



EUROPEISKA
KOMMISSIONEN

Bryssel den **XXX**
[...](2021) **XXX** draft

ANNEX

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

BILAGA

till

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN

Godkännande av innehållet i ett utkast till

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN
TILLKÄNNAGIVANDE FRÅN KOMMISSIONEN
Riktlinjer om vertikala begränsningar

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

BILAGA
MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN
TILLKÄNNAGIVANDE FRÅN KOMMISSIONEN
Riktlinjer om vertikala begränsningar
UTKAST TILL

TILLKÄNNAGIVANDE FRÅN KOMMISSIONEN
Riktlinjer om vertikala begränsningar

Innehållsförteckning

1.	Inledning	4
1.1.	Riktlinjernas syfte och struktur	4
1.2.	Tillämplighet av artikel 101 på vertikala avtal	5
2.	Effekter av vertikala avtal	6
2.1.	Positiva effekter	7
2.2.	Negativa effekter	10
3.	Vertikala avtal som i allmänhet faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1	11
3.1.	Avsaknad av påverkan på handeln, avtal av mindre betydelse och små och medelstora företag	11
3.2.	Agentavtal	13
3.2.1.	Definition av agentavtal	13
3.2.2.	Tillämpning av artikel 101.1 på agentavtal	18
3.2.3.	Agentur och onlineplattformsekonomin	19
3.3.	Underleverantörsavtal	20
4.	Tillämpningsområde för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal	20
4.1.	Safe harbour-regler som inrättats genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal	20
4.2.	Definition av vertikala avtal	21
4.2.1.	Ensidigt agerande faller utanför tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal	21
4.2.2.	Företagen bedriver verksamhet på olika nivåer av produktions- eller distributionskedjan	22
4.2.3.	Avtalen gäller inköp, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster	23
4.3.	Vertikala avtal i onlineplattformsekonomin	23
4.4.	Begränsningar av tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal	25

4.4.1.	Sammanlutningar av detaljister	25
4.4.2.	Vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter.....	25
4.4.3.	Vertikala avtal mellan konkurrerande företag.....	29
4.5.	Sambandet med andra gruppundantagsförfordningar	32
4.6.	Huvudsakliga typer av distributionssystem	33
4.6.1.	System med ensamåterförsäljning.....	34
4.6.2.	Selektiva distributionssystem.....	40
4.6.3.	Franchising.....	47
5.	Marknadsdefinition och beräkning av marknadsandelar	49
5.1.	Tillkännagivandet om definitionen av marknad.	49
5.2.	Beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal	49
5.3.	Beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal	50
6.	Tillämpning av gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal	51
6.1.	Särskilt allvarliga begränsningar enligt gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal	51
6.1.1.	Upprätthållande av detaljhandelspriser	53
6.1.2.	Särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 b–d i gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal	58
6.1.3.	Begränsningar av försäljningen av reservdelar	70
6.2.	Begränsningar som är undantagna från gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal	70
6.2.1.	Konkurrensklausuler med en giltighetstid som överstiger fem år	70
6.2.2.	Konkurrensklausuler som gäller efter det att avtalet löpt ut	71
6.2.3.	Konkurrensklausuler som ålagts medlemmar i ett selektivt distributionssystem	71
6.2.4.	Paritetsklausuler	72
7.	Återkallelse och icke-tillämpning	72
7.1.	Återkallelse av rätten att omfattas av gruppundantaget (artikel 29 i förordning (EG) nr 1/2003).....	72
7.2.	Förordning om att gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal inte är tillämplig (artikel 6 i gruppundantagsförfordningen)	75
8.	Tillämpning i enskilda fall	76
8.1.	Analysstruktur	76
8.1.1.	Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.1	77
8.1.2.	Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.3	80
8.2.	Analys av särskilda vertikala begränsningar.....	82

8.2.1.	Avtal om försäljning av ett enda varumärke	82
8.2.2.	Exklusiva leverantörsavtal	87
8.2.3.	Begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser	90
8.2.4.	Begränsning av användningen av prisjämförelseverktyg	92
8.2.5.	Paritetsklausuler	95
8.2.6.	Förskottsbetalning för tillträde	99
8.2.7.	Kategoriförvaltningsavtal.....	101
8.2.8.	Kopplingsförbehåll.....	102

