempel på indirekta åtgärder som har sådana utestängande effekter ingår i kommissionens beslut 92/428/EEG, ärende IV/33.592, *Parfum Givenchy*, EGT L 236, 19.8.1992, s. 11.

IV. ÅTERKALLELSE AV GRUPPUNDANTAGET OCH FÖRKLARING ATT GRUPPUNDANTAGSFÖRORD- NINGEN INTE ÄR TILLÄMPLIG

1. Återkallelseförfarande

- 74) Gruppundantagsförordningens presumtion om laglighet kan återkallas om ett vertikalt avtal, antingen bedömt enskilt eller i kombination med liknande avtal som tillämpas av konkurrerande leverantörer eller köpare, omfattas av artikel 101.1 och inte uppfyller alla villkoren i artikel 101.3.

- 75) Särskilt kan det vara så att villkoren för ett undantag enligt artikel 101.3 inte är uppfyllda om tillträde till den relevanta marknaden eller konkurrens på denna begränsas märkbart av den kumulativa effekten av parallella nät av liknande vertikala avtal som tillämpas av konkurrerande leverantörer eller köpare. Parallella nät av vertikala avtal anses liknande om de innehåller begränsningar som ger liknande verkningar på marknaden. En sådan situation kan till exempel uppstå när vissa leverantörer på en marknad tillämpar rent kvalitativ selektiv distribution medan andra leverantörer på den marknaden tillämpar kvantitativ selektiv distribution. En sådan situation kan också uppstå när den samtidiga användningen av kvalitativa kriterier på en viss marknad utestänger effektivare återförsäljare. Under sådana förhållanden måste man vid bedömningen beakta de konkurrenshämmande effekter som kan hänföras till varje enskilt nät av avtal. Eventuellt kan en återkallelse avse endast ett visst kvalitativt kriterium eller endast de kvantitativa begränsningarna av antalet auktoriserade återförsäljare.

- 76) Det är bara de företag som i betydande utsträckning bidrar till en konkurrenshämmande kumulativ effekt som kan hållas ansvariga för den. Avtal som ingås mellan företag som inte bidrar till den kumulativa effekten i betydande utsträckning omfattas inte av förbudet i artikel 101.1 ⁽¹⁾ och därmed inte heller av återkallelseförfarandet. Bedömningen av ett sådant bidrag kommer att göras enligt de kriterier som anges i punkterna 128–229.

- 77) Om återkallelseförfarandet tillämpas, har kommissionen bevisbördan för att avtalet omfattas av artikel 101.1 och att det inte uppfyller ett eller flera av villkoren i artikel 101.3. Ett beslut om återkallelse kan bara ha *ex nunc*-effekt, vilket innebär att avtalens status som undantagna inte påverkas förrän den dag då beslutet träder i kraft.

- 78) Såsom anges i skäl 14 i gruppundantagsförordningen får konkurrensmyndigheten i en medlemsstat återkalla gruppundantaget avseende vertikala avtal som har konkurrenshämmande effekter på den medlemsstatens territorium eller en del av detta som har samtliga kännetecknen på en avgränsad geografisk marknad. Kommissionen har exklusiv behörighet att återkalla gruppundantaget avseende vertikala avtal som begränsar konkurrensen på en relevant geografisk marknad som är vidare än en enskild medlemsstats territorium. När en medlemsstats territorium eller en del av detta utgör den relevanta geografiska marknaden, har kommissionen och medlemsstaten parallell behörighet att återkalla gruppundantaget.

2. Icke-tillämpning av gruppundantagsförordningen

- 79) Enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen får kommissionen genom förordning förklara att gruppundantagsförordningen inte ska tillämpas på parallella nät av liknande vertikala begränsningar om dessa omfattar mer än 50 % av en relevant marknad. En sådan åtgärd riktar sig inte till enskilda företag, utan berör alla företag vilkas avtal definieras i förordningen om att gruppundantagsförordningen inte ska tillämpas.

- 80) Återkallelsen av gruppundantaget innebär att det fattas ett beslut om att ett enskilt företag har överträtt artikel 101, medan effekten av en förordning enligt artikel 6 endast är att undantaget i gruppundantagsförordningen inte längre tillämpas avseende de berörda begränsningarna och marknaderna och att artikel 101.1 och 101.3 åter tillämpas fullt ut. Efter antagandet av en förordning som förklarar att gruppundantagsförordningen inte är tillämplig avseende vissa vertikala begränsningar på en viss marknad, kommer artikel 101 att tillämpas på enskilda avtal med ledning av domstolens och tribunalens rättspraxis och kommissionens tillkännagivanden och beslutspraxis. Eventuellt fattar kommissionen beslut i ett individuellt ärende, vilket kan ge vägledning till alla de företag som är verksamma på den berörda marknaden.

- 81) Vad gäller beräkningen av huruvida marknadstäckningsgraden över- eller understiger 50 % måste hänsyn tas till varje enskilt nät av vertikala avtal som innehåller begränsningar, eller kombinationer av dessa, som ger liknande verkningar på marknaden. Artikel 6 i gruppundantagsförordningen innebär inte att kommissionen är skyldig att agera när marknadstäckningsgraden på 50 % överskrids. I allmänhet är det lämpligt att inte tillämpa gruppundantagsförordningen, när det är sannolikt att tillträde till den relevanta marknaden eller konkurrens på denna

⁽¹⁾ Domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, *Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG*, REG 1991, s. I-935.

begränsas märkbart. Detta kan särskilt vara fallet när parallella och selektiva distributionsnät som omfattar mer än 50 % av en marknad riskerar att avskärma marknaden genom urvalskriterier som inte är nödvändiga med hänsyn till arten av de aktuella varorna eller som diskriminerar vissa distributionsformer för försäljning av dessa varor.

82) Vid bedömningen av behovet av att tillämpa artikel 6 i gruppundantagsförordningen kommer kommissionen att överväga om individuell återkallelse skulle vara en lämpligare åtgärd. Detta kan särskilt vara beroende av hur många konkurrerande företag som bidrar till en kumulativ effekt på en marknad eller hur många geografiska marknader inom unionen som påverkas.

83) I förordningar som avses i artikel 6 i gruppundantagsförordningen ska tillämpningsområdet klart anges. Kommissionen måste därför först definiera en eller flera relevanta produktmarknader och geografiska marknader och i ett andra steg identifiera vilken typ av vertikalt avtal som inte längre ska omfattas av gruppundantagsförordningen. När det gäller den senare aspekten kan kommissionen anpassa förordningens räckvidd till de konkurrensproblem som förordningen är avsedd att inrikta sig på. Till exempel ska kommissionen vid fastställandet av marknadstäckningsgraden på 50 % beakta alla parallella nät av avtal som endast rör ett enda varumärke, men den kan ändå begränsa förordningens räckvidd så att den endast ska anses omfatta konkurrensklausuler som överskrider en viss giltighetstid. Således kan avtal med kortare giltighetstid eller avtal av mindre begränsande natur förbli opåverkade med hänsyn till att de leder till en lägre grad av avskärmning. När selektiv distribution på en viss marknad används i kombination med ytterligare begränsningar, såsom konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar för köparen, kan förordningen om att gruppundantaget inte ska tillämpas avse endast dessa ytterligare begränsningar. Om det är lämpligt kan kommissionen också ge vägledning genom att ange den marknadsandel som på den specifika marknaden kan betraktas som otillräcklig för att ett enskilt företag ska kunna ge ett betydande bidrag till den kumulativa effekten.

84) Enligt rådets förordning (EG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden⁽¹⁾ måste kommissionen fastställa en övergångsperiod på minst sex månader innan en förordning om att gruppundantagsförordningen inte ska tillämpas börjar gälla. Detta bör ge de berörda företagen möjlighet att anpassa sina avtal med hänsyn till förordningen om att gruppundantagsförordningen förklaras icke tillämplig.

⁽¹⁾ EGT 36, 6.3.1965, s. 533/65, svensk specialutgåva: Område 8 Volym 1 s. 36.

85) En förordning om att gruppundantagsförordningen inte ska tillämpas påverkar inte de berörda avtalens status som undantagna under perioden innan förordningen börjar gälla.

V. MARKNADSDEFINITION OCH BERÄKNING AV MARKNADSANDELAR

1. Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad

86) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning⁽²⁾ ger vägledning om de regler, kriterier och bevis kommissionen använder när den behandlar frågor som gäller definition av marknaden. Det tillkännagivandet, som inte kommer att förklaras närmare i dessa riktlinjer, bör ligga till grund för bedömningen av frågor om marknadsdefinition. De här riktlinjerna kommer endast att behandla specifika frågor som uppkommer i samband med vertikala begränsningar och som inte tas upp i det tillkännagivandet.

2. Den relevanta marknaden för beräkningen av tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen

87) Enligt artikel 3 i gruppundantagsförordningen är det både leverantörens och köparens marknadsandelar som är avgörande när det gäller att fastställa om gruppundantaget ska tillämpas. För att gruppundantaget ska vara tillämpligt får varken leverantörens marknadsandel på den marknad där leverantören säljer avtalsprodukterna till köparen eller köparens marknadsandel på den marknad där köparen köper avtalsprodukterna överstiga 30 %. Avtal mellan små och medelstora företag kräver i allmänhet inte att marknadsandelarna beräknas (se punkt 11).

88) För att beräkna ett företags marknadsandel är det nödvändigt att fastställa på vilken relevant marknad som företaget säljer respektive köper avtalsprodukterna. Därvid måste både den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden definieras. Den relevanta produktmarknaden omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av köparna betraktas som utbytbara. Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta varorna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren i förhållande till de områdena.

⁽²⁾ EGT C 372, 9.12.1997, s. 5.

- 89) Definitionen av produktmarknaden är först och främst beroende av utbytbarenheten ur köparnas synvinkel. Om den levererade produkten används som en insatsvara för att tillverka andra produkter och generellt inte kan kännas igen i den färdiga produkten, definieras produktmarknaden i regel enligt direktköparnas preferenser. Köparnas kunder har i regel inga starka preferenser när det gäller de insatsvaror köparna använder. De vertikala begränsningar leverantören och köparen av insatsvaran kommit överens om gäller endast försäljning och köp av mellanprodukten och inte försäljningen av den färdiga produkten. I fråga om distribution av slutprodukter, påverkas eller avgörs vad som är utbytbara produkter för de direkta köparna av slutkonsumenternas preferenser. En distributör kan inte i egenskap av återförsäljare bortse från slutkonsumenternas preferenser vid inköp av slutprodukter. Dessutom gäller de vertikala begränsningarna i distributionsledet vanligen inte endast försäljning av varor mellan leverantör och köpare, utan också återförsäljning av dessa varor. Eftersom det vanligtvis råder konkurrens mellan olika distributionsformer definieras marknader generellt inte efter vilken distributionsform som används. I de fall där leverantörer vanligen säljer en portfölj av produkter, kan hela portföljen avgöra produktmarknaden när portföljerna och inte de enskilda produkterna betraktas som utbytbara av köparna. Eftersom återförsäljarna är professionella köpare, är den geografiska grossistmarknaden vanligtvis större än detaljistmarknaden där varan säljs till slutkonsumenter. Detta leder ofta till att nationella marknader eller vidare grossistmarknader definieras. Också detaljistmarknader kan vara större än slutkonsumenternas sökområde när det gäller homogena marknadsvillkor och överlappande lokala eller regionala upptagningsområden.
- 90) Om ett vertikalt avtal omfattar tre parter som var och en är verksam i olika handelsled får deras marknadsandelar inte överstiga 30 % om gruppundantaget ska gälla. I artikel 3.2 i gruppundantagsförordningen anges att om ett företag inom ramen för ett flerpartsavtal köper avtalsvarorna eller avtalstjänsterna från ett företag som är part i avtalet och säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna till ett annat företag som är part i avtalet, är gruppundantaget endast tillämpligt om företaget varken som köpare eller leverantör har en marknadsandel som överstiger tröskelvärdet 30 %. Om till exempel en tillverkare, en grossist (eller en sammanslutning av detaljister) och en detaljist ingår ett avtal som innehåller en konkurrensklausul, får tillverkarens och grossistens (eller detaljistsammanslutningens) marknadsandelar på deras respektive marknader i efterföljande led inte överstiga 30 % och grossistens (eller detaljistsammanslutningens) och detaljistens marknadsandel i respektive handelsled inte överstiga 30 % på deras respektive inköpsmarknader om avtalen ska omfattas av gruppundantaget.
- 91) Om en leverantör tillverkar både originalutrustning och reparations- eller reservdelar för denna utrustning, är denne leverantör ofta den enda eller största leverantören på eftermarknaderna för reparations- och reservdelarna. Denna situation kan också uppstå om leverantören (en OEM-leverantör) lägger ut tillverkningen av reparations- eller reservdelarna på en underleverantör. Den relevanta marknaden för tillämpning av gruppundantagsförordningen kan vara marknaden för originalutrustning inklusive reservdelarna eller en separat marknad och eftermarknad för originalutrustning beroende på omständigheterna i ärendet, såsom de aktuella begränsningarnas verkningar, utrustningens livslängd och betydelsen av kostnader för reparationer eller utbyte av utrustning⁽¹⁾. Den avgörande frågan är i praktiken om en betydande andel av köparna väljer produkt med hänsyn till dess livscykelkostnader. Om så är fallet tyder det på att det endast finns en enda marknad för försäljning av originalutrustning och reservdelar.
- 92) Om det vertikala avtalet, utöver bestämmelser om leveranser av avtalsvarorna, också innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter – t.ex. om användningen av leverantörens varumärke – vilket hjälper köparen att saluföra avtalsvarorna, är leverantörens marknadsandel på den marknad där denne säljer avtalsvarorna relevant för om gruppundantagsförordningen ska tillämpas. Om en franchisegivare inte levererar varor för återförsäljning utan tillhandahåller ett paket av varor och tjänster i kombination med bestämmelser om immateriella rättigheter som tillsammans utgör den affärsmetod som omfattas av franchise, måste franchisegivaren ta hänsyn till sin marknadsandel i egenskap av tillhandahållare av en affärsmetod. För det ändamålet måste franchisegivaren beräkna sin marknadsandel på den marknad där affärsmetoden utnyttjas, det vill säga den marknad där franchisetagarna utnyttjar affärsmetoden för att tillhandahålla slutanvändare varor och tjänster. Franchisegivaren måste basera sin marknadsandel på värdet av de varor eller tjänster som dennes franchisetagare tillhandahåller på denna marknad. På en sådan marknad kan konkurrenterna bestå av sådana som tillhandahåller andra affärsmetoder som omfattas av franchise, men också av sådana leverantörer av utbytbara varor eller tjänster som inte tillämpar franchising. En franchisegivare på en marknad för snabbmatstjänster skulle, utan att det påverkar definitionen av en sådan marknad och om en sådan marknad finns, vara tvungen att beräkna sin marknadsandel på grundval av de relevanta försäljningssiffrorna för sina franchisetagare på denna marknad.

⁽¹⁾ Se t.ex. kommissionens beslut i *Pelikan/Kyocera* (1995), KOM(96) 126 (ej offentliggjort), punkt 87 och kommissionens beslut 91/595/EEG i ärende IV/M.12 *Varta/Bosch*, EGT L 320, 22.11.1991, s. 26, kommissionens beslut i ärende IV/M.1094 *Caterpillar/Perkins Engines*, EGT C 94, 28.3.1998, s. 23, och kommissionens beslut i ärende IV/M.768 *Lucas/Varity*, EGT C 266, 13.9.1996, s. 6. Se även punkt 56 i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (se punkt 86).

3. Beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen

- 93) Beräkningen av marknadsandelar måste i princip bygga på uppgifter om värdet av försäljningen. Om sådana inte finns tillgängliga kan väl underbyggda uppskattningar göras. Sådana uppskattningar kan basera sig på annan tillförlitlig marknadsinformation, däribland försäljningsvolymerna (se artikel 7 a i gruppundantagsförordningen).
- 94) Egenproduktion, dvs. produktion av en mellanprodukt för eget bruk, kan vara mycket viktig i en konkurrensanalys, eftersom den kan utgöra en av konkurrensbegränsningarna eller förstärka ett företags ställning på marknaden. Vid definitionen av marknaden och beräkningen av marknadsandelar för mellanprodukter och tjänster i mellanledet medräknas emellertid inte egenproduktionen.
- 95) Vid dubbel återförsäljning av slutprodukter, dvs. när en tillverkare av en slutprodukt även agerar som återförsäljare på marknaden, måste emellertid marknadsdefinitionen och beräkningen av marknadsandelar omfatta tillverkarens försäljning av sina egna varor genom dess vertikalt integrerade distributörer och agenter (se artikel 7 c i gruppundantagsförordningen). Integrerade distributörer är anknutna företag i den mening som anges i artikel 1.2 i gruppundantagsförordningen ⁽¹⁾.

VI. TILLÄMPNING I ENSKILDA FALL

1. Analysstruktur

- 96) Det är när ett enskilt avtal inte omfattas av gruppundantaget som man behöver undersöka om det omfattas av artikel 101.1 och om villkoren i artikel 101.3 i sådana fall är uppfyllda. Under förutsättning att de inte innehåller bestämmelser som har till syfte att begränsa konkurrensen eller särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar, finns det inte någon presumtion om att vertikala avtal som inte omfattas av gruppundantaget därför att tröskelvärdet för marknadsandelar överskrider omfattas av artikel 101.1 eller inte uppfyller villkoren i

artikel 101.3. Det krävs en individuell bedömning av avtalets sannolika effekter. Företag uppmanas att göra sin egen bedömning. Avtal som inte begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 eller som uppfyller villkoren i artikel 101.3 är giltiga och kan upprätthållas av domstol. Enligt artikel 1.2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget ⁽²⁾ krävs inte någon anmälan för att omfattas av ett individuellt undantag enligt artikel 101.3. Om kommissionen gör en individuell granskning kommer den att ha bevisbördan för att avtalet i fråga strider mot artikel 101.1. Det åligger de företag som åberopar bestämmelserna i artikel 101.3 att visa att villkoren i artikeln är uppfyllda. När det har visats att konkurrenshämmande effekter är sannolika, kan företagen anföra skäl för att det är fråga om effektivitetsvinster och förklara varför ett visst distributionssystem är nödvändigt för att föra över förväntade fördelar till konsumenterna utan att sätta konkurrensen ur spel, innan kommissionen beslutar om avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3.

- 97) Bedömningen av om ett vertikalt avtal har till resultat att konkurrensen begränsas kommer att göras genom att jämföra den faktiska eller sannolika framtida situationen på den relevanta marknaden med de vertikala begränsningarna med den situation som skulle råda om avtalet inte innehöll de vertikala begränsningarna. Vid bedömningen av enskilda ärenden kommer kommissionen att ta hänsyn till både faktiska och sannolika effekter. För att vertikala avtal ska ha till resultat att konkurrensen begränsas måste de påverka den faktiska eller potentiella konkurrensen i en sådan omfattning att man på den relevanta marknaden med en rimlig grad av sannolikhet kan förvänta sig negativa effekter på priser, produktion, innovation, utbud av varor och tjänster samt varornas och tjänsternas kvalitet. De sannolika negativa effekterna på konkurrensen måste vara märkbara ⁽³⁾. Märkbara konkurrenshämmande effekter kan förväntas när minst en av parterna har eller erhåller en viss grad av marknadsmakt och avtalet bidrar till att skapa, upprätthålla eller förstärka denna marknadsmakt eller ger parterna möjlighet att utnyttja den. Marknadsmakt är förmågan att upprätthålla priser som ligger över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden eller att under en inte obetydlig tid låta produktionen i form av produktkvantitet, produktkvalitet och produktutbud samt innovationen ligga under den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden. Det krävs i regel en mindre grad av marknadsmakt för att konstatera att det begåtts en överträdelse av artikel 101.1 än för att konstatera att det föreligger en dominerande ställning enligt artikel 102.

⁽¹⁾ I samband med marknadsdefinition och beräkning av marknadsandelar är det inte relevant om den integrerade återförsäljaren också säljer konkurrenters produkter.

⁽²⁾ EUT L 1, 4.1.2003, s. 1.

⁽³⁾ Se avsnitt II.1.

- 98) Vertikala begränsningar är i allmänhet mindre skadliga än horisontella begränsningar. Det huvudsakliga skälet till fokuseringen på horisontella begränsningar är att sådana begränsningar kan avse ett avtal mellan konkurrenter som producerar identiska eller utbytbara varor eller tjänster. I sådana horisontella förhållanden kan det vara till fördel för konkurrenterna om ett företag utnyttjar sin marknadsakt (genom att höja sina priser). Detta kan ge konkurrenterna ett incitament att förmå varandra att handla på ett konkurrenshämmande sätt. I vertikala förhållanden är den ena partens produkt den andra partens insatsvara, med andra ord kompletterar avtalsparternas verksamheter varandra. Om företaget i föregående eller efterföljande marknadsled utnyttjar sin marknadsakt skulle det därför normalt vara till skada för efterfrågan på den andres produkt. De företag som är parter i avtalet har därför vanligtvis ett incitament att förhindra att den andra parten utövar sin marknadsakt.
- 99) Denna självreglerande karaktär bör dock inte överskattas. Om ett företag inte har någon marknadsakt kan det försöka öka sina vinster genom att optimera sina produktions- och distributionsprocesser, med eller utan hjälp av vertikala begränsningar. Eftersom parterna i ett vertikalt avtal kompletterar varandra när det gäller att få ut en produkt på marknaden, kan vertikala begränsningar ge stort utrymme för effektivitetsvinster. Om ett företag har marknadsakt kan det emellertid också försöka öka sina vinster på sina direkta konkurrenters bekostnad genom att öka deras kostnader och på sina köparens och slutligen konsumenternas bekostnad genom att försöka tillägna sig en del av deras överskott. Detta kan ske när företaget i det föregående marknadsledet och företaget i det efterföljande marknadsledet delar den extra vinsten eller när ett av de två företagen använder vertikala begränsningar för att tillägna sig hela den extra vinsten.
- 1.1. *Negativa effekter av vertikala begränsningar*
- 100) De negativa effekter som vertikala begränsningar kan ha på marknaden och som EU:s konkurrensregler avser att förhindra är följande:
- a) Konkurrenshämmande utestängning, antingen av andra leverantörer eller andra köpare, genom hinder för inträde eller utvidgning.
 - b) Uppmjukning av konkurrensen mellan leverantören och dennes konkurrenter och/eller underlättande av samverkan mellan dessa leverantörer, vilket ofta kallas minskning av konkurrensen mellan varumärken ⁽¹⁾.
 - c) Uppmjukning av konkurrensen mellan köparen och dennes konkurrenter och/eller underlättande av samverkan mellan dess konkurrenter, vilket ofta kallas minskning av konkurrensen inom varumärken om det gäller konkurrens mellan återförsäljare om samma varumärke eller en produkt från samma leverantör.
- d) Skapande av hinder för marknadsintegration och framför allt begränsningar av möjligheterna för konsumenterna att köpa varor eller tjänster i vilken medlemsstat de vill.
- 101) Utestängning, uppmjukning av konkurrensen och samverkan på tillverkarnivå kan skada konsumenterna framför allt genom höjda grossistpriser, sämre produktutbud, sämre produktkvalitet eller genom minskad produktinnovation. Utestängning, uppmjukning av konkurrensen och samverkan på återförsäljarnivå kan skada konsumenterna framför allt genom höjda detaljpriser, färre alternativ när det gäller kombinationen pris-tjänster och distributionsformat, sämre tillgång till detaljisttjänster och sämre tjänstekvalitet samt minskad distributionsinnovation.
- 102) På en marknad där enskilda återförsäljare säljer en enda leverantörs varumärke eller varumärken leder en minskning av konkurrensen mellan återförsäljare av samma varumärke till en minskning av konkurrensen inom varumärken mellan dessa återförsäljare, men det behöver inte ha några negativa effekter för konkurrensen mellan återförsäljare i allmänhet. Om det finns en hård konkurrens mellan varumärken är det osannolikt att en minskning av konkurrensen inom varumärken kommer att ha negativa effekter för konsumenterna.
- 103) Ensamåterförsäljaravtal är i allmänhet skadligare för konkurrensen än icke-exklusiva avtal. Ett avtal om ensamåterförsäljning, vare sig det är genom uttryckliga avtalsbestämmelser eller genom avtalets effekter i praktiken, leder till att en part förhandlar med en annan part på exklusiv grund eller näst intill. Till exempel innebär en konkurrensklausul att köparen köper ett enda varumärke. Kvantitetsbegränsningar ger däremot köparen ett visst spelrum att köpa konkurrerande varor. Graden av utestängning kan därför vara mindre vid kvantitetsbegränsningar.
- 104) Vertikala begränsningar som överenskommit för icke-märkesvaror och tjänster är i allmänhet mindre skadliga än begränsningar som påverkar distributionen av märkesvaror och tjänster. Varumärken tenderar att öka produkt-differentieringen och minska produktens utbytbarhet, vilket leder till minskad efterfrågeelasticitet och en större risk för prishöjningar. Skillnaden mellan märkesvaror eller tjänster och icke-märkesvaror eller tjänster sammanfaller ofta med skillnaden mellan mellanprodukter och slutprodukter och mellan tjänster i mellanledet och slutledet.

⁽¹⁾ Med samverkan avses både uttrycklig och tyst samverkan (medvetna parallella beteenden).

- 105) I allmänhet medför en kombination av vertikala konkurrensbegränsningar att de negativa effekterna förstärks. Vissa vertikala begränsningar är emellertid mindre skadliga för konkurrensen om de kombineras än om de tillämpas var för sig. Till exempel kan återförsäljaren i ett system med ensamåterförsäljning frestas att höja priset på produkterna eftersom konkurrensen inom varumärken har minskat. Kvantitetsbegränsningar eller fastställandet av ett högsta återförsäljningspris kan begränsa sådana prishöjningar. Eventuella negativa effekter av vertikala begränsningar förstärks när flera leverantörer och deras köpare organiserar sin handel på ett liknande sätt, vilket leder till s.k. kumulativa effekter.

1.2. Positiva effekter av vertikala begränsningar

- 106) Det är viktigt att inse att vertikala begränsningar kan ha positiva effekter särskilt genom att de främjar konkurrens i andra avseenden än priskonkurrens samt i form av högre kvalitet på tjänsterna. Om ett företag saknar marknadsstyrka kan det försöka öka sin vinst endast genom att optimera sina produktions- eller distributionsprocesser. I vissa lägen kan vertikala begränsningar vara till hjälp i detta avseende, eftersom de vanliga affärsmässiga transaktionerna mellan leverantör och köpare, där endast pris och kvantitet i en viss transaktion avgörs, kan leda till alltför låga investerings- och försäljningsnivåer.
- 107) Dessa riktlinjer gör inte anspråk på att vara fullständiga eller uttömmande, utan avsikten är att ge en översikt över olika skäl som kan motivera vertikala begränsningar. Följande orsaker kan berättiga tillämpning av vissa vertikala begränsningar:

- a) Att lösa ett "snålskjutsproblem". En återförsäljare kan åka snålskjuts på en annan återförsäljares säljfrämjande åtgärder. Denna typ av problem är vanligast på grossist- och detaljistnivå. Ensamåterförsäljaravtal eller motsvarande begränsningar kan vara till hjälp för att undvika snålskjuts av det slaget. Snålskjuts kan också förekomma mellan olika leverantörer, exempelvis om en av dem investerar i sådana säljfrämjande åtgärder i köparens lokaler, i allmänhet på detaljistnivå, som eventuellt också lockar kunder till konkurrenterna. Begränsningar av typen konkurrensklausuler kan vara ett sätt att lösa detta snålskjutsproblem⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Om extra säljfrämjande åtgärder faktiskt är till fördel för konsumenterna totalt sett beror på om de extra åtgärderna lyckas övertyga många nya kunder, som därmed drar nytta av dem, eller främst när kunder som redan vet vad de vill köpa och för vilka de extra säljfrämjande åtgärderna endast innebär ett högre pris.

För att ett problem ska anses föreligga måste det verkligen handla om snålskjuts. Snålskjuts mellan köpare kan endast förekomma i samband med service före försäljning och andra marknadsföringsåtgärder, men inte i samband med service efter försäljningen för vilken återförsäljaren kan ta betalt av kunderna var och en för sig. Produkten måste i allmänhet vara relativt ny eller tekniskt komplicerad eller också måste produktens anseende vara av stor betydelse för efterfrågan, eftersom kunden annars mycket väl vet vad den vill ha sedan tidigare inköp. Produkten måste ha ett förhållandevis högt värde, eftersom det annars inte är attraktivt för en kund att gå till en butik för att få information om produkten och till en annan butik för att köpa den. Slutligen måste det vara opraktiskt för leverantören att ingå avtal med köparna med krav på marknadsföring eller service före försäljningen.

Snålskjuts mellan leverantörer är också begränsad till vissa situationer, närmare bestämt om de säljfrämjande åtgärderna vidtas i köparens lokaler och är allmänna, inte varumärkesspecifika.

- b) Att "öppna eller gå in på nya marknader". Om en tillverkare vill gå in på en ny geografisk marknad, exempelvis genom att exportera till ett annat land för första gången, kan det innebära särskilda "försättagångsinvesteringar" för återförsäljaren för att etablera varumärket på marknaden. För att övertala en lokal återförsäljare att göra dessa investeringar kan det vara nödvändigt att bevilja återförsäljaren områdeskydd så att denne kan erhålla avkastning på investeringarna genom att tillfälligt ta ut ett högre pris. Återförsäljare som är etablerade på andra marknader bör i det fallet hindras att sälja på den nya marknaden under en viss period (se även punkt 61 i avsnitt III.4). Detta är en särskild form av det snålskjutsproblem som beskrivs i led a.

- c) "Snålskjuts på vetskapen om att varan är av hög kvalitet". Inom vissa sektorer har vissa återförsäljare ett rykte om sig att enbart sälja "kvalitetsprodukter". I ett sådant fall kan en försäljning via dessa återförsäljare vara avgörande för introduktionen av en ny produkt. Om tillverkaren inte i inledningsskedet kan begränsa försäljningen till de bästa butikerna, finns det risk för att produkten stryks från listan och att marknadsintroduktionen misslyckas. Det kan därför finnas orsak att för en viss tid tillåta en begränsning såsom ensamåterförsäljaravtal eller selektiv distribution. Begränsningen måste vara tillräckligt långtgående för att garantera introduktionen av den nya produkten, men inte av sådan varaktighet att en omfattande spridning av produkten hindras. Det är mer troligt att sådana fördelar uppnås i fråga om produkter vilkas egenskaper är svåra att bedöma innan de konsumeras eller komplicerade produkter som utgör ett relativt stort inköp för slutkonsumenten.

- d) Det s.k. "hold-up-problemet". Ibland måste leverantören eller köparen göra kunds specifika investeringar, exempelvis i form av särskild utrustning eller utbildning. Det kan t.ex. hända att en komponenttillverkare måste bygga nya maskiner och verktyg för att uppfylla ett särskilt krav som ställs av en kund. Investeraren kanske inte gör de nödvändiga investeringarna förrän ett särskilt leveransavtal har ingåtts.

Såsom i fråga om övriga snålskjutsproblem måste emellertid ett antal villkor uppfyllas innan risken för underinvesteringar blir verklig eller betydande. För det första måste investeringen vara avtalspecifik. En investering som gjorts av leverantören anses vara avtalspecifik om leverantören inte kan använda den till att leverera till andra kunder och om den kan säljas endast med en betydande förlust när avtalet löper ut. En investering som gjorts av köparen anses vara avtalspecifik om köparen inte kan använda den till att köpa och/eller använda produkter som levererats av andra leverantörer och som kan säljas endast med en betydande förlust när avtalet löpt ut. En investering är således avtalspecifik därför att den t.ex. endast kan användas till att tillverka en varumärkesspecifik komponent eller till att ha ett särskilt varumärke på lager, och således inte på ett lönsamt sätt kan användas till att tillverka eller återförsälja alternativa produkter. För det andra måste det vara en långsiktig investering som inte genererar avkastning på kort sikt. För det tredje måste investeringen vara asymmetrisk, vilket innebär att en avtalspart investerar mer än den andra parten. Om dessa villkor uppfylls, finns det i allmänhet goda skäl för att ha en vertikal begränsning under den tid det tar att avskrika investeringen. En i sammanhanget lämplig typ av vertikala begränsningar är konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar om investeringen görs av leverantören och ensamåterförsäljaravtal, exklusiv tilldelning av kunder eller exklusiva leveransavtal om investeringen görs av köparen.

- e) "Särskilda hold-up-problem som kan uppstå vid överföring av betydande know-how". När know-how väl överförs kan den inte återtas, och den som tillhandahållit denna know-how vill kanske inte att den används för eller av konkurrenterna. Om denna know-how inte var direkt tillgänglig för köparen samt om den är väsentlig och nödvändig för avtalets funktion, kan en sådan överföring berättiga till en begränsning av typen konkurrensklausuler som i regel skulle falla utanför artikel 101.1.

- f) "Frågan om vertikal externalitet". En detaljist kanske inte får behålla hela vinsten av de åtgärder som denne vidtagit för att öka försäljningen: en del av den kan gå till tillverkaren. Varje extra enhet som en detaljist säljer genom att sänka sitt återförsäljningspris eller genom att öka sina säljinsatser är till fördel för tillverkaren om dennes grossistpris är högre än marginalproduktionskostnaderna. Det kan därmed finnas en positiv externalitet som kommer tillverkaren till del genom sådana åtgärder från detaljhandlarnas sida och ur tillverkarens perspektiv kan detaljisten ta ut för höga priser eller göra för få säljinsatser. Den negativa externalitet som för höga detaljistpriser utgör kallas ibland "problemet med dubbel marginalisering" och det kan undvikas genom att ålägga detaljisten ett högsta återförsäljningspris. Selektiv distribution, ensamåterförsäljaravtal eller liknande begränsningar kan vara till hjälp för att öka detaljistens säljinsatser ⁽¹⁾.

- g) "Stordriftsfördelar vid återförsäljning". För att dra nytta av stordriftsfördelar och därmed fastställa ett lägre återförsäljningspris för sin produkt kan det hända att tillverkaren vill koncentrera återförsäljningen av sin produkt till ett fåtal återförsäljare. I detta syfte kan tillverkaren använda sig av ensamåterförsäljaravtal, kvantitetsbegränsningar i form av krav på köp av en minimikvantitet, selektiv distribution som innehåller ett sådant krav eller exklusiva inköpsavtal.

- h) "Imperfektioner på kapitalmarknaden". Det kan hända att de sedvanliga kapitalkällorna (bankerna, aktiemarknaden) tillhandahåller otillräckligt med kapital om de inte har fullständig information om låntagarens situation eller om säkerheten för lånet är otillräcklig. Köparen eller leverantören kan vara bättre informerad och ha möjlighet att få extra säkerhet för sin investering genom ett exklusivt förhållande. Om leverantören lånar till köparen kan det förutsättas att köparen åläggs konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar. Om köparen lånar till leverantören kan det utgöra ett skäl till att leverantören åläggs exklusiv leverans eller kvantitetsbegränsningar.

- i) "Likformighet och kvalitetsstandardisering". En vertikal begränsning kan bidra till att skapa en märkesimage genom att återförsäljarna åläggs förpliktelser i form av en viss grad av likformighet och kvalitetsstandardisering, vilket gör produkten attraktivare för slutkonsumenten och ökar försäljningen. Detta kan förekomma exempelvis vid selektiv distribution och franchising.

⁽¹⁾ Se dock den föregående fotnoten.

108) De nio olika situationer som förtecknas i punkt 107 visar att vertikala avtal under vissa omständigheter sannolikt bidrar till effektivitetsvinster och utvecklingen av nya marknader och att detta kan uppväga eventuella negativa effekter. Möjligheterna är i allmänhet störst vid vertikala begränsningar med begränsad varaktighet som bidrar till introduktionen av nya komplicerade produkter eller skyddar avtalsspecifika investeringar. En vertikal begränsning är ibland nödvändig så länge som leverantören säljer sin produkt till köparen (se särskilt de situationer som beskrivs i punkt 107a, 107.e, 107.f, 107.g och 107.i).

109) Det finns en hög grad av utbytbarhet mellan de olika vertikala begränsningarna. Det innebär att samma ineffektivitetsproblem kan lösas genom olika vertikala begränsningar. Exempelvis kan stordriftsfördelar vid återförsäljning eventuellt uppnås genom tillämpning av ensamåterförsäljaravtal, selektiv distribution, kvantitetsbegränsningar eller exklusiva inköpsavtal. Däremot kan de negativa effekterna på konkurrensen variera mellan de olika vertikala begränsningarna och detta är av betydelse när begränsningarnas nödvändighet diskuteras mot bakgrund av artikel 101.3.

1.3. Analysmetoder

110) Bedömningen av en vertikal begränsning omfattar i allmänhet följande fyra steg ⁽¹⁾:

- a) För det första måste de berörda företagen fastställa leverantörens och köparens marknadsandelar på den marknad där de säljer respektive köper avtalsprodukterna.
- b) Om varken leverantörens eller köparens andel av den relevanta marknaden överstiger tröskelvärdet på 30 %, omfattas det vertikala avtalet av gruppundantagsförordningen, förutsatt att inga särskilt allvarliga begränsningar eller uteslutna begränsningar enligt gruppundantagsförordningen föreligger.
- c) Om leverantörens och/eller köparens andel av den relevanta marknaden överstiger tröskelvärdet på 30 % är det nödvändigt att bedöma om det vertikala avtalet omfattas av artikel 101.1.
- d) Om det vertikala avtalet omfattas av artikel 101.1, är det nödvändigt att undersöka om det uppfyller villkoren för undantag enligt artikel 101.3.

1.3.1. Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.1

111) I fall där tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar överskrids genomför kommissionen en fullständig under-

sökning från konkurrenssynpunkt. Följande faktorer är särskilt viktiga för att fastställa om ett vertikalt avtal förorsakar en betydande konkurrensbegränsning enligt artikel 101.1:

- a) Avtalets art.
- b) Parternas marknadsställning.
- c) Konkurrenternas marknadsställning.
- d) Den marknadsställning som innehas av köparna av avtalsprodukterna.
- e) Inträdeshinder.
- f) Marknadens mognadsgrad.
- g) Handelsledet.
- h) Produktens art.
- i) Övriga faktorer.