1. INLEDNING

1.1. Riktlinjernas syfte och struktur

- (1) I dessa riktlinjer fastställs principerna för bedömningen av vertikala avtal och samordnade förfaranden enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (artikel 101)¹ och kommissionens förordning (EU) [nr [X]/2022 av den [X] 2022] om tillämpning av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på kategorier av vertikala avtal och samordnade förfaranden (gruppundantagsförordningen för vertikala avtal).² För att göra det lättare att hitta i dessa riktlinjer omfattar begreppet avtal, om inte annat anges, även samordnade förfaranden.
- (2) Kommissionens syfte med att utfärda dessa riktlinjer är att hjälpa företag att göra en egen bedömning av vertikala avtal enligt EU:s konkurrensregler. Varje avtal måste emellertid bedömas mot bakgrund av dess egna sakförhållanden.³ Dessa riktlinjer kan därför inte tillämpas mekaniskt. De påverkar inte heller den rättspraxis som har utvecklats av tribunalen och Europeiska unionens domstol.
- (3) Vertikala avtal får ingås för såväl mellanprodukter och tjänster i mellanledet som för slutprodukter och tjänster i slutledet. Om inte annat anges gäller dessa riktlinjer alla typer av varor och tjänster och alla handelsled.
- (4) Dessa riktlinjer är utformade enligt följande:
 - Detta första avsnitt innehåller en inledning med förklaringar av skälen till varför och i vilken utsträckning kommissionen ger vägledning om vertikala avtal. I den återstående delen av inledningen fastställs det sammanhang i vilket artikel 101 är tillämplig på vertikala avtal.
 - Det andra avsnittet innehåller en översikt över de positiva och negativa effekter som skapas av vertikala avtal. Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal i sin helhet, dessa riktlinjer och kommissionens verkställighetspolicy i enskilda fall bygger på beaktandet av dessa effekter.
 - I det tredje avsnittet behandlas vertikala avtal som i regel inte omfattas av artikel 101.1. Även om gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte är tillämplig på dessa avtal är det nödvändigt att ge vägledning om de villkor under vilka vertikala avtal faller utanför artikel 101.1.
 - I det fjärde avsnittet ges ytterligare vägledning om gruppundantagsförordningens tillämpningsområde. Det innehåller även förklaringar av de safe harbour-regler som inrättats genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och definitionen av ett vertikalt avtal. I detta avsnitt behandlas även vertikala avtal mer specifikt med avseende på onlineplattformsekonomin, vilken spelar en allt viktigare roll för distributionen av varor och tjänster och där vertikala avtal mellan företag inte alltid är lätta att kategorisera under de begrepp som traditionellt förknippas

¹ Riktlinjerna ersätter Tillkännagivande från kommissionen - Riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 130, 19.5.2010, s. 1.

² EUT L, [X], [X].[X].[X], s. [X].

³ Kommissionen kommer att övervaka användningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och dessa riktlinjer och kan se över detta tillkännagivande mot bakgrund av den framtida utvecklingen.

med vertikala avtal. I avsnittet förklaras även begränsningarna av tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, enligt vad som föreskrivs i artikel 2.2–4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, och förhållandet till andra föreskrifter om gruppundantag enligt artikel 2.8 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Det innehåller även en beskrivning av de viktigaste typerna av distributionssystem. Denna beskrivning är relevant för flera av bestämmelserna i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, framför allt förteckningen över särskilt allvarliga begränsningar i artikel 4 b.

- I det femte avsnittet behandlas definitionen av relevanta marknader och beräkningen av marknadsandelarna för de företag som är parter i ett vertikalt avtal. Syftet med beräkningen är att bedöma om de tröskelvärden för marknadsandel som föreskrivs i artikel 3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal för att fastställa förordningens tillämplighet har överskridits.
- Det sjätte avsnittet innehåller en genomgång av de särskilt allvarliga begränsningar som fastställs i artikel 4 och de undantagna begränsningar som fastställs i artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, med förklaringar av varför klassificeringen som särskilt allvarlig eller undantagen är relevant.
- I det sjunde avsnittet finns riktlinjer för återkallandet av gruppundantaget enligt artikel 29 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (förordning 1/2003)⁴ och föreskrifter om att gruppundantaget inte är tillämpligt enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- I det åttonde avsnittet beskrivs kommissionens verkställighetspolicy i enskilda fall. Avsnittet innehåller en förklaring av hur vertikala avtal bedöms enligt artikel 101.1 och 101.3 utanför tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och en vägledning till en icke-uttömmande förteckning över specifika vertikala avtal.

1.2. Tillämplighet av artikel 101 på vertikala avtal

- (5) Syftet med artikel 101 är att se till att företag inte använder avtal, varken horisontella eller vertikala,⁵ för att förhindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden till skada för konsumenterna. Genom artikel 101 eftersträvas även det mer övergripande målet att uppnå en integrerad inre marknad,⁶ för att stärka konkurrensen i hela Europeiska unionen. Företag får inte använda vertikala avtal för att återupprätta privata barriärer mellan medlemsstaterna där statliga barriärer har avskaffats med framgång.

⁴ EGT L 1, 4.1.2003, s. 1.

⁵ För tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal definieras i artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 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". Ytterligare vägledning om denna definition finns i avsnitt 4.2 i dessa riktlinjer.

⁶ Se till exempel domarna i mål 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Company mot kommissionen, EU:C:1973:22, punkterna 25–26, mål C-52/09 TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, punkt 22, mål C-209/10 Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet, EU:C:2012:172, punkterna 20–24 och mål C-413/14 P Intel Corp. Inc. mot kommissionen, EU:C:2017:632, punkt 133.

- (6) Artikel 101 är tillämplig på vertikala avtal och begränsningar i vertikala avtal som påverkar handeln mellan medlemsstaterna och som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.⁷ Den utgör en rättslig grund för bedömningen av vertikala begränsningar,⁸ där hänsyn tas till skillnaden mellan konkurrenshämmande och konkurrensfrämjande effekter. Enligt artikel 101.1 är avtal som märkbart begränsar eller snedvrider konkurrensen förbjudna. Genom artikel 101.3 undantas emellertid avtal som omfattas av artikel 101.1 och som ger så stora fördelar att de uppväger de konkurrenshämmande effekterna.⁹
- (7) Även om det inte finns någon obligatorisk ordningsföljd för bedömningen av vertikala avtal omfattar den vanligen följande steg:
- (a) För det första måste de berörda företagen fastställa leverantörens och köparens marknadsandelar på den marknad där de säljer respektive köper varor eller tjänster som omfattas av avtalet.
 - (b) Om leverantörens och köparens relevanta marknadsandelar var för sig inte överstiger tröskelvärden för marknadsandelar på 30 % omfattas det vertikala avtalet av de safe harbour-regler som skapats genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, under förutsättning att det varken innehåller några särskilt allvarliga begränsningar eller några undantagna begränsningar som inte kan avskiljas från resten av det vertikala avtalet.
 - (c) Om leverantörens och/eller köparens andel av den relevanta marknaden överstiger tröskelvärden 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 ett individuellt undantag enligt artikel 101.3.

2. EFFEKTER AV VERTIKALA AVTAL

- (8) Vid bedömningen av vertikala begränsningar enligt artikel 101 och tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal måste hänsyn tas till alla relevanta konkurrensparametrar, däribland priser, produktion i form av produktkvantitet, produktkvalitet och produktutbud samt innovation. Hänsyn måste även tas till att vertikala avtal mellan företag som är verksamma i olika led i produktions- eller distributionskedjan i allmänhet är mindre skadliga än horisontella avtal mellan konkurrenter som tillhandahåller utbytbara varor eller tjänster. I princip beror detta på att parterna i ett vertikalt avtal bedriver verksamheter med kompletterande karaktär, vilket vanligen innebär att konkurrensbefrämjande åtgärder av det ena

⁷ Se bland annat domarna i de förenade målen 56/64 och 58/64 Grundig-Consten mot kommissionen, EU:C:1966:41, mål 56/65 Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, EU:C:1966:38, och mål T-77/92 Parker Pen mot kommissionen, EU:T:1994:85.