112) Enskilda faktorerers betydelse kan variera från fall till fall och beror på alla andra faktorer. Om parterna till exempel har en stor marknadsandel är det i allmänhet ett tecken på marknadsstyrka, men om inträdeshindren är låga behöver det inte innebära marknadsstyrka. Det är därför omöjligt att ge bestämda regler om betydelsen av enskilda faktorer.

113) Vertikala avtal kan vara utformade på många olika sätt. Det är därför viktigt att analysera avtalets art genom att fastställa vilka begränsningar det innehåller, begränsningarnas varaktighet och hur stor procentandel av den totala försäljningen på marknaden som påverkas av begränsningarna. Det kan vara nödvändigt att gå djupare än till de villkor som uttryckligen fastställs i avtalet. Att det finns underförstådda begränsningar kan framgå av det sätt på vilket parterna tillämpar avtalet och de incitament de ställs inför.

114) Parternas marknadsställning ger en uppfattning om leverantörens, köparens eller båda parternas eventuella marknadsstyrka. Ju större marknadsandel desto större är sannolikt marknadsstyrkan. Detta gäller framför allt om marknadsandelen återspeglar kostnadsfördelar eller andra konkurrensfördelar jämfört med konkurrenterna. Sådana konkurrensfördelar kan vara resultatet av att vara först på marknaden (bästa affärsläget osv.), inneha viktiga patent, ha en överlägsen teknik, vara varumärkesledare eller ha en överlägsen portfölj.

⁽¹⁾ Dessa steg är inte något juridiskt resonemang som kommissionen bör följa i denna ordning när den fattar beslut.

- 115) Sådana indikatorer, det vill säga marknadsandel och eventuella konkurrensfördelar, används för att bedöma konkurrenternas ställning på marknaden. Ju starkare och fler konkurrenterna är, desto mindre är risken för att parterna individuellt kommer att kunna utnyttja sin marknads-makt och utestänga konkurrenter eller mjuka upp konkurrensen. Man måste också bedöma om det finns effektiva och lägliga motstrategier som konkurrenterna sannolikt skulle använda. Om antalet konkurrenter är tämligen litet och deras marknadsställningar (i fråga om storlek, kostnader, FoU-potential osv.) är ungefär jämförbara kan en sådan marknadsstruktur emellertid öka risken för samverkan. Att marknadsandelar fluktuerar eller snabbt förändras är i allmänhet ett tecken på stark konkurrens.
- 116) Den marknadsställning som innehas av parternas kunder ger en fingervisning om huruvida en eller flera kunder har någon köpmakt. Det är kundens andel av köpmakten som är det primära tecknet på ett sådan makt. Denna andel återspeglar hur viktig kundens efterfrågan är för de eventuella leverantörerna. Andra faktorer utgörs närmast av kundens marknadsställning på återförsäljningsmarknaden samt faktorer som att försäljningsstäl-lena har en stor geografisk spridning, egna varumärken och den image kundens varumärke har hos slutkon-sumenterna. Under vissa förhållanden kan köpmakt hindra parterna från att utnyttja sin marknads-makt på marknaden och därigenom lösa ett konkurrensproblem som annars skulle ha funnits. Detta gäller särskilt när starka kunder har kapacitet och incitament att föra in nya leverantörer på marknaden vid en liten men bestå-ende höjning av relativpriserna. Om de starka kunderna bara ser till att själva få fördelaktiga villkor eller bara för över alla prishöjningar på kunderna, hindrar deras ställ-ning inte att parterna utnyttjar sin marknads-makt.
- 117) Inträdeshindren mäts efter hur mycket etablerade företag kan höja sitt pris över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden utan att locka till nytt inträde på marknaden. Om det inte finns några inträdeshinder skulle möjligheten att lätt och snabbt komma in på marknaden göra prishöjningar olönsamma. Om det är sannolikt att det inom ett eller två år sker ett faktiskt inträde, som skulle förhindra eller urholka utnyttjandet av marknads-makt, kan inträdeshindren i allmänhet sägas vara låga. Inträdeshinder kan vara följden av en mängd faktorer, såsom stordriftsfördelar, offentliga regleringar särskilt av-seende exklusiva rättigheter, statligt stöd, importtariffer, immateriella rättigheter, ägande av resurser där tillgången är begränsad till exempel på grund av naturliga begräns-ningar⁽¹⁾, oömbärliga resurser, fördelen av att vara först på marknaden samt konsumenternas varumärkeslojalitet som skapats genom intensiv reklam under en längre tid. Vertikala begränsningar och vertikal integration kan också utgöra ett inträdeshinder genom att tillträdet till marknaden försvåras och (potentiella) konkurrenter ute-stängs. Inträdeshinder kan antingen förekomma endast på leverantörs- eller köparnivå eller på båda nivåerna. Frågan om huruvida vissa av dessa omständigheter bör definieras som inträdeshinder beror framför allt på om de omfattar icke-återvinningsbara kostnader. Oåterkalleliga kostnader är sådana kostnader som är nödvändiga för att träda in på eller utöva verksamhet på en marknad, men som går förlorade när företaget i fråga lämnar marknaden. Reklamkostnader för att bygga upp konsumentlojalitet är vanligen oåterkalleliga om inte ett företag som lämnar marknaden antingen kan sälja sitt varumärke eller an-vända det någon annanstans utan förlust. Ju mer icke-återvinningsbara kostnaderna är, desto mer måste poten-tiella nya aktörer väga riskerna med att träda in på mark-naden och desto mer kan de etablerade företagen hota med att de kommer att möta den nya konkurrensen, eftersom icke-återvinningsbara kostnader gör det kost-samt för nya aktörer att lämna marknaden. Om exem-pelvis återförsäljare är bundna till en tillverkare genom ett avtal med konkurrensklausuler, kommer utestängnings-effekten att få större betydelse om etableringen av egna återförsäljare medför oåterkalleliga kostnader för den po-tentiella nya aktören. I allmänhet förutsätter ett inträde på marknaden icke-återvinningsbara kostnader, ibland mindre och ibland större. Den verkliga konkurrensen är därför i allmänhet effektivare och väger tyngre än den potentiella konkurrensen vid bedömningen av ett ärende.
- 118) En mogen marknad är en marknad som existerat en tid, där den teknik som används är välkänd och allmänt spridd och tämligen oföränderlig, där det inte förekommer några viktiga varumärkesinnovationer och där efter-frågan är relativt stabil eller minskande. På en sådan marknad är negativa effekter mer sannolika än på mer dynamiska marknader.
- 119) Handelsledet avser skillnaden mellan mellanprodukter och tjänster i mellanledet samt slutprodukter och tjänster i slutledet. Mellanprodukter och tjänster i mellanledet säljs till företag för att användas som insatser för att producera andra varor eller tjänster och kan i allmänhet inte kännas igen i slutprodukten eller tjänsten i slutledet. Köparna av mellanprodukter är i regel upplysta kunder som kan bedöma kvaliteten och som därför är mindre beroende av varumärkesimagen. Slutprodukter säljs, di-rekt eller indirekt, till slutkonsumenter, som ofta förlitar sig mer på varumärke och image. Eftersom återförsäljare måste tillgodose slutkonsumenternas efterfrågan, kan konkurrensen bli mer lidande när vissa återförsäljare utes-tängs från att sälja ett eller flera varumärken än när vissa köpare av mellanprodukter hindras från att köpa konkur-rerande produkter från vissa inköpskällor.

⁽¹⁾ Se kommissionens beslut 97/26/EG (ärende nr IV/M.619 - *Gencor/Lonhro*), EGT L 11, 14.1.1997, s. 30.

120) Produktens art spelar en roll i fråga om slutprodukter vid bedömningen av såväl de sannolika negativa som de sannolika positiva effekterna. Vid bedömningen av de sannolika negativa effekterna har det stor betydelse om varorna eller tjänsterna på marknaden är mer eller mindre likartade eller olikartade, om produkten är dyr, om den tar en stor del av konsumentens budget i anspråk eller om den är billig och om produkten utgör ett engångsinköp eller om den köps upprepade gånger. Allmänt kan sägas att ju är mer olikartad och billig produkten är och ju mer den påminner om ett engångsinköp desto sannolikare är det att vertikala begränsningar har negativa effekter.

121) Vid bedömningen av särskilda begränsningar måste andra faktorer eventuellt beaktas. Dessa faktorer kan vara den kumulativa effekten, dvs. marknadstäckningen för andras liknande avtal, avtalets "påtvungade" karaktär (huvudsakligen en part är föremål för begränsningar eller skyldigheter) eller "överenskomna" karaktär (båda parterna godtar begränsningar eller skyldigheter), offentliga regleringar och beteenden som kan tyda på eller underlätta samverkan såsom prisledarskap, förhandsanmälda prisändringar och diskussioner om det "rätta" priset, prisstabilitet vid alltför stor kapacitet, prisdiskriminering samt tidigare samverkan.

1.3.2. Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.3

122) Begränsande vertikala avtal kan också medföra konkurrensfrämjande effekter i form av effektivitetsvinster, som kan uppväga deras konkurrenshämmande effekter. En sådan bedömning görs inom ramen för artikel 101.3, som innehåller ett undantag från förbudet i artikel 101.1. För att detta undantag ska vara tillämpligt måste det vertikala avtalet medföra ekonomiska fördelar, konkurrensbegränsningarna måste vara nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinster, konsumenterna måste tillförsäkras en skälig andel av effektivitetsvinster och avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga ⁽¹⁾.

123) Bedömningen av begränsande avtal enligt artikel 101.3 görs i det sammanhang där de faktiskt förekommer ⁽²⁾

⁽¹⁾ Meddelande från kommissionen - Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

⁽²⁾ Se domstolens dom i de förenade målen 25/84 och 26/84, *Ford*, REG 1985, s. 2725.

och på grundval av sakförhållandena vid en viss tidpunkt. Bedömningen kan ändras om det sker betydande förändringar av sakförhållandena. Undantaget enligt artikel 101.3 gäller så länge de fyra villkoren är uppfyllda och upphör att gälla när detta inte längre är fallet ⁽³⁾. Vid tillämpningen av artikel 101.3 i enlighet med dessa principer måste man ta hänsyn till de investeringar som någongdera parten gjort och till den tid det tar och de begränsningar som krävs för att sätta i verket och ta igen en effektivitetsfrämjande investering.

124) Det första villkoret i artikel 101.3 kräver en bedömning av vilka de objektiva fördelarna är när det gäller effektivitetsvinster som avtalet ger upphov till. I detta hänseende kan vertikala avtal ofta hjälpa till att göra effektivitetsvinster, vilket förklaras i avsnitt 1.2, genom att parterna kan förbättra sitt sätt att driva kompletterande verksamheter.

125) Vid bedömningen av om begränsningen är nödvändig enligt artikel 101.3 kommer kommissionen framför allt att granska om en enskild begränsning gör det möjligt att producera, köpa och/eller (återförsälja) avtalsprodukterna effektivare än vad som skulle varit fallet utan den berörda begränsningen. Vid bedömningen måste hänsyn tas till marknadsvillkoren och den verklighet som parterna ställs inför. Företag som åberopar rätten till undantag enligt artikel 101.3 behöver inte överväga hypotetiska och teoretiska alternativ. De måste emellertid förklara och visa varför alternativ som förefaller mer realistiska och betydligt mindre begränsande skulle vara betydligt mindre effektiva. Om ett alternativ som förefaller vara realistiskt ur kommersiell synvinkel och mindre begränsande leder till att avsevärda effektivitetsvinster går förlorade, kommer begränsningen i fråga anses nödvändig.

126) Villkoret att konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av fördelarna innebär att konsumenterna av de produkter som köps och/eller (återförsäljs) enligt det vertikala avtalet åtminstone måste kompenseras för avtalets negativa effekter ⁽⁴⁾. Med andra ord måste effektivitetsvinster helt uppväga den negativa påverkan som avtalet sannolikt har på priser, produktion och andra relevanta faktorer.

⁽³⁾ Se till exempel kommissionens beslut 1999/242/EG (ärende nr IV/36.237 - *TPS*), EGT L 90, 2.4.1999, s. 6. Förbudet i artikel 101.1 gäller endast så länge avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen eller till resultat att konkurrensen begränsas.

⁽⁴⁾ Se punkt 85 i Meddelande från kommissionen - Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

- 127) Det sista villkoret i artikel 101.3, enligt vilket avtalet inte får ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga, förutsätter en analys av den återstående konkurrensen på marknaden och avtalets påverkan på sådan konkurrens. Vid tillämpningen av det sista villkoret i artikel 101.3 ska förhållandet mellan artikel 101.3 och artikel 102 beaktas. Enligt fast rättspraxis kan tillämpningen av artikel 101.3 inte hindra tillämpning av artikel 102⁽¹⁾. Eftersom artiklarna 101 och 102 båda syftar till att upprätthålla en effektiv konkurrens på marknaden, måste artikel 101.3 i konsekvensens namn tolkas så att den hindrar att undantagsregeln tillämpas på begränsande avtal som utgör missbruk av dominerande ställning⁽²⁾. Ett vertikalt avtal behöver inte sätta den effektiva konkurrensen ur spel genom att undanröja alla eller de flesta källorna till faktisk eller potentiell konkurrens. Konkurrensen mellan företag är en nödvändig drivkraft för att åstadkomma ekonomisk effektivitet, däribland dynamiska effektivitetsvinster i form av innovation. Utan konkurrens har det dominerande företaget inte tillräckligt med incitament för att fortsätta att skapa och föra effektivitetsvinster vidare. Om det inte finns någon återstående konkurrens eller något förutsebart inträdeshot väger skyddet av konkurrensen och konkurrensutvecklingen tyngre än eventuella effektivitetsvinster. Ett begränsande avtal som upprätthåller, skapar eller stärker en marknadsställning som börjar närma sig en monopolställning kan i regel inte motiveras med att det också leder till effektivitetsvinster.

2. Analys av särskilda vertikala begränsningar

- 128) De vanligaste vertikala begränsningarna och kombinationerna av vertikala begränsningar analyseras i återstoden av dessa riktlinjer enligt den analysram som beskrivs i punkterna 96–127. Det finns andra begränsningar och kombinationer för vilka det inte ges någon direkt vägledning i dessa riktlinjer. De kommer dock att behandlas enligt samma principer och med samma betoning på effekterna på marknaden.

⁽¹⁾ Se domstolens dom i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, REG 2000, s. I-1365, punkt 130. På samma sätt hindrar inte tillämpningen av artikel 101.3 tillämpningen av fördragets regler om fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Dessa bestämmelser är under vissa omständigheter tillämpliga på avtal, beslut och samordnade förfaranden i den mening som avses i artikel 101. Se i detta hänseende domstolens dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, *Wouters*, REG 1999, s. I-1577, punkt 120.

⁽²⁾ Se i detta hänseende förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, s. II-309 (ej översatt till svenska). Se även punkt 106 i Meddelande från kommissionen - Tillkännagivande - Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

2.1. Avtal om försäljning av ett enda varumärke

- 129) I gruppen avtal om försäljning av ett enda varumärke ingår sådana avtal vars huvudsyfte är att köparen är skyldig eller förmås att koncentrera sina beställningar av en viss produkt till en enda leverantör. Detta inslag finns i bland annat konkurrensklausuler och kvantitetsbegränsningar som åläggs köparen. Ett avtal med konkurrensklausuler grundar sig på en skyldighet eller ett incitament som föranleder köparen att göra mer än 80 % av sina inköp på en särskild marknad hos en enda leverantör. Det innebär inte att köparen endast kan köpa direkt av leverantören, utan att köparen inte kommer att köpa och återförsälja eller införliva konkurrerande varor eller tjänster. Kvantitetsbegränsningar som åläggs köparen är en lindrigare form av konkurrensklausuler där incitament eller skyldigheter som överenskomits mellan leverantören och köparen föranleder den sistnämnda att i stor utsträckning koncentrera sina inköp till en enda leverantör. Kvantitetsbegränsningar kan exempelvis utgöras av krav på inköp av en minimikvantitet, krav på lagerhållning, icke-linjär prissättning, t.ex. system med villkorade rabatter eller en tvådelad tariff (ett fast pris plus ett pris per enhet). En s.k. engelsk klausul som kräver att köparen rapporterar eventuella bättre offerter och som tillåter att köparen godtar en sådan offert endast om leverantören inte ger ett lika fördelaktigt erbjudande, kan väntas ha samma effekt som ett avtal om försäljning av ett enda varumärke, särskilt om köparen måste avslöja vem som avger den bättre offerten.

- 130) De konkurrenshämmande effekter som avtal om försäljning av ett enda varumärke kan ge upphov till är utestängning från marknaden av konkurrerande leverantörer och potentiella leverantörer, uppmjukning av konkurrensen, underlättande av samverkan på leverantörsnivå i händelse av kumulativ användning och, i det fallet att köparen är en återförsäljare som säljer till slutkonsumenter, minskad konkurrens inom varumärken i butikerna. Sådana begränsande effekter har en direkt inverkan på konkurrensen mellan varumärken.

- 131) Avtal om försäljning av ett enda varumärke undantas med stöd av gruppundantagsförordningen om varken köparens eller leverantörens marknadsandel överstiger 30 % och en tidsgräns på fem år gäller för konkurrensklausulen. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning ges för bedömningen av enskilda ärenden där tröskelvärdet för marknadsandelar eller tidsfristen på fem år överskrids.

- 132) Avtal om försäljning av ett enda varumärke kan leda till konkurrenshämmande avskärmning särskilt när det, utan avtalet, utövas ett betydande konkurrenstryck av konkurrenter som antingen ännu inte finns på marknaden när avtalet ingås eller som inte har förmågan att konkurrera om den fullständiga efterfrågan från kunderna. Konkurrenterna kanske inte kan konkurrera om en enskild

kunds hela efterfrågan på grund av att leverantören i fråga är en oundviklig handelspartner för åtminstone en del av efterfrågan på marknaden, till exempel för att dess varumärke är ett "måste" som föredras av många slutkonsumenter eller för att de andra leverantörerna har sådana kapacitetsbegränsningar att en stor del av efterfrågan endast kan tillhandahållas av leverantören i fråga⁽¹⁾. Leverantörens marknadsställning är av stor betydelse för bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter av avtal om försäljning av ett enda varumärke.

133) Om konkurrenterna kan konkurrera på lika villkor om varje enskild kunds hela efterfrågan är det i regel inte troligt att avtal om försäljning av ett enda varumärke från en viss leverantör hämmar den effektiva konkurrensen om inte kundernas byte av leverantör försvåras på grund av avtalets giltighetstid och marknadstäckning. Ju större bunden marknadsandel, dvs. den del av leverantörens marknadsandel som täcks av ett avtal om försäljning av ett enda varumärke, desto mer betydande kommer avskärmningen sannolikt att bli. Ju längre giltighetstid avtalet om försäljning av ett enda varumärke har, desto mer betydande kommer avskärmningen sannolikt att bli. Avtal om försäljning av ett enda varumärke som gäller kortare tid än ett år och som ingåtts av företag som inte har en dominerande ställning anses i allmänhet inte ha några betydande konkurrenshämmande effekter eller negativa nettoeffekter. Avtal om försäljning av ett enda varumärke på mellan ett och fem år som ingåtts av företag som inte har en dominerande ställning kräver i allmänhet en lämplig avvägning mellan konkurrensfrämjande och konkurrenshämmande effekter, medan avtal med en längre varaktighet än fem år för de flesta investeringar inte anses nödvändiga för att uppnå de påstådda effektivitetsvinster eller så anses de inte tillräckliga för att uppväga utestängningseffekten. Sannolikheten för att avtal om försäljning av ett enda varumärke ska leda till konkurrenshämmande utestängning ökar om det är företag med dominerande ställning som ingår avtalen.