⁸ För tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal definieras i artikel 1.1 b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal en vertikal begränsning som ”en konkurrensbegränsning i ett vertikalt avtal som omfattas av artikel 101.1 i fördraget [kursivering tillagd]”. Ytterligare vägledning om vertikala avtal som i allmänhet inte omfattas av artikel 101.1 finns i avsnitt 3 i dessa riktlinjer.

⁹ 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.

företaget gynnar den andra parten i avtalet, och i slutändan även konsumenterna. I motsats till horisontella avtal har parterna i ett vertikalt avtal därför ofta ett incitament att komma överens om lägre priser och högre servicenivåer, vilket också gynnar konsumenterna. Den kompletterande karaktären hos de verksamheter som bedrivs av parterna i ett vertikalt avtal som släpper ut varor eller tjänster på marknaden innebär även att vertikala begränsningar kan ge goda möjligheter till effektivitetsvinster, till exempel genom att optimera processerna och tjänsterna i tillverkningen eller distributionen.

- (9) Företag med marknadsakt kan försöka använda vertikala begränsningar för att uppnå konkurrenshämmande syften som i slutändan skadar konsumenterna. Marknadsakt 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 eller innovation ligga under den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden. Det krävs i regel en mindre grad av marknadsakt 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. Med tanke på den kompletterande karaktären hos de verksamheter som bedrivs av parterna i ett vertikalt avtal skulle emellertid utövandet av marknadsakt av ett företag antingen i föregående eller efterföljande marknadsled normalt vara till skada för efterfrågan på avtalsvarorna eller avtalstjänsterna av den andra parten i det vertikala avtalet. Företag som är parter i ett vertikalt avtal har därför vanligtvis ett incitament att förhindra att den andra parten i avtalet utövar sin marknadsakt.

2.1. Positiva effekter

- (10) Vertikala avtal kan ha positiva effekter, till exempel lägre priser, främjande av icke prismässig konkurrens eller förbättrad kvalitet på tjänster. Affärsmässiga transaktioner mellan leverantör och köpare, där endast pris och kvantitet i en viss transaktion avgörs, kan ofta leda till alltför låga investerings- och försäljningsnivåer, eftersom hänsyn inte tas till de externa effekterna av den kompletterande karaktären hos leverantörens och återförsäljarnas verksamheter. Dessa externa effekter kan delas in i två kategorier: vertikala externa effekter och horisontella externa effekter.
- (11) Vertikala externa effekter uppstår på grund av att de beslut som fattas och de åtgärder som vidtas i olika led i leverans- och distributionskedjan avgör vissa aspekter av försäljningen av varor eller tjänster, däribland pris, kvalitet, närliggande tjänster och marknadsföring, vilket inte bara påverkar det företag som fattar besluten utan även andra företag i olika led i leverans- och distributionskedjan. Till exempel kan en återförsäljare som anstränger sig för att öka försäljningen gå miste om vissa fördelar som i stället går till leverantören. Detta beror på att varje extra enhet som en återförsäljare säljer genom att sänka sitt återförsäljningspris eller genom att öka sina säljinsatser är till fördel för leverantören om dennes grossistpris är högre än marginalproduktionskostnaderna. Därmed kan leverantören dra nytta av positiva externa effekter av distributörens åtgärder. Omvänt kan det finnas situationer där återförsäljaren, ur leverantörens perspektiv, tar ut för höga priser¹⁰ och/eller gör för få försäljningssatsningar.
- (12) Horisontella externa effekter kan uppstå mellan återförsäljare av samma varor eller tjänster om en återförsäljare inte kan dra nytta av sina försäljningssatsningar fullt ut.

¹⁰ Detta kallas ibland ”problemet med dubbel marginalisering”.