134) Konkurrenternas marknadsställning är viktig vid bedömningen av leverantörens marknadsstyrka. Så länge konkurrenterna är tillräckligt många och starka kan inga betydande konkurrenshämmande effekter väntas. En utestängning av konkurrenter är inte så sannolik, om de har motsvarande marknadsställningar och kan erbjuda lika attraktiva produkter. I ett sådant fall kan utestängning dock förekomma av potentiella nya aktörer när ett antal stora leverantörer ingått avtal om försäljning av ett enda varumärke med ett stort antal köpare på marknaden (en situation med kumulativ effekt). Detta är också en situation där avtal om försäljning av ett enda varumärke kan underlätta samverkan mellan konkurrerande leverantörer. Om dessa leverantörer individuellt omfattas av grupp-

undantagsförordningen, kan det vara nödvändigt att återkalla gruppundantaget för att motverka en sådan negativ kumulativ effekt. Om den bundna marknadsandelen är mindre än 5 % anses den i allmänhet inte bidra till en sådan kumulativ utestängningseffekt i någon större utsträckning.

135) Om den största leverantören har en marknadsandel under 30 %, och de fem största leverantörerna har en marknadsandel som är mindre än 50 %, är det osannolikt att ett enda företag eller flera företag tillsammans orsakar en konkurrenshämmande situation. Om en potentiell ny aktör inte kan komma in på marknaden och inleda en lönsam verksamhet, beror det sannolikt på andra faktorer än avtal om försäljning av ett enda varumärke, till exempel konsumenternas preferenser.

136) Inträdeshinder är viktiga när det gäller att fastställa om konkurrenshämmande utestängning förekommer. Det är osannolikt att utestängningen utgör ett verkligt problem om det är relativt lätt för konkurrerande leverantörer att finna nya köpare eller alternativa köpare för sin produkt. Det finns dock ofta inträdeshinder, såväl i produktions- som distributionsledet.

137) Utjämnande marknadsstyrka är relevant, eftersom köpare med en stark ställning på marknaden inte så lätt låter sig skäras av från tillgången till konkurrerande varor eller tjänster. Mer generellt, för att övertyga kunder att godta avtal om försäljning av ett enda varumärke kan leverantören tvingas att helt eller delvis ersätta dem för den konkurrensförlust som uppstår på grund av exklusiviteten. När sådan ersättning ges kan det ligga i en kunds enskilda intresse att ingå ett avtal om försäljning av ett enda varumärke med leverantören. Det skulle dock vara fel att av detta dra slutsatsen att alla avtal om försäljning av ett enda varumärke sammantaget är till fördel för kunderna på den marknaden och för slutkonsumenterna. Det är särskilt osannolikt att konsumenterna överlag skulle få några fördelar om det finns många kunder och avtalen om försäljning av ett enda varumärke sammantaget har effekten att hindra konkurrerande företag från att gå in på marknaden eller utvidga sin verksamhet.

138) Slutligen är "handelsledet" relevant. Konkurrenshämmande utestängning är mindre sannolik i fråga om en mellanprodukt. Om en leverantör av en mellanprodukt inte har en dominerande ställning, har de konkurrerande leverantörerna fortfarande tillgång till en betydande del av efterfrågan som är fri. I en sådan situation kan dock konkurrenshämmande utestängning uppstå under nivån för dominerande ställning om det finns en kumulativ effekt. Det är osannolikt att en konkurrenshämmande kumulativ effekt uppstår så länge mindre än 50 % av marknaden är uppbyggd.

⁽¹⁾ Domstolens dom i mål T-65/98, *Van den Bergh Fonds mot kommissionen*, REG 2003, s. II-4653, punkterna 104 och 156.

- 139) Om avtalet gäller leverans av en slutprodukt i grossistledet, är det till stor del vilken typ av grossistverksamhet det är fråga om och inträdeshindren i grossistledet som avgör om det är sannolikt att det kommer att uppstå konkurrensproblem. Det finns ingen verklig risk för konkurrenshämmande utestängning om konkurrerande tillverkare lätt kan etablera sin egen grossistverksamhet. Huruvida inträdeshindren är låga beror delvis på typen av grossistverksamhet, dvs. om grossisterna kan utöva en effektiv verksamhet endast med den produkt som berörs av avtalet (t.ex. glass) eller om det är mer effektivt att bedriva handel med ett helt produktsortiment (t.ex. djupfrysta livsmedel). I det senare fallet är det inte effektivt för en tillverkare som säljer endast en produkt att etablera en egen grossistverksamhet. I det fallet kan det uppstå konkurrenshämmande effekter. Kumulativa effekter kan uppstå även om flera leverantörer knyter till sig de flesta till buds stående grossisterna.
- 140) I fråga om slutprodukter är det i allmänhet mer sannolikt att utestängning förekommer på detaljstnivå, med tanke på de betydande inträdeshindren för de flesta tillverkare som vill öppna försäljningsställen enbart för sina egna produkter. Dessutom är det på detaljstnivå som avtal om försäljning av ett enda varumärke kan leda till minskad konkurrens mellan varumärken i butikerna. Därför kan betydande konkurrenshämmande effekter börja uppkomma i fråga om slutprodukter på detaljstnivå, med beaktande av alla övriga relevanta faktorer, om en leverantör som inte har en dominerande ställning binder upp 30 % eller mer av den relevanta marknaden. I fråga om ett företag med en dominerande ställning kan redan en ringa uppbunden marknadsandel leda till betydande konkurrenshämmande effekter.
- 141) En kumulativ utestängningseffekt kan uppstå också på detaljstnivå. När alla leverantörer har marknadsandelar som är mindre än 30 % är en kumulativ konkurrenshämmande utestängningseffekt osannolik, om den uppbundna andelen av marknaden är mindre än 40 %, och det är därför osannolikt att gruppundantaget återkallas. Denna siffra kan vara högre när andra faktorer såsom antalet konkurrenter, inträdeshinder osv. beaktas. I fall där inte alla företag har marknadsandelar under tröskelvärdet enligt gruppundantagsförordningen men inget företag har en dominerande ställning, är en kumulativ konkurrenshämmande utestängningseffekt osannolik om den sammanlagda uppbundna marknadsandelen understiger 30 %.
- 142) Om köparen utövar sin verksamhet i lokaler och på mark som ägs av leverantören eller som leverantören hyr av en tredje part utan anknytning till köparen, är möjligheterna begränsade att vidta effektiva motåtgärder vid en eventuell utestängningseffekt. I det fallet är det osannolikt att kommissionen ingriper under den nivå där en dominerande ställning uppstår.
- 143) Inom vissa sektorer kan det vara svårt att sälja fler än ett varumärke i en och samma lokal, varför det är bäst att lösa ett utestängningsproblem genom att begränsa avtalens faktiska giltighetstid.
- 144) Om man konstaterar att det kommer att uppstå märkbara konkurrenshämmande effekter, väcks frågan om ett eventuellt undantag enligt artikel 101.3. I fråga om avtal med konkurrensklaustrer kan särskilt de effektivitetsvinster som beskrivs i punkt 107 a (snålskjuts mellan leverantörer), d och e (hold-up-problem) samt h (imperfectioner på kapitalmarknaden) vara relevanta.
- 145) I händelse av en effektivitetsvinst såsom denna beskrivs i punkt 107 a, d och h kan en kvantitetsbegränsning som åläggs köparen vara ett mindre begränsande alternativ. En konkurrensklaustrer kan vara det enda möjliga sättet att uppnå en effektivitetsvinst enligt punkt 107 e (hold-up-problem i samband med överföring av know-how).
- 146) Om leverantören gör avtalsspecifika investeringar (se punkt 107 d), medför ett avtal med konkurrensklaustrer eller med kvantitetsbegränsningar som ingås för den period under vilken investeringen avskrivs i regel att villkoren i artikel 101.3 uppfylls. I händelse av stora avtalsspecifika investeringar kan det vara motiverat med en konkurrensklaustrer som gäller längre än fem år. En avtalsspecifik investering skulle till exempel kunna föreligga när leverantören installerar eller anpassar utrustning, om denna utrustning efteråt kan användas endast till att tillverka komponenter för en viss köpare. Generella eller marknadsspecifika investeringar i (extra) kapacitet är vanligen inte avtalsspecifika investeringar. Om en leverantör skapar ny kapacitet som särskilt har ett samband med den verksamhet som en viss köpare utövar, t.ex. ett företag som tillverkar konservburkar i metall och som skapar ny kapacitet för konservburkstillverkning i en livsmedelsproducenters lokaler eller i närheten av dessa, kan den nya kapaciteten vara lönsam endast om produktionen är inriktad på just den kunden, varvid investeringen skulle anses avtalsspecifik.
- 147) Om leverantören ger köparen ett lån eller förser denne med utrustning som inte är avtalsspecifik, är detta i regel inte tillräckligt för att motivera beviljandet av undantag för en begränsning som leder till en konkurrenshämmande avskärmning av marknaden. Vid imperfektioner på kapitalmarknaden kan det vara effektivare för en leverantör av en produkt än för en bank att bevilja ett lån (se punkt 107 h). I ett sådant fall bör lånet emellertid tillhandahållas på det minst begränsande sättet och köparen bör således i allmänhet inte hindras från att säga upp avtalet och återbetala den utestående delen av lånet när som helst och utan viten.

- 148) Överföring av väsentlig know-how (punkt 107 e) berättigar i allmänhet en konkurrensklausul under leveransavtalets hela löptid, exempelvis i samband med franchising.

149) Exempel på konkurrensklausuler

Marknadsledaren på en nationell marknad för en impulsköpsprodukt, med en marknadsandel på 40 %, säljer största delen av sina produkter (90 %) via bundna återförsäljare (motsvarande en bunden marknadsandel på 36 %). Avtalen ålägger återförsäljarna att endast köpa av marknadsledaren under minst fyra år. Marknadsledaren är särskilt starkt företrädd inom de mer tätbefolkade områdena, exempelvis i huvudstaden. Konkurrenterna, som är tio till antalet, av vilka några är endast lokalt tillgängliga, har alla mycket mindre marknadsandelar, den största av dem innehar 12 %. Dessa tio konkurrenter säljer tillsammans ytterligare 10 % på marknaden via försäljningsställen som är knutna till dem. Det finns en stark varumärkes- och produktdifferentiering på marknaden. Marknadsledaren har de starkaste varumärkena och är ensam om att regelbundet bedriva nationella reklamkampanjer. Marknadsledaren förser sina bundna återförsäljare med särskilda lagerutrymmen för sin produkt.

Resultatet är att sammanlagt 46 % (36 % + 10 %) av marknaden är avskärmad från potentiella nya aktörer och från etablerade företag som inte har försäljningsställen knutna till sig. Potentiella nya aktörer möter ännu högre inträdeshinder i de tätbefolkade områdena, där utestängningen är ännu effektivare, även om det är där de skulle föredra att träda in på marknaden. På grund av en stark varumärkes- och produktdifferentiering och höga sökkostnader i relation till priset på produkten leder avsaknaden av konkurrens mellan varumärken i butikerna dessutom till en ytterligare ekonomisk förlust för konsumenterna. De eventuella effektivitetsvinster av ensamrätten till försäljningsställen, vilka enligt marknadsledaren härrör från lägre transportkostnader och ett eventuellt hold-up-problem som gäller lagerutrymmena, är begränsade och uppväger inte de negativa konkurrenseffekterna. Effektivitetsvinster är begränsade, eftersom transportkostnaderna är relaterade till kvantitet och inte exklusivitet samtidigt som lagerutrymmena inte innehåller någon särskild know-how och inte är varumärkesspecifika. I sådana fall är det mycket osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.

150) Exempel på kvantitetsbegränsningar

Tillverkare X som innehar en marknadsandel på 40 %, säljer 80 % av sina produkter genom avtal i vilka det anges att återförsäljaren måste göra minst 75 % av sina inköp av produkttypen hos tillverkare X. X erbjuder i sin tur finansiering och utrustning till förmånliga priser. Avtalen har en löptid på fem år under vilken lånet ska

återbetalas i form av lika stora avbetalningar. Efter de två första åren har köparna dock möjlighet att säga upp avtalet med en uppsägningstid på sex månader om de återbetalar det utestående lånet och köper utrustningen till tillgångarnas marknadsvärde. Efter femårsperioden blir utrustningen köparens egendom. De flesta av de tolv konkurrerande producenterna är små varav den största av dem har en marknadsandel på 20 %. Dessa producenter har ingått liknande avtal av varierande varaktighet. De producenter som har marknadsandelar under 10 % har ofta ingått avtal med längre löptider och mindre fördelaktiga uppsägningvillkor. De avtal som ingåtts av producent X innebär att 25 % av behovet kan levereras av konkurrenter. Under de senaste tre åren har två nya producenter trätt in på marknaden och erövrat en marknadsandel på omkring 8 %, delvis genom att ta över lånen för ett antal återförsäljare, som i gengäld ingått avtal med dessa producenter.

Producent X har en marknadsandel på 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40\%$). Övriga producenter har en bunden marknadsandel på omkring 25 %. Därför är omkring 49 % av marknaden avskärmad från potentiella nya aktörer och från etablerade aktörer som inte har försäljningsställen knutna till sig under åtminstone de första två åren av leveransavtalens giltighetstid. Marknaden visar att återförsäljarna ofta har svårigheter att erhålla banklån och att de i allmänhet är alltför små för att uppbringa kapital på annat sätt, t.ex. genom att emittera aktier. Dessutom kan producent X visa att en koncentration av försäljningen till ett litet antal återförsäljare gör det möjligt för denne att bättre planera sin försäljning och spara transportkostnader. Mot bakgrund av effektivitetsvinster och den del på 25 % av producent X:s avtal som inte är bunden, att det verkligen är möjligt att säga upp avtalet i förtid, att nya producenter nyligen trätt in på marknaden och att omkring hälften av återförsäljarna inte är uppbundna är det sannolikt att den kvantitetsbegränsning på 75 % som tillämpas av producent X uppfyller villkoren i artikel 101.3.

2.2. Ensamåterförsäljaravtal

- 151) Genom ett ensamåterförsäljaravtal samtycker leverantören till att sälja sina produkter till endast en återförsäljare för vidareförsäljning inom ett visst område. Samtidigt är återförsäljarens aktiva försäljning till andra exklusivt tilldelade områden begränsad. De eventuella riskerna för konkurrenshämmande effekter består i allmänhet i minskad konkurrens inom varumärken och uppdelning av marknaden, vilket i synnerhet kan underlätta prisdiskriminering. Om de flesta eller alla leverantörer tillämpar ensamåterförsäljaravtal kan det mjuka upp konkurrensen och underlätta samverkan, såväl på leverantörs- som återförsäljarnivå. Ensamåterförsäljning kan leda till utestängning av andra återförsäljare och därmed minska konkurrensen på den nivån.

- 152) Ensamåterförsäljaravtal undantas med stöd av gruppundantagsförordningen om varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger 30 %, även i kombination med andra vertikala begränsningar om dessa inte är särskilt allvarliga, exempelvis en konkurrensklausul på högst fem år, kvantitetsbegränsningar eller exklusiva inköpsavtal. En kombination av exklusiv distribution och selektiv distribution undantas enligt gruppundantagsförordningen endast om det inte föreligger några begränsningar av en aktiv försäljning inom andra områden. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av ensamåterförsäljaravtal i enskilda fall över tröskelvärdet på 30 %.
- 153) Leverantörens och de konkurrerande leverantörernas marknadsställning har stor betydelse, eftersom förlusten av konkurrens inom varumärken endast utgör ett problem om konkurrensen mellan varumärken är begränsad. Ju starkare leverantörens marknadsställning är desto allvarligare är förlusten av konkurrens inom varumärken. Ovanför tröskelvärdet på 30 % kan det finnas en risk för en betydande minskning av konkurrensen inom varumärken. För att uppfylla villkoren i artikel 101.3 kan det bli nödvändigt att uppväga förlusten av konkurrens inom varumärken med verkliga effektivitetsvinster.
- 154) Konkurrenternas ställning kan ha en dubbel betydelse. Starka konkurrenter innebär i allmänhet att den minskade konkurrensen inom varumärken uppvägs av en tillräcklig konkurrens mellan varumärken. Om antalet konkurrenter är förhållandevis litet och deras marknadsposition är tämligen likartad i fråga om marknadsandelar, kapacitet och distributionsnät, finns det dock en risk för samverkan och/eller uppmjukning av konkurrensen. Förlusten av konkurrens inom varumärken kan öka denna risk, särskilt om flera leverantörer tillämpar liknande distributionssystem. Om multipla ensamåterförsäljare förekommer, dvs. om olika leverantörer auktoriserar samma ensamåterförsäljare inom ett visst område, kan risken för samverkan och uppmjukning av konkurrensen öka ytterligare. Om en återförsäljare ges ensamrätt att återförsälja två eller flera viktiga konkurrerande produkter inom samma område, kan konkurrensen mellan varumärken begränsas avsevärt för de varumärkena. Ju större den kumulativa marknadsandelen är för de varumärken som återförsäljs av de multipla ensamåterförsäljarna, desto större är risken för samverkan och/eller uppmjukning av konkurrensen och desto mer kommer konkurrensen mellan varumärken att minska. Om en detaljist är ensamåterförsäljare för flera varumärken kan detta leda till att om en tillverkare sänker grossistpriset för sitt varumärke, kommer ensamåterförsäljaren inte att vara angelägen om att låta prissänkningen komma slutkonsumenten till godo, eftersom det skulle minska ensamåterförsäljarens försäljning och vinster av andra varumärken. Jämfört med en situation utan multipla ensamåterförsäljare har därför tillverkarna ett minskat intresse av att konkurrera med varandra i fråga om priser. Sådana situationer med kumulativ verkan kan vara ett skäl till att återkalla gruppundantaget, om leverantörernas och köparnas marknadsandelar understiger tröskelvärdet i gruppundantagsförordningen.
- 155) Inträdeshinder som kan hindra leverantörer från att finna nya eller alternativa återförsäljare är mindre viktiga vid bedömningen av de eventuella konkurrenshämmande effekterna av ensamåterförsäljning. Utestängning av andra leverantörer uppstår inte så länge ensamåterförsäljaravtal inte kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke.
- 156) Frågan om utestängning av andra återförsäljare uppstår inte om de leverantörer som tillämpar systemet med ensamåterförsäljning auktoriserar ett stort antal ensamåterförsäljare på samma marknad och dessa inte hindras från att sälja till icke auktoriserade återförsäljare. Utestängning av andra återförsäljare kan emellertid uppstå om köparen har en stark ställning och marknadsstyrka i det efterföljande marknadsledet, särskilt i fråga om mycket stora områden där ensamåterförsäljaren blir den ende köparen på hela marknaden. Som exempel kan nämnas att en stormarknadskedja blir ensam återförsäljare av ett ledande varumärke på en nationell marknad för detaljhandel med livsmedel. Utestängningen av andra återförsäljare kan förvärras om multipla ensamåterförsäljare förekommer.
- 157) Köparens starka ställning kan också öka risken för samverkan i köparledet, om stora köpare, som eventuellt är verksamma inom olika geografiska områden, ålägger en eller flera leverantörer att ingå ensamåterförsäljaravtal.
- 158) Marknadens mognadsgrad är viktig, eftersom prisdiskriminering och förlusten av konkurrens inom varumärken kan vara ett allvarligt problem på en mogen marknad, men är mindre relevant på en marknad med ökande efterfrågan, tekniska förändringar och föränderliga marknadspositioner.
- 159) Handelsledet är en viktig faktor, eftersom de eventuella negativa effekterna kan variera mellan grossist- och detaljistledet. Ensamåterförsäljning tillämpas huvudsakligen vid återförsäljning av slutprodukter och tjänster i slutledet. Förklarad konkurrens inom varumärken är särskilt sannolik i detaljistledet inom stora geografiska områden, eftersom slutkonsumenterna kan ställas inför det faktum att de har små möjligheter att välja mellan en återförsäljare med höga priser och bra service och en återförsäljare med låga priser och dålig service i fråga om ett viktigt varumärke.

- 160) En tillverkare som auktoriserar en grossist som ensamåterförsäljare gör det vanligen för ett större territorium, såsom en hel medlemsstat. Så länge grossisten kan sälja produkten utan begränsning till återförsäljare i det efterföljande marknadsledet är det osannolikt att konkurrenshämmande effekter uppkommer. En eventuell förlust av konkurrens inom varumärken på grossistnivå kan lätt uppvägas av effektivitetsvinster inom logistik, säljfrämjande åtgärder osv., särskilt om tillverkaren är etablerad i ett annat land. De eventuella riskerna för minskad konkurrens mellan varumärken när multipla ensamåterförsäljare förekommer är dock större i grossist- än i detaljistledet. Om en grossist blir ensamåterförsäljare för ett stort antal leverantörer kan detta inte bara minska konkurrensen mellan dessa varumärken utan också leda till utestängning i grossistledet.
- 161) Som anges i punkt 155, uppstår utestängning av andra leverantörer inte så länge ensamåterförsäljaravtal inte kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke. Men också när ensamåterförsäljning kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke är det osannolikt att det leder till konkurrenshämmande utestängning av andra leverantörer, utom eventuellt när avtalet om försäljning av ett enda varumärke tillämpas på ett tätt nät av ensamåterförsäljare inom små områden eller om det uppstår en kumulativ effekt. I ett sådant fall kan det bli nödvändigt att tillämpa de i avsnitt 2.1 angivna principerna gällande avtal om försäljning av ett enda varumärke. Om kombinationen inte leder till en betydande utestängning kan kombinationen av ensamåterförsäljaravtal och avtal om försäljning av ett enda varumärke dock främja konkurrensen genom att öka ensamåterförsäljarens motivation att inrikta sina ansträngningar på just det varumärket. Om en sådan utestängningseffekt inte föreligger, kan kombinationen ensamåterförsäljaravtal och konkurrensklausul mycket väl uppfylla villkoren i artikel 101.3 under hela avtalets varaktighet, särskilt i grossistledet.
- 162) Kombinationen av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal ökar risken för eventuella konkurrenshämmande effekter i form av minskad konkurrens inom varumärken och uppdelning av marknaden, vilket i synnerhet kan underlätta prisdiskriminering. Ensamåterförsäljning begränsar redan i sig kundernas arbitragemöjligheter, eftersom den begränsar antalet återförsäljare och vanligen begränsar återförsäljarnas möjligheter till aktiv försäljning. Exklusiva inköpsavtal, som tvingar ensamåterförsäljarna att göra alla sina inköp av ett visst varumärke direkt hos tillverkaren, eliminerar dessutom eventuellt arbitrage för ensamåterförsäljarnas del, som hindras från att köpa av andra distributörer i systemet. Detta ökar leverantörens möjligheter att begränsa konkurrensen inom varumärken och tillämpa olika försäljningsvillkor till nackdel för konsumenterna, om inte kombinationen gör det möjligt att göra effektivitetsvinster som leder till lägre priser för alla slutkonsumenter.
- 163) Produktens art är inte särskilt relevant för bedömningen av ensamåterförsäljningens eventuella konkurrenshämmande effekter. Produktens art är dock relevant för bedömningen av eventuella effektivitetsvinster, det vill säga efter det att en avsevärd konkurrenshämmande effekt har påvisats.
- 164) Ensamåterförsäljning kan leda till effektivitetsvinster särskilt om det krävs att distributörerna gör investeringar för att skydda eller bygga upp varumärkesimagen. I allmänhet är möjligheterna till effektivitetsvinster störst i fråga om nya produkter, komplicerade produkter, produkter vilkas egenskaper är svåra att bedöma innan de konsumeras (produkter som köps p.g.a. erfarenhet) eller vilkas egenskaper är svåra att bedöma till och med efter det att de konsumerats (produkter som köps p.g.a. trovärdighet). Dessutom kan ensamåterförsäljning leda till inbesparingar av logistikkostnader på grund av stordriftsfördelar i fråga om transport och distribution.
- 165) Exempel på exklusiv distribution i grossistledet
- A är marknadsledare på marknaden för en viss kapitalvara. A säljer sin produkt via exklusiva grossister. Grossisternas områden motsvarar hela medlemsstaten för små medlemsstater och en region för större medlemsstater. Dessa exklusiva distributörer sköter försäljningen till alla detaljister inom sina områden. De säljer inte till slutkonsumenter. Grossisterna ansvarar för säljfrämjande åtgärder på sina marknader. Detta inbegriper sponsring av lokala evenemang, men också att förklara och marknadsföra de nya produkterna för återförsäljarna inom sina områden samt att göra reklam för dem. Den tekniska och produktinnovativa utvecklingen är förhållandevis snabb på denna marknad, och den service som tillhandahålls återförsäljare och slutkonsumenter före försäljning spelar en viktig roll. Det krävs inte att grossisterna gör alla sina inköp av leverantör A:s varumärke hos tillverkaren själv, och det är möjligt för grossister eller detaljister att tillämpa arbitrage, eftersom transportkostnaderna är relativt låga jämfört med produktens värde. Grossisterna omfattas inte av avtal med konkurrensklausuler. Återförsäljare säljer också ett antal varumärken från konkurrerande leverantörer, och det finns inga avtal om ensamåterförsäljning eller selektiv distribution på detaljistnivå. A har en marknadsandel på omkring 50 % på EU-marknaden för försäljning till grossister. A:s marknadsandel på de olika nationella detaljistmarknaderna varierar mellan 40 % och 60 %. A har mellan sex och tio konkurrenter på varje nationell marknad: B, C och D är de största konkurrenterna och också närvarande på varje nationell marknad med marknadsandelar som varierar mellan 5 % och 20 %. De återstående tillverkarna är nationella, med mindre marknadsandelar. B, C och D har liknande distributionsnät, medan de lokala tillverkarna tenderar att sälja sina produkter direkt till återförsäljarna.

På den grossistmarknad som beskrivs i exemplet är risken liten för prisdiskriminering och minskad konkurrens inom varumärken. Arbitrage hindras inte, och avsaknaden av konkurrens inom varumärken är inte så relevant på grossistnivå. På detaljistnivå förhindras varken konkurrens inom eller mellan varumärken. Dessutom är konkurrensen mellan varumärken i stort sett opåverkad av exklusiva avtal på grossistnivån. Det är därför sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda, även om konkurrenshämmande effekter förekommer.

166) Exempel på multipla ensamåterförsäljare på en oligopolistisk marknad

På en nationell marknad för en slutprodukt finns det fyra marknadsledare, var och en med en marknadsandel på omkring 20 %. Dessa fyra marknadsledare säljer sin produkt via ensamåterförsäljare i detaljistledet. Detaljisterna får ett exklusivt område, som motsvarar den stad i vilken de är etablerade eller en stadsdel i fråga om större städer. Inom de flesta områdena råkar de fyra marknadsledarna utse samma ensamåterförsäljare (multipla ensamåterförsäljare), som ofta har ett centralt läge och som är tämligen specialiserad på produkten i fråga. Resterande 20 % av den nationella marknaden består av små lokala tillverkare, av vilka den största har en andel på 5 % av den nationella marknaden. Dessa lokala tillverkare säljer i allmänhet sina produkter via andra återförsäljare, särskilt därför att ensamåterförsäljarna för de fyra största leverantörerna i allmänhet visar ett svagt intresse för att sälja dessa mindre kända och billigare varumärken. Det finns en stark varumärkes- och produktdifferentiering på marknaden. De fyra marknadsledarna bedriver omfattande nationella reklamkampanjer och har en stark varumärkesimage, medan tillverkare av marginalprodukter inte gör reklam för sina produkter på nationell nivå. Marknaden är ganska mogen, med en stabil efterfrågan och utan omfattande produktmässig eller teknisk innovation. Produkten är relativt enkel.

På en sådan oligopolistisk marknad finns det en risk för samverkan mellan de fyra marknadsledarna. Denna risk förstärks om multipla ensamåterförsäljare förekommer. Konkurrensen inom varumärken begränsas av den territoriella exklusiviteten. Konkurrensen mellan de fyra ledande varumärkena minskar på detaljistnivå, eftersom en detaljist fastställer priset för alla fyra varumärken inom varje område. Förekomsten av multipla ensamåterförsäljare innebär att om en tillverkare sänker priset för sitt varumärke, kommer detaljisten inte att vara angelägen om att låta prissänkningen komma slutkonsumenten till godo, eftersom det skulle minska detaljistens försäljning och vinster av andra varumärken. Därför har tillverkarna ett begränsat intresse av att konkurrera med varandra i fråga om priser. Priskonkurrens mellan varumärken förekommer huvudsakligen i fråga om varor med svag varumärkesimage som tillverkas av marginella pro-

ducenter. De eventuella effektivitetsargumenten för (gemensamma) ensamåterförsäljare är begränsade, eftersom produkten är relativt enkel, återförsäljningen inte kräver några särskilda investeringar eller någon särskild utbildning och reklamen huvudsakligen görs på producentnivå.

Även om var och en av marknadsledarna har en marknadsandel som är mindre än tröskelvärdet, är det möjligt att villkoren i artikel 101.3 inte är uppfyllda och det kan bli nödvändigt att återkalla gruppundantaget för de avtal som ingåtts med återförsäljare som har en marknadsandel under 30 % på upphandlingsmarknaden.

167) Exempel på ensamåterförsäljaravtal kombinerade med exklusiva inköpsavtal

Tillverkare A är marknadsledare i Europa i fråga om en skrymmande kapitalvara och har en marknadsandel på 40–60 % på de flesta nationella detaljistmarknaderna. I medlemsstater där A har en stor marknadsandel har A färre konkurrenter med mycket mindre marknadsandelar. Konkurrenterna är verksamma på endast en eller två nationella marknader. A:s långsiktiga policy är att sälja sin produkt via sina nationella dotterbolag till ensamåterförsäljare i detaljistledet, vilka inte tillåts att sälja aktivt till andra ensamåterförsäljares områden. Dessa återförsäljare uppmuntras därmed att göra reklam för produkten och tillhandahålla service före försäljningen. Nyligen har återförsäljarna dessutom blivit skyldiga att köpa tillverkare A:s produkter endast av det nationella dotterbolaget till tillverkare A i deras land. De återförsäljare som säljer tillverkare A:s varumärke är de viktigaste återförsäljarna av produkttypen inom sitt område. De säljer konkurrerande varumärken, men med varierande grader av framgång och entusiasm. Sedan exklusiva inköpsavtal införts tillämpar A prisskillnader på mellan 10 % och 15 % mellan högprismarknader bland de marknader där A har mindre konkurrens. Marknaderna är relativt stabila på efterfråge- och utbudssidan och det förekommer inga betydande tekniska förändringar.

På högprismarknaderna är minskad konkurrens inom varumärken inte endast en följd av den territoriella exklusiviteten i detaljistledet, utan den förvärras av exklusiva inköpsavtal som åläggs detaljisterna. Exklusiva inköpsavtal bidrar till att avskilja marknader och områden genom att omöjliggöra arbitrage mellan de största återförsäljarna av den typen av produkt. Ensamåterförsäljarna i detaljistledet kan inte heller sälja aktivt till varandras områden och tenderar i praktiken att undvika leveranser utanför det egna området. Det har gjort prisdiskriminering möjligt, men det har inte lett till någon betydande ökning av den totala försäljningen. Arbitrage som utövas av konsumenter eller fristående återförsäljare förekommer endast i begränsad utsträckning, eftersom produkten är skrymmande.

Argumenten om eventuella effektivitetsvinster när man utser ensamåterförsäljare kan vara övertygande, särskilt på grund av att det uppmuntrar återförsäljarna, men att hänvisa till effektivitetsvinster för att kombinera ensamåterförsäljning och exklusiva inköpsavtal, särskilt eventuella effektivitetsvinster vid exklusiva inköpsavtal, som är kopplade främst till stordriftsfördelar vid transporter, är inte lika övertygande, eftersom effektivitetsvinsterna sannolikt inte kommer att uppväga de negativa effekterna av prisdiskriminering och minskad konkurrens inom varumärken. I sådana fall är det osannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.

2.3. Exklusiv tilldelning av kunder

168) I ett avtal om exklusiv tilldelning av kunder samtycker leverantören till att sälja sina produkter till endast en återförsäljare för distribution till en viss kundkategori. Samtidigt är återförsäljaren vanligen begränsad i sin aktiva försäljning till andra (exklusivt tilldelade) kundkategorier. Gruppundantagsförordningen begränsar inte möjligheterna att avgränsa en exklusiv kundkategori. Det kan till exempel vara fråga om en viss typ av kunder som avgränsas på grundval av sitt yrke men också en förteckning över vissa kunder som väljs på grundval av ett eller flera objektiva kriterier. De eventuella riskerna för konkurrenshämmande effekter består i allmänhet i minskad konkurrens inom varumärken och uppdelning av marknaden, vilket i synnerhet kan underlätta prisdiskriminering. När de flesta eller alla leverantörer tillämpar avtal om exklusiv tilldelning av kunder kan det mjuka upp konkurrensen och underlätta samverkan, såväl på leverantörs- som återförsäljarnivå. Exklusiv tilldelning av kunder kan leda till utestängning av andra återförsäljare och därmed minska konkurrensen i det handelsledet.

169) Avtal om exklusiv tilldelning av kunder undantas med stöd av gruppundantagsförordningen om varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar, även i kombination med andra vertikala begränsningar om dessa inte är särskilt allvarliga, såsom konkurrensklausuler, kvantitetsbegränsningar eller exklusiva inköpsavtal. En kombination av exklusiv tilldelning av kunder och selektiv distribution är i regel en särskilt allvarlig begränsning, eftersom de auktoriserade återförsäljarna vanligen inte har full frihet att aktivt sälja till slutanvändare. Över tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar gäller den vägledning som ges i punkterna 151–167 också för bedömningen av exklusiv tilldelning av kunder, dock med förbehåll för de särskilda anmärkningarna i återstoden av detta avsnitt.

170) Tilldelningen av kunder försvårar i allmänhet kundernas möjligheter till arbitrage. Med tanke på att varje auktoriserad återförsäljare har tilldelats en egen kundkategori kan dessutom icke auktoriserade återförsäljare som inte hör till en sådan kategori ha svårt att få tag i produkten. Detta minskar möjligheterna till arbitrage för icke auktoriserade återförsäljare.

171) Avtal om exklusiv tilldelning av kunder tillämpas huvudsakligen på mellanprodukter och på grossistnivå när det gäller slutprodukter, där kundkategorier med olika specialönskemål beträffande produkten kan särskiljas.

172) Avtal om exklusiv tilldelning av kunder kan medföra effektivitetsvinster särskilt om det krävs att återförsäljarna ska göra investeringar exempelvis i särskild utrustning, färdigheter eller know-how som en anpassning till deras kundkategoris önskemål. Avskrivningsperioden för dessa investeringar anger den berättigade varaktigheten för ett system med exklusiv tilldelning av kunder. I allmänhet är argumenten starkast för nya eller komplicerade produkter och för produkter som kräver anpassning till den enskilde kundens behov. Identifierbara differentierade behov är mer sannolika i fråga om mellanprodukter, det vill säga produkter som säljs till olika typer av professionella köpare. Det är osannolikt att tilldelning av slutkonsumenter leder till effektivitetsvinster.

173) Exempel på exklusiv tilldelning av kunder

Ett företag har utvecklat en sofistikerad sprinkleranläggning. Företaget har för närvarande en andel på 40 % av marknaden för sprinkleranläggningar. När företaget började sälja den sofistikerade sprinklern hade det en marknadsandel på 20 % med en äldre produkt. Installeringen av den nya sprinklertypen beror på vilken typ av byggnad den installeras i och på byggnadens användningsändamål (kontor, kemisk anläggning, sjukhus osv.). Företaget utsåg ett antal återförsäljare som skulle sälja och installera sprinkleranläggningen. Varje återförsäljare måste utbilda sina anställda för de allmänna och särskilda krav som installeringen av sprinkleranläggningen för en särskild kundkategori ställer. För att säkerställa att återförsäljare specialiserade sig, tilldelade företaget varje återförsäljare en exklusiv kundkategori och förbjöd aktiv försäljning till andra återförsäljares exklusiva kundkategorier. Efter fem år kommer alla ensamåterförsäljare att tillåtas att aktivt sälja till alla kundkategorier. Därmed upphör systemet med exklusiv tilldelning av kunder. Leverantören kan då också börja sälja till nya återförsäljare. Marknaden är ganska dynamisk, med två nya aktörer och ett antal tekniska innovationer. Konkurrenterna, med marknadsandelar på mellan 5 % och 25 %, uppgraderar också sina produkter.

Eftersom exklusiviteten har en begränsad varaktighet och bidrar till att säkerställa att återförsäljarna kan få avkastning på sina investeringar och initialt koncentrera sina försäljningssatsningar till en viss kundkategori för att lära sig branschen, och eftersom de eventuella konkurrenshämmande effekterna ter sig begränsade på en dynamisk marknad, är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 uppfylls.