Service som tillhandahålls av en återförsäljare före försäljning för att öka efterfrågan, till exempel personliga råd med avseende på vissa varor eller tjänster, kan leda till en högre försäljning för konkurrerande återförsäljare som erbjuder samma varor eller tjänster och därmed skapa incitament bland återförsäljarna att åka snålskjuts på andras kostsamma tjänster. I en distributionsmiljö med flera olika kanaler (online och offline) kan återförsäljarna åka snålskjuts i båda riktningarna.¹¹ Kunder kan till exempel besöka en butik för att prova varor eller tjänster eller för att ta del av annan användbar information som kan ligga till grund för deras inköpsbeslut och sedan beställa produkten på nätet från en annan återförsäljare. Omvänt kan kunderna samla in information före inköpet (t.ex. inspiration, information, utvärdering) från en onlinebutik och sedan besöka en fysisk butik, be om att få prova vissa varor eller tjänster på grundval av denna information och sedan göra sitt inköp i den fysiska butiken. Om sådan snålskjuts är möjlig, och om den återförsäljare som erbjuder service före försäljning inte kan dra nytta av fördelarna fullt ut, kan det leda till att tjänsterna inte är optimala vad gäller kvantitet eller kvalitet.

- (13) Om sådana externa effekter förekommer har leverantörerna ett incitament att kontrollera vissa aspekter av återförsäljarnas verksamhet. Framför allt kan vertikala avtal ge leverantörerna möjlighet att internalisera de ovannämnda externa effekterna, öka den gemensamma vinsten i den vertikala leverans- och distributionskedjan och, under vissa omständigheter, främja konsumenternas välfärd.
- (14) Dessa riktlinjer gör inte anspråk på att vara fullständiga eller uttömmande, utan avsikten är att ge en övergripande översikt över olika skäl som kan motivera vertikala begränsningar. De orsaker som anges nedan kan motivera tillämpningen av vissa vertikala begränsningar.
 - (a) Vertikala externa effekter eller problemet med dubbel marginalisering: Alltför höga priser som fastställts av återförsäljaren utan beaktande av beslutets konsekvenser för leverantören kan undvikas om leverantören inför ett högsta återförsäljningspris för återförsäljaren. För att öka distributörens försäljningssatsningar kan leverantören till exempel använda selektiv distribution eller ensamåterförsäljning.
 - (b) Problemet med snålskjuts: Snålskjuts mellan köpare kan förekomma på grossist- eller detaljhandelsnivå, i synnerhet om leverantören inte har möjlighet att införa effektiva krav på marknadsföring eller service för alla köpare. 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. Satsningar före försäljning där snålskjuts kan förekomma kan till exempel vara viktiga om varorna eller tjänsterna är relativt nya, tekniskt komplicerade eller värdefulla, eller om varornas eller tjänsternas rykte är en viktig faktor för deras efterfrågan. Konkurrensklausuler kan vara ett sätt att lösa problemet med snålskjuts mellan leverantörer.
 - (c) Att öppna eller gå in på nya marknader. Om en leverantör vill komma in på en ny geografisk marknad, till exempel genom att exportera till ett annat land, kan

¹¹ Se Commission Staff Working Document – Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation, SWD(2020) 172 final, 10.5.2017, s. 31–42 och den utvärdering som det hänvisas till (ej översatt till svenska), kommissionens slutliga rapport om utredningen av e-handelsbranschen, COM(2017) 229 final, 10.5.2017, punkt 11.

återförsäljaren behöva göra särskilda oåterkalleliga investeringar för att etablera varumärket på marknaden. För att övertala en lokal återförsäljare att göra dessa investeringar kan det vara nödvändigt att bevilja områdesskydd så att återförsäljaren kan erhålla avkastning på investeringarna. I sådana fall kan det vara motiverat att begränsa möjligheterna för återförsäljare på andra geografiska marknader att sälja på den nya marknaden (se även punkt 167 i dessa riktlinjer). Detta är en särskild form av det snålskjutsproblem som anges i led b ovan.

- (d) Problemet med snålskjuts på vetenskapen om att varan är av hög kvalitet: I vissa sektorer har enskilda återförsäljare ett rykte om sig att enbart lagerföra kvalitetsvaror eller tillhandahålla kvalitetstjänster (s.k. ”premiumåterförsäljare”). I sådana fall kan försäljning via dessa återförsäljare vara avgörande, i synnerhet för en framgångsrik lansering av en ny produkt. Om leverantören inte kan begränsa sin försäljning till sådana premiumåterförsäljare finns det risk för att produkten stryks från listan. Därför kan det vara motiverat att tillåta ensamåterförsäljning eller selektiv distribution.
- (e) Hold up-problemet: Ibland måste leverantören eller köparen göra kunds specifika investeringar, exempelvis investeringar 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 ställts av en kund. Om sådana kunds specifika investeringar inte kan avtalas direkt, eller om upphandlingen är ofullständig, kan det hända att det berörda företaget inte åtar sig att uppnå en optimal investeringsnivå ur leverantörens synvinkel och att köparen, när leverantören gjort sitt val, endast deltar i suboptimala investeringar. Vertikala avtal kan bidra till att undanröja eller minska ett sådant åtagandeproblem.
- (f) 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, och om den är väsentlig och nödvändig för avtalets funktion, kan en sådan överföring motivera en konkurrensklausul som i regel skulle falla utanför artikel 101.1.
- (g) Stordriftsfördelar vid distribution: För att dra nytta av stordriftsfördelar och därmed fastställa ett lägre detaljhandelspris för sina varor eller tjänster kan det hända att tillverkaren vill koncentrera återförsäljningen av sina varor eller tjänster 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) Likformighet och kvalitetsstandardisering: En vertikal begränsning kan bidra till att skapa en märkesimage genom att distributörerna åläggs förpliktelser i form av en viss grad av likformighet och kvalitetsstandardisering för att göra varorna eller tjänsterna mer attraktiva för slutkonsumenten och därmed öka försäljningen. Detta gäller till exempel vid selektiv distribution och franchising.
- (i) Imperfektioner på kapitalmarknaden: Det kan hända att kapitalkällor som banker och aktiemarknader tillhandahåller otillräckligt med kapital om de inte

har fullständig information om låntagarens betalningsförmåga 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 detta leda till att konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar införs för köparen. Om köparen lånar till leverantören kan det utgöra ett skäl till att ålägga leverantören exklusiv leverans eller kvantitetsbegränsningar.

- (15) De nio olika situationer som förtecknas i föregående punkt visar att vertikala avtal i allmänhet 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 som bidrar till introduktionen av nya och komplicerade varor eller tjänster eller skyddar avtalsspecifika investeringar. En vertikal begränsning är ibland nödvändig så länge leverantören säljer sina varor eller tjänster till köparen (se särskilt de situationer som beskrivs i leden a, b, f, g och h i föregående punkt).
- (16) Det finns en hög grad av utbytbarhet mellan de olika vertikala begränsningarna. Detta innebär att samma ineffektivitetsproblem kan lösas genom olika vertikala begränsningar. Det kan till exempel vara möjligt att uppnå stordriftsfördelar vid distribution genom att använda ensamåterförsäljning, selektiv distribution, kvantitetsbegränsningar eller exklusiva inköpsavtal. De negativa effekterna på konkurrensen kan emellertid variera mellan de olika vertikala begränsningarna, vilket är av betydelse när begränsningarnas nödvändighet bedöms mot bakgrund av artikel 101.3.

2.2. Negativa effekter

- (17) De negativa effekter som vertikala begränsningar kan ha på marknaden och som EU:s konkurrensregler avser att förhindra är framför allt 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 (uttrycklig eller underförstådd) samverkan¹² mellan dessa leverantörer, vilket ofta kallas minskning av konkurrensen mellan varumärken.
 - (c) Uppmjukning av konkurrensen mellan köparen och dennes konkurrenter eller underlättande av (uttrycklig eller underförstådd) samverkan mellan dessa köpare. En minskning av konkurrensen inom varumärken (dvs. konkurrensen mellan återförsäljare av varor och tjänster från samma leverantör) leder emellertid sannolikt inte i sig till negativa effekter för konsumenterna om konkurrensen mellan varumärken (dvs. konkurrensen mellan återförsäljare av varor och tjänster från olika leverantörer) är stark.
 - (d) Skapande av hinder för marknadsintegration, framför allt begränsningar av konsumenternas valmöjligheter att köpa varor eller tjänster i vilken medlemsstat de vill.