2.4. Selektiv distribution

- 174) Avtal om selektiv distribution begränsar, i likhet med ensamåterförsäljaravtal, dels antalet auktoriserade återförsäljare, dels möjligheterna till återförsäljning. Skillnaden mot ett ensamåterförsäljaravtal är att ett selektivt distributionsavtal begränsar antalet detaljister inte enligt antalet områden utan enligt urvalskriterier som i första hand har samband med produkternas natur. En annan skillnad är att ensamåterförsäljaravtalets begränsning av återförsäljningen inte är en begränsning av den aktiva försäljningen till ett område utan en begränsning av all försäljning till icke auktoriserade återförsäljare, vilket innebär att endast auktoriserade återförsäljare och slutkunder är möjliga köpare. Selektiv distribution används nästan alltid för att distribuera märkesprodukter.
- 175) De eventuella riskerna för konkurrenshämmande effekter är minskad konkurrens inom varumärken och, särskilt i fall av kumulativ effekt, utestängning av vissa typer av återförsäljare samt underlättande av samverkan mellan leverantörer eller köpare och svagare konkurrens. För att bedöma eventuella konkurrenshämmande effekter av selektiv distribution enligt artikel 101.1 måste en distinktion göras mellan selektiv distribution som är rent kvalitativ och selektiv distribution som är kvantitativ. Vid rent kvalitativ selektiv distribution väljs återförsäljarna endast på grundval av objektiva kriterier som bestäms av varans natur, såsom utbildning av försäljningspersonal, den service som ges vid försäljningsstället, att ett visst urval produkter säljs osv. ⁽¹⁾ Tillämpningen av sådana kriterier begränsar inte direkt antalet detaljister. Selektiv distribution som är rent kvalitativ anses i allmänhet falla utanför artikel 101.1 på grund av att den saknar konkurrenshämmande effekter, förutsatt att tre villkor uppfylls. För det första måste produktens art kräva ett system med selektiv distribution, i den meningen att ett sådant system är ett berättigat krav, med hänsyn till produktens art, för att bevara produktens kvalitet och säkerställa att den används på rätt sätt. För det andra måste återförsäljarna väljas på grundval av objektiva kvalitativa kriterier som är desamma och gäller för alla potentiella återförsäljare och som inte får tillämpas på ett diskriminerande sätt. För det tredje får de fastställda kriterierna inte gå längre än nödvändigt ⁽²⁾. En kvantitativ selektiv distribution medför ytterligare urvalskriterier som mer direkt begränsar det möjliga antalet återförsäljare exempelvis genom att kräva en minimi- eller maximiförsäljning, genom att fastställa antalet återförsäljare osv.
- 176) Kvalitativ och kvantitativ selektiv distribution undantas enligt gruppundantagsförordningen så länge varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger 30 %, även i kombination med andra vertikala begränsningar om dessa inte är särskilt allvarliga begränsningar, såsom konkurrensklausuler eller ensamåterförsäljaravtal, under förutsättning att återförsäljarnas frihet att bedriva aktiv försäljning till andra återförsäljare och till slutanvändare inte begränsas. Selektiv distribution omfattas av gruppundantagsförordningen oavsett den berörda produktens art och oavsett urvalskriteriernas art. Om produktens karaktär ⁽³⁾ inte kräver selektiv distribution eller de tillämpade kriterierna, till exempel kravet på att återförsäljarna måste ha en eller flera vanliga butiker eller måste tillhandahålla särskild service, medför ett sådant distributionssystem i regel dock inte tillräckliga effektivitetsfrämjande effekter för att uppväga en betydande minskning av konkurrensen inom varumärken. Om betydande konkurrenshämmande effekter uppstår, är det sannolikt att gruppundantaget återkallas. Dessutom ges i återstoden av detta avsnitt vägledning för bedömningen av selektiv distribution i enskilda fall som inte omfattas av gruppundantagsförordningen eller om en kumulativ effekt uppstår till följd av parallella nätverk av selektiv distribution.

- 177) Marknadspositionen för leverantören och dennes konkurrenter har stor betydelse för bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter, eftersom förlusten av konkurrens inom varumärken kan vara problematisk endast om konkurrensen mellan varumärken är begränsad. Ju starkare position leverantören har, desto mer problematisk är förlusten av konkurrens inom varumärken. En annan viktig faktor är antalet selektiva distributionsnät på samma marknad. Om selektiv distribution tillämpas av endast en leverantör på marknaden har kvantitativ selektiv distribution i regel inga negativa nettoeffekter om avtalsvarorna, med hänsyn till deras art, kräver att ett selektivt distributionssystem tillämpas och förutsatt att de urvalskriterier som tillämpas är nödvändiga för att säkerställa en effektiv distribution av varorna i fråga. Verkligheten ser dock ut att vara den att selektiv distribution ofta tillämpas av ett antal leverantörer på en viss marknad.

- 178) Konkurrenternas ställning kan ha en dubbel betydelse och spelar en roll särskilt i händelse av en kumulativ effekt. Starka konkurrenter innebär i allmänhet att den minskade konkurrensen inom varumärken med lätthet uppvägs av en tillräcklig konkurrens mellan varumärken. När flertalet av de viktigaste leverantörerna tillämpar selektiv distribution leder det dock till en betydande förlust av konkurrens inom varumärken samt till en eventuell utestängning av vissa typer av återförsäljare och en ökad risk för samverkan mellan dessa stora leverantörer. Risken för att effektivare återförsäljare utestängs från marknaden har alltid varit större vid selektiv distribution än vid ensamåterförsäljning, på grund av att försäljning till

⁽¹⁾ Se t.ex. förstainstansrättens dom i mål T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc mot kommissionen*, REG 1996, s. II-1961.

⁽²⁾ Se domstolens domar i mål 31/80, *L'Oréal mot PVBA*, REG 1980, s. 3775, punkterna 15 och 16, mål 26/76, *Metro I*, REG 1977, s. 1875, punkterna 20 och 21, mål 107/82, *AEG*, REG 1983, s. 3151, punkt 35 och förstainstansrättens dom av den 27 februari 1992 i mål T-19/91 *Vichy mot kommissionen*, REG 1992, s. II-415, punkt 65.

⁽³⁾ Se t.ex. förstainstansrättens domar i mål T-19/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc mot kommissionen*, REG 1996, s. II-1851, punkterna 112–123, mål T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc mot kommissionen*, REG 1996, s. II-1961, punkterna 106–117, och den rättspraxis som det hänvisas till i föregående fotnot.

icke auktoriserade återförsäljare begränsas vid selektiv distribution. Denna begränsning är ägnad att ge selektiva distributionssystem en avskärmd karaktär, som gör det omöjligt för icke auktoriserade återförsäljare att få leveranser. Följaktligen är selektiv distribution särskilt väl ägnad att användas för att undvika att lågprisdetaljister (oavsett om dessa säljer i vanliga butiker eller enbart på nätet) utövar prispress på såväl tillverkarens som de auktoriserade återförsäljarnas marginaler. Utestängning av sådana distributionsformat, oavsett om den beror på kumulativ tillämpning av selektiv distribution eller praktiseras av en leverantör som ensam har en marknadsandel som överstiger 30 %, försämrar konsumenternas möjligheter att utnyttja de specifika fördelar som dessa format erbjuder, till exempel i form av lägre priser, större insyn och lättare tillgång till produkterna.

179) Om gruppundantagsförordningen är tillämplig på enskilda nät av selektiv distribution kan det bli aktuellt att återkalla gruppundantaget eller att inte tillämpa gruppundantagsförordningen om kumulativa effekter uppkommer. Det är dock osannolikt att det uppstår problem med kumulativa effekter om den marknadsandel som omfattas av selektiv distribution är mindre än 50 %. Det är inte heller sannolikt att problem uppstår om den andel av marknaden som omfattas av selektiv distribution överstiger 50 % och de fem största leverantörerna tillsammans har en marknadsandel som understiger 50 %. Om både de fem största leverantörernas marknadsandel och den andel av marknaden som omfattas av selektiv distribution överstiger 50 %, kan bedömningen variera beroende på om alla de fem största leverantörerna tillämpar selektiv distribution eller inte. Ju starkare ställning de konkurrenter har som inte tillämpar selektiv distribution, desto mindre sannolikt är det att andra återförsäljare utestängs. Om alla de fem största leverantörerna tillämpar selektiv distribution, kan konkurrensförhållanden uppstå särskilt med avseende på de avtal som innehåller kvantitativa urvalskriterier genom direkt begränsning av antalet auktoriserade återförsäljare eller som innehåller kvalitativa kriterier, t.ex. kravet på att ha en eller flera vanliga butiker eller att tillhandahålla särskild service, som utestänger vissa distributionsformat. Det är i allmänhet osannolikt att villkoren i artikel 101.3 uppfylls om de ifrågavarande systemen för selektiv distribution hindrar nya återförsäljare som kan sälja produkterna i fråga, särskilt lågprisdetaljister eller återförsäljare som erbjuder konsumenterna lägre priser genom att enbart sälja på nätet, från att komma in på marknaden. Detta begränsar återförsäljningen till förmån för vissa befintliga kanaler och till skada för slutkonsumenterna. Mer indirekta former av kvantitativ selektiv distribution, till exempel i form av en kombination av rent kvalitativa urvalskriterier och en förpliktelse för återförsäljarna att nå upp till en viss mängd inköp per år, orsakar sannolikt mindre negativa nettoeffekter om en sådan mängd inte utgör en betydande del av återförsäljarens totala omsättning av den ifrågavarande typen av produkter och begränsningarna inte går utöver det som är nödvändigt för att leverantören ska kunna få avkastning på sin avtalsspecifika investering och/eller uppnå stordriftsfördelar i distributionen. Vad gäller bidraget

från enskilda leverantörer anses en leverantör med en marknadsandel som inte överstiger 5 % i allmänhet inte bidra väsentligt till en kumulativ effekt.

180) Inträdeshinder är av intresse främst när icke auktoriserade återförsäljare utestängs från marknaden. I allmänhet är inträdeshindren betydande, eftersom selektiv distribution vanligen tillämpas av tillverkare av märkesvaror. Det krävs i allmänhet mycket tid och betydande investeringar innan utestängda återförsäljare kan etablera egna varumärken eller hitta andra konkurrerande leveranskällor.

181) Köparmakt kan öka risken för samverkan mellan återförsäljare och därmed avsevärt inverka på analysen av eventuella konkurrenshämmande effekter till följd av selektiv distribution. Mer effektiva återförsäljare kan utestängas från marknaden särskilt om en stark detaljistorganisation ålägger leverantören urvalskriterier i syfte att begränsa distributionen till de egna medlemmarnas fördel.

182) Artikel 5.1 c i gruppundantagsförordningen föreskriver att leverantören varken direkt eller indirekt får ålägga de auktoriserade återförsäljarna en skyldighet att inte sälja varumärken från särskilda konkurrerande leverantörer. Syftet med detta villkor är särskilt att undvika horisontell samverkan för att utesluta vissa varumärken genom att skapa en selektiv klubb av varumärken från ledande leverantörer. Det är osannolikt att denna typ av skyldighet beviljas undantag, om marknadstäckningen för de fem största leverantörerna överstiger 50 %, såvida det inte är så att ingen av de leverantörer som ålägger en sådan skyldighet hör till de fem största leverantörerna på marknaden.

183) Utestängningen av andra leverantörer är i regel inget problem så länge andra leverantörer kan anlita samma återförsäljare, det vill säga så länge det selektiva distributionssystemet inte kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke. I fall av ett tätt nätverk av auktoriserade återförsäljare eller i händelse av en kumulativ effekt kan kombinationen av selektiv distribution och konkurrensklausuler innebära en risk för att andra leverantörer utestängs. I det fallet gäller de principer som anges i avsnitt 2.1 avseende avtal om försäljning av ett enda varumärke. Om selektiv distribution inte kombineras med en konkurrensklausul, kan avskärmningen av marknaden för konkurrerande leverantörer fortfarande

vara ett problem om de fem ledande leverantörerna inte endast tillämpar rent kvalitativa urvalskriterier, utan ålägger sina återförsäljare vissa ytterligare skyldigheter, såsom skyldigheten att förbehålla sina produkter ett visst minimiutrymme på hyllorna eller säkerställa att återförsäljaren genom försäljningen av deras produkter uppnår en viss minimiandel av återförsäljarens totala omsättning. Det är osannolikt att ett sådant problem uppstår om den marknadsandel som omfattas av selektiv distribution understiger 50 %, eller, om denna marknadstäckning överskrider, om de fem största leverantörerna har en marknadsandel som inte överstiger 50 %.

- 184) Marknadens mognadsgrad är viktig eftersom förlusten av konkurrens inom varumärken och en eventuell utestängning av leverantörer eller återförsäljare kan bli ett allvarligt problem på en mogen marknad, men är mindre relevant på en marknad med ökande efterfrågan, tekniska förändringar och föränderliga marknadspositioner.
- 185) Selektiv distribution kan vara effektiv, om den leder till inbesparade logistikkostnader tack vare stordriftsfördelar i fråga om transporter, vilket kan vara fallet oberoende av produkternas art (punkt 107 g). En sådan effektivitetsvinst är dock ofta endast marginell i system med selektiv distribution. Produktens art är mycket relevant när det gäller att lösa ett snålskjutsproblem mellan återförsäljarna (punkt 107 a) eller att bidra till att bygga upp en varumärkesimage (punkt 107 i). I allmänhet gäller detta i synnerhet nya produkter, komplicerade produkter, produkter vilkas egenskaper är svåra att bedöma innan de konsumerats (produkter som köps p.g.a. erfarenhet) eller vilkas egenskaper är svåra att bedöma till och med efter att de konsumerats (produkter som köps p.g.a. trovärdighet). Selektiv distribution kombinerad med en lokaliseringsskydd som skyddar en auktoriserad återförsäljare mot att andra auktoriserade återförsäljare öppnar en butik i närheten, kan uppfylla villkoren i artikel 101.3 framför allt om kombinationen är nödvändig för att skydda betydande och avtalsspecifika investeringar som den auktoriserade återförsäljaren gjort (punkt 107 d).
- 186) För att säkerställa att den minst konkurrenshämmande begränsningen väljs är det av betydelse att se om samma effektivitetsvinster kan uppnås till en jämförbar kostnad exempelvis genom enbart servicekrav.
- 187) Exempel på kvantitativ selektiv distribution

På en marknad för kapitalvaror säljer marknadsledaren (varumärke A), som innehar en marknadsandel på 35 %, sin produkt till slutkonsumenterna genom ett selektivt distributionsnät. Det finns flera villkor för tillträde till nätet: Butiken måste anställa utbildad personal och tillhandahålla service före försäljningen, det måste finnas en särskild avdelning i butiken för försäljning av ifrågasvarande produkt och liknande högteknologiprodukter, och det krävs att butiken tillhandahåller ett brett sortiment av leverantörens produkter och ställer ut dem på ett tilltalande sätt. Dessutom begränsas antalet återförsäljare som kan beviljas tillträde till nätet direkt av fastställandet av ett högsta antal återförsäljare per antal invånare i varje region eller tätort. Tillverkare A har sex konkurrenter på denna marknad. De största konkurrenterna, B, C och D, har marknadsandelar på 25, 15 respektive 10 %, medan övriga tillverkare har mindre marknadsandelar. A är den enda tillverkaren som tillämpar selektiv distribution. De selektiva distributörerna av varumärke A tillhandahåller alltid ett fåtal konkurrerande varumärken. Konkurrerande varumärken säljs dock också allmänt i butiker som inte är medlemmar i A:s selektiva distributionsnät. Det finns olika distributionskanaler. Varumärkena B och C säljs t.ex. i de flesta av de butiker som A valt ut, men också i andra butiker som tillhandahåller service av hög kvalitet samt i stormarknader. Varumärke D säljs i huvudsak i butiker med en hög servicegrad. Den tekniska utvecklingen är förhållandevis snabb på denna marknad, och de viktigaste leverantörerna upprätthåller en hög kvalitetsimage för sina produkter genom reklam.

På denna marknad är täckningsgraden för selektiv distribution 35 %. Konkurrensen mellan varumärken påverkas inte direkt av A:s selektiva distributionssystem. Konkurrensen inom varumärken om varumärke A kan minska, men konsumenterna kan vända sig till återförsäljare som håller en låg servicenivå eller låga priser och köpa varumärkena B och C, som har en kvalitetsimage motsvarande A:s. Dessutom har de tillgång till återförsäljare av andra märken som håller en hög servicenivå, eftersom det inte finns någon begränsning av de auktoriserade återförsäljarnas rätt att sälja konkurrerande varumärken, och den kvantitativa begränsningen för antalet återförsäljare av varumärke A hindrar inte andra återförsäljare som håller en hög servicenivå från att sälja konkurrerande varumärken. I detta fall är det sannolikt att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda, dels med tanke på servicekraven och de effektivitetsvinster dessa sannolikt medför, dels med tanke på den begränsade effekten på konkurrensen inom varumärken.

188) Exempel på selektiv distribution med kumulativa effekter

På marknaden för en viss sportartikel finns det sju tillverkare, vars respektive marknadsandelar är 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % och 7 %. De fem största tillverkarna distribuerar sina produkter genom kvantitativ selektiv distribution, medan de två minsta tillämpar olika typer av distributionssystem, som leder till en täckningsgrad i fråga om selektiv distribution på 85 %. Kriterierna för tillträde till det selektiva distributionsnätet är anmärkningsvärt lika hos alla tillverkare: det krävs att återförsäljarna har en eller flera vanliga butiker, dessa butiker måste ha utbildad personal och tillhandahålla service före försäljning, de måste ha en särskild avdelning för försäljning av artikeln och minimiytan för denna avdelning är specificerad. Det krävs vidare att butiken saluför ett brett sortiment av varumärket i fråga och ställer ut produkten på ett tilltalande sätt, butiken måste ligga vid ett affärsstråk, och försäljningen av denna typ av artikel måste utgöra minst 30 % av butikens totala omsättning. I allmänhet utses samma återförsäljare till selektiv distributör för alla fem varumärken. De två varumärken som inte använder selektiv distribution säljs vanligen via mindre specialiserade återförsäljare med lägre servicegrad. Marknaden är stabil, såväl på utbuds- som efterfrågesidan, och varumärkesimagen är stark och produktdifferentieringen stor. De fem marknadsledarna har stark varumärkesimage, som förvärvats genom reklam och sponsring, medan de två mindre tillverkarna tillämpar en strategi med billigare produkter, utan stark varumärkesimage.

På denna marknad förvägras allmänna lågprisdetaljister och återförsäljare som enbart säljer på nätet tillträde till de fem ledande varumärkena. Kravet på att denna typ av artikel ska utgöra minst 30 % av återförsäljarnas verksamhet och kriterierna om hur produkten ska ställas ut och regeln om service före försäljning utesluter de flesta lågprisdetaljister från nätverket av auktoriserade återförsäljare. Kravet på att återförsäljare ska ha en eller flera vanliga butiker innebär att återförsäljare som enbart säljer på nätet utestängs från nätverket. Därför har konsumenterna inget annat val än att köpa de fem ledande varumärkena i butiker med hög servicenivå och höga priser. Detta leder till minskad konkurrens mellan varumärken mellan de fem ledande varumärkena. Att de två minsta varumärkena kan köpas i butiker med låg servicenivå och låga priser kompenserar inte detta, eftersom de fem ledande marknadsledarna har en mycket starkare varumärkesimage. Konkurrensen mellan varumärken begränsas också av förekomsten av multipla ensamåterförsäljare. Även om det förekommer en viss grad av konkurrens

inom varumärken och antalet återförsäljare inte är direkt begränsat, är tillträdeskriterierna tillräckligt stränga för att antalet återförsäljare av de fem ledande varumärkena ska förbli litet inom de olika områdena.

Effektivitetsvinsterna med dessa kvantitativa selektiva distributionssystem är små. Produkten är inte särskilt komplicerad och kräver inte någon särskilt hög servicenivå. Om tillverkarna inte kan visa att deras selektiva distributionsnät är förknippat med tydliga effektivitetsvinster, är det troligt att gruppundantaget måste återkallas därför att dess kumulativa effekter leder till färre valmöjligheter och högre priser för konsumenten.

2.5. Franchising

189) Franchiseavtal innehåller licenser avseende immateriella rättigheter, särskilt varumärkes- och märkesrättigheter och know-how för användning och distribution av varor eller tjänster. Förutom licensen avseende immateriella rättigheter tillhandahåller franchisegivaren normalt kommersiellt och tekniskt stöd till franchisetagaren under avtalets löptid. Licensen och stödet utgör integrerade delar av den affärsiden som omfattas av franchiseavtalet. Franchisegivaren erhåller normalt ersättning i form av en franchiseavgift för användningen av affärsiden i fråga. Franchising kan möjliggöra för franchisegivaren att med begränsade investeringar etablera ett enhetligt distributionsnät för sina produkter. Förutom tillhandahållandet av affärsiden innehåller franchiseavtal normalt en kombination av olika vertikala begränsningar avseende de distribuerade produkterna, särskilt selektiv distribution och/eller konkurrensklausuler och/eller ensamåterförsäljaravtal eller lindrigare former av dessa.

190) Gruppundantagsförordningens tillämplighet på licensiering av immateriella rättigheter som ingår i franchiseavtal behandlas i punkterna 24–46. Vad beträffar vertikala begränsningar avseende köp, försäljning och återförsäljning av varor och tjänster enligt ett franchiseavtal, såsom selektiv distribution, konkurrensklausuler eller ensamåterförsäljning, är gruppundantagsförordningen tillämplig upp till tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar⁽¹⁾. Den vägledning som givits i fråga om dessa typer av begränsningar gäller även franchising, med förbehåll för följande två särskilda anmärkningar:

a) Ju viktigare överföringen av know-how är, desto mer sannolikt är det att begränsningarna leder till effektivitetsvinster och/eller är nödvändiga för att skydda berörd know-how och att de vertikala begränsningarna uppfyller villkoren i artikel 101.3.

⁽¹⁾ Se även punkterna 86–95, särskilt punkt 92.

- b) En konkurrensklausul som gäller varor eller tjänster som köps av franchisetagaren faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1, om klausulen är nödvändig för att upprätthålla franchisenätets gemensamma identitet och rykte. I sådana fall är konkurrensklausulens varaktighet också irrelevant enligt artikel 101.1, så länge den inte har längre varaktighet än själva franchiseavtalet.

191) Exempel på franchising

En tillverkare har utvecklat ett nytt format för försäljning av sötsaker i så kallade fun shops där sötsakerna kan färgas på konsumentens begäran. Sötsakstillverkaren har också utvecklat maskinerna för att färga sötsakerna. Tillverkaren producerar också färgvätskorna. Vätskans kvalitet och färskhet har avgörande betydelse för framställningen av goda sötsaker. Tillverkaren hade framgång med sina sötsaker genom ett antal egna försäljningsställen som alla drevs under samma handelsnamn och med likartad image (butikernas utformning, gemensam reklam osv.). För att öka försäljningen lanserade tillverkaren ett franchisesystem. Franchisetagarna åläggs att köpa sötsakerna, vätskorna och färgningsmaskinen av tillverkaren, upprätthålla samma image och bedriva verksamhet under samma handelsnamn, betala en franchiseavgift, bidra till den gemensamma reklamen och säkerställa att den bruksanvisning som utarbetats av franchisegivaren förblir konfidentiell. Dessutom tillåts franchisetagarna att sälja endast i överenskomna lokaler, och endast till slutanvändare eller andra franchisetagare och de får inte sälja andra sötsaker. Franchisegivaren är skyldig att inte utse någon annan franchisetagare och att inte själv driva ett försäljningsställe inom ett visst område som omfattas av ett franchiseavtal. Franchisegivaren är också skyldig att uppdatera och vidareutveckla sina produkter, utformningen av butikerna och bruksanvisningen samt göra dessa förbättringar tillgängliga för alla franchisetagare på detaljistnivå. Franchiseavtalen ingås för en tioårsperiod.

Återförsäljare av sötsaker köper in sina sötsaker på en nationell marknad antingen hos nationella tillverkare som tillgodoser den nationella smaken eller hos grossister som importerar sötsaker från utländska tillverkare, förutom att de säljer nationella tillverkares produkter. På denna marknad konkurrerar franchisegivarens produkter med andra sötsaksvarumärken. Franchisegivaren har en andel på 30 % av marknaden för sötsaker som säljs till detaljister. Konkurrens förekommer i form av ett antal nationella och internationella varumärken, som ibland tillverkas av stora diversifierade livsmedelsföretag. Det finns många potentiella försäljningsställen för sötsaker såsom tobakshandlare, livsmedelsbutiker, cafeterior och särskilda sötsaksbutiker. Franchisegivarens andel av marknaden för maskiner för färgning av livsmedel understiger 10 %.

De flesta skyldigheter som ingår i franchiseavtalen kan anses nödvändiga för att skydda immateriella rättigheter eller upprätthålla franchisenätets gemensamma identitet

och rykte och faller därför utanför artikel 101.1. Begränsningarna av försäljningen (område som omfattas av avtal samt selektiv distribution) utgör ett incitament för franchisetagarna att investera i färgningsmaskinen och franchisekonceptet och bidrar åtminstone till att upprätthålla den gemensamma identiteten även om de inte är nödvändiga för detta, vilket uppväger förlusten av konkurrens inom varumärken. Konkurrensklausulen som utesluter andra sötsaksvarumärken från butikerna under avtalets hela löptid ger franchisegivaren en möjlighet att hålla butikerna likformiga och hindrar konkurrenter från att dra nytta av franchisegivarens handelsnamn. Den leder inte till någon allvarlig utestängning med tanke på det stora antalet potentiella försäljningsställen som står till förfogande för andra sötsakstillverkare. Det är sannolikt att de franchiseavtal som denna franchisegivare ingått uppfyller villkoren för undantag enligt artikel 101.3 i den mån skyldigheterna i avtalen omfattas av artikel 101.1.

2.6. Exklusiva leverantörsavtal

- 192) Till exklusiva leverantörsavtal hör begränsningar som har till huvudsyfte att leverantören är skyldig eller uppmuntras att sälja avtalsprodukterna endast eller huvudsakligen till en köpare, i allmänhet för ett visst användningsområde. Sådana begränsningar kan ha formen av exklusiva leverantörsavtal, som ålägger leverantören att sälja endast till en köpare för återförsäljning eller ett visst användningsområde, men det kan också ske i form av kvantitetsbegränsningar för leverantören, då leverantören och köparen kommer överens om incitament som leder till att leverantören huvudsakligen koncentrerar sin försäljning till en köpare. Med exklusiv leverans av mellanprodukter och tjänster i mellanledet avses ofta leveranser för industriella ändamål.
- 193) Exklusiva leverantörsavtal undantas med stöd av gruppundantagsförordningen om varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger tröskelvärdet på 30 % för marknadsandelar, även i kombination med andra vertikala begränsningar om dessa inte är särskilt allvarliga, t.ex. konkurrensklausuler. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av exklusiva leverantörsavtal i enskilda fall där tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids.
- 194) Den största risken för en snedvridning av konkurrensen när det gäller exklusiva leverantörsavtal består i konkurrenshämmande avskärmning av andra köpare. Det finns en likhet med de eventuella effekterna av ensamåterförsäljning, särskilt när ensamåterförsäljaren blir ensam köpare för en hel marknad (se avsnitt 2.2, särskilt punkt 156). Köparens marknadsandel på inköpsmarknaden i det föregående marknadsledet är naturligtvis viktig för att bedöma vilka möjligheter köparen har att ålägga leverantören skyldigheter till exklusiva leveranser som utestänger andra köpare från tillgången till leveranser. Köparens betydelse i det efterföljande marknadsledet är dock den faktor som avgör om ett konkurrensproblem kan uppstå. Om köparen inte har något marknadsinflytande i det efterföljande marknadsledet kan man inte vänta sig några betydande negativa effekter för konsumenterna. Negativa

effekter kan dock uppstå när köparens marknadsandel i det efterföljande marknadsledet och i det föregående marknadsledet på inköpsmarknaden överstiger 30 %. Om köparens marknadsandel i det föregående marknadsledet inte överstiger 30 % kan betydande utestängnings-effekter fortfarande uppstå, särskilt om köparens marknadsandel i det efterföljande marknadsledet överstiger 30 % och det exklusiva leverantörsavtalet gäller ett visst användningsområde för avtalsprodukterna. Om ett företag har en dominerande ställning i det efterföljande marknadsledet, kan en eventuell skyldighet att endast eller huvudsakligen leverera produkterna till den dominerande köparen lätt få betydande konkurrenshämmande effekter.

195) Det är inte endast köparens marknadsställning i det föregående och efterföljande marknadsledet som är viktig utan också i vilken omfattning och hur länge köparen tillämpar skyldigheten till exklusiva leveranser. Ju större andel av leveranserna som är bunden och ju längre tid den exklusiva leveransskyldigheten varar, desto mer betydande blir sannolikt utestängningen. Exklusiva leverantörsavtal med kortare varaktighet än fem år som ingåtts av företag som inte har en dominerande ställning, förutsätter i allmänhet en avvägning mellan konkurrensfrämjande och konkurrenshämmande effekter, medan avtal med längre löptid än fem år för de flesta typer av investeringar inte anses nödvändiga för att uppnå de påstådda effektivitetsvinster eller så är effektivitetsvinster inte tillräckliga för att uppväga utestängningseffekterna av sådana långfristiga exklusiva leverantörsavtal.

196) De konkurrerande köparnas marknadsställning i det föregående marknadsledet är viktig, eftersom det är sannolikt att konkurrerande köpare kommer att avskärmas av konkurrenshämmande orsaker, dvs. på grund av ökade kostnader, endast om de är betydligt mindre än den avskärmande köparen. Utestängning av konkurrerande köpare är inte så sannolik om konkurrenterna har ett motsvarande marknadsinflytande och kan erbjuda leverantören motsvarande försäljningsmöjligheter. I ett sådant fall kan avskärmning drabba endast sådana potentiella nya aktörer som kanske inte kan säkra leveranser när ett antal stora köpare samtliga ingår exklusiva leverantörsavtal med de flesta leverantörerna på marknaden. En sådan kumulativ effekt kan leda till att gruppundantaget återkallas.

197) Inträdeshindren på leverantörsnivå är relevanta för att avgöra om en verklig avskärmning föreligger. I den mån det är effektivt för konkurrerande köpare att tillhandahålla varorna eller tjänsterna själva via vertikal integration i föregående marknadsled, är det osannolikt att

avskärmningen är ett verkligt problem. Inträdeshindren är dock ofta betydande.

198) Leverantörernas utjämnande marknadsmakt är relevant, eftersom stora leverantörer inte så lätt låter sig avskärmas från alternativa köpare. Utestängning utgör därför en risk främst i det fallet att leverantörerna är svaga och köparna starka. Om leverantörerna är starka kan exklusiva leverantörsavtal påträffas i kombination med avtal med konkurrensklausuler. Kombinationen med konkurrensklausuler aktualiserar de regler som utvecklats avseende avtal om försäljning av ett enda varumärke. Om avtalsspecifika investeringar förekommer på båda sidor (hold-up-problem) kan kombinationen av exklusiva leverantörsavtal och avtal med konkurrensklausuler, dvs. ömsesidig ensamrätt i avtal om leveranser till industrin, ofta vara berättigad, särskilt under den nivå där en dominerande ställning uppstår.

199) Slutligen är handelsledet och produktens natur relevanta vad utestängningen beträffar. Konkurrenshämmande utestängning är mindre sannolik i fråga om mellanprodukter eller om produkten är homogen. För det första har en utestängd tillverkare som använder en viss insatsvara vanligen större flexibilitet när det gäller att tillgodose kundernas efterfrågan än grossisten eller återförsäljaren har när det gäller att tillgodose slutkonsumenternas efterfrågan, för vilka varumärkena kan spela en viktig roll. För det andra betyder förlusten av en möjlig leveranskälla mindre för de utestängda köparna i fråga om homogena produkter än i fråga om en heterogen produkt som förekommer i olika sorter och kvaliteter. I fråga om slutprodukter i form av märkesvaror eller differentierade mellanprodukter och då inträdeshinder förekommer kan exklusiva leverantörsavtal ge betydande konkurrenshämmande effekter, om de konkurrerande köparna är relativt små jämfört med den utestängande köparen i fråga, även om den sistnämnde inte har en dominerande ställning i det efterföljande marknadsledet.

200) Effektivitetsvinster kan förväntas om ett hold-up-problem föreligger (punkt 107 d och e), och sådana effektivitetsvinster är mer sannolika i fråga om mellanprodukter än för slutprodukter. Andra effektivitetsvinster är mindre sannolika. Det verkar inte sannolikt att eventuella stordriftsfördelar inom distributionen (punkt 107 g) motiverar exklusiva leverantörsavtal.

201) Om ett hold-up-problem föreligger och framför allt om det förekommer stordriftsfördelar inom distributionen, skulle kvantitetsbegränsningar som åläggs leverantören, såsom krav på minimileveranser, mycket väl kunna utgöra ett mindre begränsande alternativ.

202) Exempel på exklusiv leverans

På en marknad för en viss typ av komponenter (marknad för mellanprodukter) kommer leverantör A överens med köpare B om att med hjälp av egen know-how och betydande investeringar i nya maskiner och med hjälp av specifikationer som tillhandahållits av köpare B utveckla en annan version av komponenten i fråga. B måste göra betydande investeringar för att införliva den nya komponenten. Det avtalas att A ska leverera den nya produkten endast till köpare B under en femårsperiod från och med den dag då marknadsintroduktionen äger rum. B åläggs att köpa den nya produkten endast av A under samma femårsperiod. Både A och B kan fortsätta att sälja respektive köpa andra versioner av komponenten på annat håll. Köpare B:s marknadsandel i det föregående marknadsledet för komponenter och i det efterföljande marknadsledet för slutprodukter är 40 %. Komponentleverantörens marknadsandel är 35 %. Det finns två andra komponentleverantörer med en marknadsandel på omkring 20–25 % samt ett antal små leverantörer.

Med tanke på de betydande investeringarna är det sannolikt att avtalet uppfyller villkoren i artikel 101.3 med hänsyn till effektivitetsvinster och den begränsade utestängningseffekten. Andra köpare är utestängda från en viss version av en produkt som tillhandahålls av en leverantör med en marknadsandel på 35 % och det finns andra komponentleverantörer som skulle kunna utveckla liknande nya produkter. Avskärmningen av en del av köpare B:s efterfrågan från andra leverantörer är begränsad till högst 40 % av marknaden.

2.7. Förskottsbetalning för tillträde

203) Förskottsbetalning för tillträde är fasta avgifter som leverantörer betalar till återförsäljare inom ramen för en vertikal förbindelse i början på en viss period för att få tillträde till deras distributionsnät och betala för tjänster som detaljisterna tillhandahåller leverantörerna. I denna kategori ingår flera metoder, t.ex. hyllavgifter⁽¹⁾, s.k. pay-to-stay-avgifter⁽²⁾, betalningar för att få tillgång till en distributörs reklamkampanjer osv. Förskottsbetalningar undantas enligt gruppundantagsförordningen när varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger 30 %. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av förskottsbetalning för tillträde i enskilda fall där tröskelvärden för marknadsandelar överskrids.

204) Förskottsbetalningar för tillträde kan ibland leda till konkurrenshämmande utestängning av andra återförsäljare

om sådana betalningar uppmuntrar leverantören att sälja sin produkt endast genom en eller ett begränsat antal återförsäljare. En hög avgift kan leda till att en leverantör vill kanalisera en stor del av sin försäljningsvolym via denna återförsäljare för att täcka kostnaderna för avgiften. I ett sådant fall kan förskottsbetalning för tillträde ha samma utestängningseffekt i efterföljande led som ett exklusivt leverantörsavtal. Bedömningen av denna negativa effekt görs i analogi med bedömningen av exklusiva leverantörsavtal (särskilt punkterna 194–199).

205) I undantagsfall kan förskottsbetalning för tillträde också leda till konkurrenshämmande utestängning av andra leverantörer om en utbredd användning av sådana betalningar höjer inträdeshindren för små aktörer. Bedömningen av denna eventuella negativa effekt görs i analogi med bedömningen av avtal om försäljning av ett enda varumärke (särskilt punkterna 132–141).

206) Förutom eventuella utestängningseffekter kan förskottsbetalning för tillträde också minska konkurrensen och underlätta samverkan mellan återförsäljare. Förskottsbetalning för tillträde leder sannolikt till en höjning av leverantörens pris för avtalsprodukterna eftersom leverantören måste täcka kostnaderna för förskottsbetalningarna. Högre leverantörspriser kan minska detaljisternas incitament att konkurrera med priset på marknaden i efterföljande led, medan återförsäljarnas vinster ökar till följd av förskottsbetalningarna. En sådan minskning av konkurrensen mellan återförsäljare genom kumulativ användning av förskottsbetalningar för tillträde förutsätter i regel att återförsäljningsmarknaden är starkt koncentrerad.

207) Användning av förskottsbetalningar för tillträde kan dock i många fall bidra till en effektiv tilldelning av hyllutrymme för nya produkter. Återförsäljare har ofta mindre information än leverantörer om framgångspotentialen för nya produkter som ska introduceras på marknaden och därför kan mängden produkter som hålls i lager vara lägre än vad som skulle vara optimalt. Förskottsbetalning för tillträde kan användas för att minska denna asymmetri i information mellan leverantörer och återförsäljare genom att uttryckligen ge leverantörerna möjlighet att konkurrera om hyllutrymme. Återförsäljaren kan då få en signal om vilka produkter som kan förväntas bli framgångsrika, eftersom en leverantör normalt skulle gå med att på en förskottsbetalning för tillträde om denne uppskattar att sannolikheten för att marknadsintroduktionen av produkten ska misslyckas är liten.

⁽¹⁾ Fasta avgifter som tillverkare betalar till detaljister för att få tillgång till deras hyllutrymme.

⁽²⁾ En klumpsumma betalas för att garantera att en befintlig produkt finns på hyllan under ytterligare en viss tid.

- 208) På grund av den asymmetri i information som nämns i punkt 207 kan leverantörer dessutom ha incitament att åka snålskjuts på återförsäljarens marknadsföringsinsatser för att introducera produkter som ligger under det optimala. Om en produkt inte blir framgångsrik kommer återförsäljarna att betala en del av kostnaderna för misslyckandet. Användningen av förskottsbetalning för tillträde kan hindra sådan snålskjuts genom att flytta risken för ett misslyckande tillbaka till leverantörerna, vilket skulle bidra till en optimal grad av nya produkter som introduceras på marknaden.

2.8. Kategoriförvaltningsavtal

- 209) Kategoriförvaltningsavtal är avtal genom vilka återförsäljaren, inom ramen för ett återförsäljaravtal, anförtrot leverantören ("kategorikaptinen") uppgiften att marknadsföra en kategori produkter som i allmänhet inte bara omfattar leverantörens produkter utan också konkurrenternas produkter. Kategorikaptinen kan således påverka exempelvis var produkten placeras, hur den marknadsförs i butiken och vilka produkter som väljs till butiken. Kategoriförvaltningsavtal undantas enligt gruppundantagsförordningen när varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger 30 %. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av kategoriförvaltningsavtal i enskilda fall där tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids.
- 210) Även om kategoriförvaltningsavtal i regel inte är problematiska kan de ibland snedvräta konkurrensen mellan leverantörer och till sist leda till konkurrenshämmande utestängning av andra leverantörer, om kategorikaptinen på grund av sitt inflytande över återförsäljarens marknadsföringsbeslut kan begränsa eller skada distributionen av konkurrerande leverantörers produkter. Det kan ofta vara så att en återförsäljare saknar intresse av att begränsa sitt produktutbud, men när återförsäljaren också säljer konkurrerande produkter under sitt eget varumärke kan det också finnas en drivkraft att utesluta vissa leverantörer, särskilt sådana som levererar mellanprisprodukter. Bedömningen av en sådan utestängningseffekt i föregående led görs i analogi med bedömningen av avtal om försäljning av ett enda varumärke (särskilt punkterna 132–141), och man tar upp frågor som avtalens marknadsäckning, konkurrerande leverantörers marknadsställning och eventuell kumulativ användning av sådana avtal.
- 211) Kategoriförvaltningsavtal kan också underlätta samverkan mellan återförsäljare om samma leverantör fungerar som kategorikaptin för alla eller de flesta konkurrerande återförsäljarna på en marknad och ger dessa återförsäljare en gemensam referenspunkt för deras marknadsföringsbeslut.
- 212) Kategoriförvaltningsavtal kan också underlätta samverkan mellan leverantörer genom ökade möjligheter att genom detaljer utbyta känsliga uppgifter om marknaden, t.ex.

uppgifter om framtida prissättning, säljfrämjande åtgärder eller reklamkampanjer ⁽¹⁾.

- 213) Användning av kategoriförvaltningsavtal kan dock också leda till effektivitetsvinster. Kategoriförvaltningsavtal kan ge återförsäljare tillgång till leverantörens marknadsexpertis för en viss produktkategori och möjlighet att uppnå stordriftsfördelar eftersom de garanterar att en optimal kvantitet av produkter finns i tid direkt på hyllorna. Eftersom kategoriförvaltningsavtal bygger på kundernas vanor kan de leda till nöjdare kunder eftersom efterfrågan tillgodoses på ett bättre sätt tack vare dem. I allmänhet gäller att ju hårdare konkurrens mellan varumärken och ju lägre byteskostnader för konsumenterna, desto större är de ekonomiska fördelarna med ett kategoriförvaltningsavtal.

2.9. Kopplingsförbehåll

- 214) Kopplingsförbehåll avser situationer där kunder som köper en produkt (den "kopplande produkten") också måste köpa en annan separat produkt (den "kopplade produkten") från samma leverantör eller från någon som leverantören har utsett. Kopplingsförbehåll kan utgöra ett missbruk i den mening som avses i artikel 102 ⁽²⁾. Kopplingsförbehåll kan också utgöra en vertikal begränsning som omfattas av artikel 101, om det leder till en skyldighet av typen avtal om försäljning av ett enda varumärke (se punkterna 129–150) för den kopplade produkten. Endast den sistnämnda situationen behandlas i dessa riktlinjer.
- 215) Huruvida produkterna betraktas som separata beror på kundernas efterfrågan. Två produkter är separata om ett betydande antal kunder utan kopplingsförbehåll skulle köpa eller skulle ha köpt den kopplande produkten utan att även köpa den kopplade produkten från samma leverantör och det därmed vore möjligt att producera båda produkterna var för sig ⁽³⁾. Bevis på att två produkter är separata kan innefatta direkta bevis på att kunderna, om de får välja, köper den kopplande produkten och den kopplade produkten var för sig från olika leverantörer, eller indirekta bevis, t.ex. att det finns företag på marknaden som är specialiserade på att tillverka eller sälja den kopplade produkten utan den kopplande produkten ⁽⁴⁾, eller bevis på att företag med liten marknadsakt,

⁽¹⁾ Direkt utbyte av information mellan konkurrenter omfattas inte av gruppundantagsförordningen, se artikel 2.4 i den förordningen och punkterna 27 och 28 i dessa riktlinjer.

⁽²⁾ domstolens dom i mål C-333/94 P, *Tetrapak mot kommissionen*, REG 1996, s. I-5951, punkt 37. Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, s. 7.

⁽³⁾ Förstainstansrättens dom i mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*, REG 2007, s. II-3601, punkterna 917, 921 och 922.

⁽⁴⁾ Förstainstansrättens dom i mål T-30/89, *Hilti mot kommissionen*, REG 1991, s. II-1439, punkt 67.

särskilt på konkurrensutsatta marknader, tenderar att inte använda sig av kopplingsförbehåll eller kombinations-erbjudanden för sådana produkter. Eftersom kunderna t.ex. vill köpa skor med snören och det inte är genomförbart för återförsäljarna att snöra nya skor med snören som de själva valt, har det blivit handelsbruk att skotillverkarna levererar skor med snören. Att sälja skor med skosnören utgör därför inte ett kopplingsförbehåll.

- 216) Kopplingsförbehåll kan få konkurrenshämmande utestängande effekter på den kopplade marknaden, den kopplande marknaden eller båda marknaderna samtidigt. Utestängningseffekten beror på vilken procentandel av den totala marknaden för den kopplade produkten som omfattas av kopplingsförbehåll. I fråga om vad som kan betraktas som en betydande avskärmning enligt artikel 101.1, kan analysen avseende avtal om försäljning av ett enda varumärke tillämpas. Kopplingsförbehåll innebär att det finns åtminstone en form av kvantitetsbegränsningar för köparen i förhållande till den kopplade produkten. Om en konkurrensklausul dessutom avtalas avseende den kopplade produkten ökar det den möjliga utestängningseffekten på marknaden för denna produkt. Kopplingsförbehållet kan leda till mindre konkurrens för kunder som är intresserade av att köpa den kopplade produkten men inte den kopplande produkten. Om det inte finns tillräckligt många kunder som enbart köper den kopplade produkten för att försörja leverantörens konkurrenter på den kopplade marknaden kan kopplingsförbehållet leda till att de kunderna får betala högre priser. Om den kopplade produkten utgör ett viktigt komplement för köpare av den kopplande produkten kan en minskning av antalet alternativa leverantörer av den kopplade produkten och därmed en minskad tillgång på den produkten försvåra inträdet på den kopplande marknaden.
- 217) Kopplingsförbehåll kan också direkt leda till högre priser än de som råder vid normala konkurrensförhållanden, särskilt i följande tre situationer. För det första, om den kopplande och den kopplade produkten i olika delar kan användas som insatsprodukter i en produktionsprocess kan kunderna reagera på en höjning av priset på den kopplande produkten genom att öka efterfrågan på den kopplade produkten men minska efterfrågan på den kopplande produkten. Genom att koppla samman de två produkterna kan leverantören försöka undvika att detta sker och kan därmed lyckas höja sina priser. För det andra, när kopplingsförbehållet möjliggör prisdiskriminering beroende på hur kunden använder den kopplande produkten, t.ex. koppling av försäljningen av bläckpatroner till försäljningen av kopieringsapparater (mätning). För det tredje, när det vid långfristiga avtal eller vid eftermarknader där den ursprungliga utrustningen har en lång ersättningstid blir svårt för kunderna att bedöma konsekvenserna av kopplingsförbehållet.
- 218) Kopplingsförbehåll undantas enligt gruppundantagsförordningen när varken leverantörens marknadsandel på marknaden för den kopplade produkten eller på marknaden för den kopplande produkten eller köparens marknadsandel på de relevanta marknaderna i efterföljande led överstiger 30 %. Det kan kombineras med andra vertikala begränsningar som inte är särskilt allvarliga begränsningar enligt den förordningen, t.ex. konkurrensklausuler, kvantitetsbegränsningar i förhållande till den kopplande

produkten eller exklusiva inköpsavtal. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av kopplingsförbehåll i enskilda fall där tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids.

- 219) Leverantörens marknadsställning på marknaden för den kopplande produkten är naturligtvis av central betydelse vid bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter. I allmänhet åläggs denna typ av avtal av leverantören. Leverantörens betydelse på marknaden för den kopplande produkten är det främsta skälet till att det kan vara svårt för en köpare att motsätta sig ett kopplingsförbehåll.
- 220) Vid bedömningen av leverantörens marknadsstyrka är det av vikt vilken marknadsställning leverantörens konkurrenter har på marknaden för den kopplande produkten. Så länge det finns tillräckligt många och starka konkurrenter kan det inte förväntas uppstå några konkurrenshämmande effekter, eftersom köparna har tillräckligt många alternativ för att köpa den kopplande produkten utan att köpa den kopplade produkten, förutsatt att andra leverantörer inte tillämpar liknande kopplingsförbehåll. Förekomsten av inträdeshinder på marknaden för den kopplande produkten är dessutom relevant när det gäller att fastställa vilken marknadsställning leverantören har. Om kopplingsförbehållet kombineras med en konkurrensklausul avseende den kopplande produkten förstärker detta leverantörens ställning avsevärt.
- 221) Köparmakt är av betydelse eftersom det inte är lätt att tvinga stora köpare att acceptera kopplingsförbehåll utan att ge dem åtminstone en del av eventuella effektivitetsvinster. Kopplingsförbehåll som inte grundar sig på effektivitetsvinster utgör därför främst en risk om köparna inte har någon betydande köparmakt.
- 222) Om det konstateras att det uppstår märkbara konkurrenshämmande effekter, väcks frågan om huruvida villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Kopplingsförbehåll kan bidra till att ge effektivitetsvinster som uppkommer genom gemensam produktion eller distribution. Om den kopplade produkten inte tillverkas av leverantören kan en effektivitetsvinst också uppstå genom att leverantören köper in stora kvantiteter av denna produkt. För att kopplingsförbehåll ska omfattas av artikel 101.3 måste det dock visas att åtminstone delar av kostnadsminskningarna förs över till konsumenterna, vilket normalt inte är fallet när detaljisten regelbundet kan erhålla leveranser av samma eller motsvarande produkter på samma eller bättre villkor än de som erbjuds av den leverantör som tillämpar kopplingsförbehållet. En annan effektivitetsvinst kan uppkomma om kopplingsförbehållet bidrar

till att säkerställa en viss enhetlighet och standardisering av kvaliteten (se punkt 107 i). Det måste dock visas att de positiva effekterna inte kan uppnås lika effektivt genom att leverantören kräver att köparen använder eller återförsäljer produkter som har en viss minimikvalitet utan att kräva att köparen köper dessa från leverantören eller någon som denne har utsett. De krav som gäller en viss minimikvalitet skulle normalt inte omfattas av artikel 101.1. Om leverantören av den kopplande produkten ålägger köparen att köpa den kopplade produkten av vissa leverantörer, till exempel därför att det inte möjligt att utarbeta minimikrav vad gäller kvalitet, kan detta falla utanför artikel 101.1, särskilt om leverantören av den kopplande produkten inte har någon direkt (ekonomisk) nytta av att utse leverantörerna av den kopplade produkten.

2.10. Begränsning av återförsäljningspriset

- 223) Som förklaras i avsnitt III.3 betraktas prisbindning, dvs. avtal eller samordnade förfaranden som direkt eller indirekt syftar till att fastställa ett fast eller lägsta återförsäljningspris eller en fast eller lägsta prisnivå som köparen ska iaktta, som en särskilt allvarlig begränsning. Om ett avtal innehåller prisbindning presumeras det att avtalet begränsar konkurrensen och därmed omfattas av artikel 101.1. Det ger också upphov till en presumtion om att avtalet sannolikt inte uppfyller villkoren i artikel 101.3 och att gruppundantaget därför inte är tillämpligt. Företagen har dock möjlighet att i ett enskilt ärende göra gällande att det rör sig om effektivitetsvinster i enlighet med artikel 101.3. Det åligger parterna att visa att det är sannolikt att det leder till effektivitetsvinster om prisbindning införs i deras avtal och att villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda. Därefter ankommer det på kommissionen att konkret bedöma de sannolika negativa effekterna för konkurrensen och konsumenterna innan den beslutar om huruvida villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.
- 224) Prisbindning kan begränsa konkurrensen på många sätt. För det första kan prisbindning underlätta samverkan mellan leverantörer genom att öka pristransparensen på marknaden, vilket gör det lättare att upptäcka om en leverantör genom att sänka sitt pris avviker från den jämvikt som uppnåtts genom samverkan. Prisbindning minskar också leverantörens drivkraft att sänka sitt pris till återförsäljarna, eftersom det fasta återförsäljningspriset kommer att hindra leverantören från att dra nytta av ökad försäljning. En sådan negativ effekt är särskilt sannolik om det finns en tendens till samordning på marknaden, till exempel om tillverkarna bildar ett starkt oligopol och om en betydande del av marknaden omfattas av prisbindningsavtal. För det andra kan prisbindning också underlätta samverkan mellan köparna, dvs. i återförsäljarledet, genom att sätta priskonkurrensen inom varumärken ur spel. Starka eller välorganiserade återförsäljare skulle kunna tvinga eller övertyga en eller flera leverantörer att fastställa sina återförsäljningspriser över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden och på så sätt hjälpa dem att nå eller stabilisera den jämvikt som uppnåtts genom samverkan. Denna förlust av priskonkurrens är särskilt problematisk om prisbindningen

har initierats av köparna, vars kollektiva horisontella intressen kan förväntas ha negativa följder för konsumenterna. För det tredje kan prisbindning mer i allmänhet mjuka upp konkurrensen mellan tillverkare och/eller mellan detaljister, särskilt när tillverkarna använder samma återförsäljare för att distribuera sina produkter och alla eller många av dem tillämpar prisbindning. För det fjärde kommer den omedelbara effekten av prisbindning att vara att alla eller vissa återförsäljare hindras från att sänka sina försäljningspriser för det varumärket. Med andra ord, den direkta följden av prisbindning är en prishöjning. För det femte kan prisbindning minska marginalpressen för tillverkaren, särskilt när tillverkaren har ett åtagandeproblem, dvs. när det ligger i tillverkarens intresse att sänka priset till efterföljande återförsäljare. I en sådan situation kan tillverkaren föredra att gå med på prisbindning för att få hjälp att åta sig att inte sänka priset till efterföljande återförsäljare och för att minska sin egen marginalpress. För det sjätte kan en tillverkare med marknads-makt använda prisbindning för att utestänga mindre konkurrenter från marknaden. Den ökade marginal som prisbindning kan ge återförsäljare kan föranleda dem att gynna ett visst varumärke framför konkurrerande varumärken när de ger rådgivning till kunderna, även om det inte ligger i kundernas intresse, eller föranleda dem att inte sälja dessa konkurrerande varumärken överhuvudtaget. Slutligen kan prisbindning minska dynamiken och innovationen i återförsäljarledet. Genom att hindra priskonkurrens mellan olika återförsäljare kan prisbindning hindra effektivare detaljister från att gå in på marknaden eller uppnå tillräcklig försäljningsvolym med hjälp av låga priser. Prisbindning kan också hindra distributionsformat som bygger på låga priser, såsom lågpriskedjor, från att gå in på marknaden och utvidga sin verksamhet.

- 225) Förutom att begränsa konkurrensen kan prisbindning också, särskilt om den är leverantörsstyrd, leda till effektivitetsvinster som kommer att bedömas enligt artikel 101.3. Framför allt gäller att om en tillverkare introducerar en ny produkt kan prisbindning vara till hjälp under introduktionsperioden då efterfrågan ska ökas genom att uppmuntra återförsäljarna att bättre beakta tillverkarens intresse av att främja försäljningen av sin produkt. Prisbindning kan ge återförsäljarna de medel som krävs för att öka säljinsatserna, och om återförsäljarna på denna marknad utsätts för konkurrens kan det få dem att öka den totala efterfrågan på produkten och göra lanseringen av produkten till en framgång, till fördel även för konsumenterna⁽¹⁾. På samma sätt kan fasta återförsäljningspriser och inte bara högsta återförsäljningspriser vara nödvändiga för att i ett franchisingsystem eller annat liknande distributionsystem som bygger på ett enhetligt distributionsformat organisera en samordnad kortvarig lågpriskampanj (oftast 2–6 veckor) som också kommer att vara till fördel för konsumenterna. I vissa situationer kan den extra marginal som prisbindningen ger göra det möjligt för detaljister att tillhandahålla (kompletterande) service före försäljning, särskilt i fråga om komplicerade

⁽¹⁾ Under förutsättning att det inte är praktiskt för leverantören att genom avtal ålägga alla köpare krav på marknadsföring före försäljningen (se även punkt 107 a).

produkter och produkter som man har erfarenhet av. Om tillräckligt många kunder utnyttjar sådana tjänster när de väljer produkt men sedan köper produkten till ett lägre pris hos detaljister som inte tillhandahåller sådana tjänster (och därför inte har dessa kostnader) är det möjligt att detaljister som håller en hög servicenivå inskränker eller upphör med dessa tjänster, som främjar efterfrågan på leverantörens produkt. Prisbindning kan bidra till att hindra sådan snålskjuts i återförsäljarledet. När parterna visar att samtliga villkor i artikel 101.3 är uppfyllda måste de också på ett övertygande sätt visa att prisbindningsavtalet inte bara kan förväntas vara ett sätt utan också en sporre att övervinna eventuell snålskjuts mellan detaljister avseende dessa tjänster och att service före försäljning på det hela taget är till fördel för konsumenterna.

- 226) Rekommendationer om ett återförsäljningspris till en återförsäljare eller krav på att återförsäljaren iakttar ett högsta återförsäljningspris omfattas av gruppundantagsförordningen om varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger tröskelvärdet på 30 %, under förutsättning att det inte är fråga om ett fast eller lägsta försäljningspris som har sin grund i att någon av parterna utövar press eller erbjuder förmåner. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av högsta eller rekommenderade priser i fall där tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids.
- 227) De konkurrenshämmande effekter som högsta och rekommenderade priser kan ge upphov till är att de kommer att fungera som riktmärke för återförsäljarna så att de flesta eller alla tillämpar det priset och/eller att högsta eller rekommenderade priser kan minska konkurrensen eller underlätta samverkan mellan leverantörer.
- 228) En viktig faktor vid bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter av högsta eller rekommenderade återförsäljningspriser är leverantörens marknadsställning. Ju starkare marknadsställning, desto större är risken för att ett högsta eller rekommenderat återförsäljningspris leder till att återförsäljarna tillämpar den prisnivån mer eller mindre enhetligt eftersom de kan använda den som riktmärke. De kan ha svårt att avvika från det pris som de uppfattar som det återförsäljningspris som föredras av en så viktig leverantör på marknaden.
- 229) Om det konstateras att högsta eller rekommenderade återförsäljningspriser har märkbara konkurrenshämmande effekter, väcks frågan om ett eventuellt undantag enligt artikel 101.3. För högsta återförsäljningspriser kan den effektivitetsvinst som beskrivs i punkt 107 f (att undvika dubbel marginalisering) vara särskilt relevant. Ett högsta återförsäljningspris kan också bidra till att garantera att varumärket i fråga konkurrerar mer effektivt med andra varumärken, även egna varumärken, som återförsäljs av samma återförsäljare.