¹² När det gäller begreppen uttrycklig eller underförstådd samverkan, se domen i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85 till C-129/85 *Ahlström Osaakeyhtiö* med flera mot kommissionen, EU:C:1993:120.

- (18) Utestängning, uppmjukning av konkurrensen och samverkan på leverantörsnivå kan framför allt skada konsumenterna genom höjda grossistpriser på varor eller tjänster (vilket i sin tur kan leda till högre detaljhandelspriser), sämre utbud av varor eller tjänster, sämre kvalitet eller minskad innovation på leverantörsnivå. Utestängning, uppmjukning av konkurrensen och samverkan på återförsäljarnivå kan skada konsumenterna framför allt genom höjda detaljhandelspriser, färre alternativ när det gäller kombinationen pris-tjänster och distributionsformat, sämre tillgång till detaljisttjänster och sämre tjänstekvalitet samt minskad innovation på distributionsnivå.
- (19) På en marknad där enskilda detaljister 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.
- (20) 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.¹³

3. VERTIKALA AVTAL SOM I ALLMÄNHET FALLER UTANFÖR TILLÄMPNINGSOMRÅDET FÖR ARTIKEL 101.1

3.1. Avsaknad av påverkan på handeln, avtal av mindre betydelse och små och medelstora företag

- (21) Före genomgången av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, dess tillämpning och mer allmänt bedömningen av vertikala avtal enligt artikel 101.1 och 101.3 är det viktigt att erinra om att förordningen endast är tillämplig på avtal som faller *inom* tillämpningsområdet för artikel 101.1.
- (22) Avtal som inte märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstaterna (avsaknad av påverkan på handeln) eller som inte märkbart begränsar konkurrensen (avtal av mindre betydelse) omfattas inte av artikel 101.1.¹⁴ Kommissionen har gett vägledning om avsaknaden av påverkan på handeln i kommissionens riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (riktlinjerna för påverkan på handeln)¹⁵ och om avtal av mindre betydelse i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse).¹⁶ Dessa riktlinjer påverkar inte riktlinjerna för påverkan på handeln, tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse eller eventuell framtida vägledning av kommissionen i detta avseende.
- (23) I riktlinjerna för påverkan på handeln anges de principer som utarbetats av unionens domstolar för att tolka begreppet *påverkan på handeln* och för att fastställa när avtal

¹³ Kumulativa effekter kan särskilt motivera ett återkallande av gruppundantaget, se avsnitt 7.1. I dessa riktlinjer.

¹⁴ Se domen i mål C-226/11 Expedia Inc. mot Autorité de la concurrence, EU:C:2012:795, punkterna 16 och 17 med ytterligare hänvisningar.

¹⁵ EUT C 101, 27.4.2004, s. 81.

¹⁶ EUT C 291, 30.8.2014, s. 1.

sannolikt inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt. De omfattar en negativ motbevisbar presumtion som är tillämplig på alla avtal i den mening som avses i artikel 101.1, oavsett karaktären hos de begränsningar som ingår i sådana avtal, vilket innebär att den även är tillämplig på avtal som innehåller särskilt allvarliga begränsningar.¹⁷ Enligt denna presumtion kan vertikala avtal i princip inte märkbart påverka handeln mellan medlemsstaterna om i) parternas sammanlagda marknadsandel inte överstiger 5 % på någon av de relevanta marknaderna inom unionen som påverkas av avtalet, och ii) leverantörens sammanlagda årliga omsättning inom unionen som genererats avseende de produkter som omfattas av avtalet inte överstiger 40 miljoner euro.¹⁸ Kommissionen får frångå presumtionen om bedömningen av särdragen i överenskommelsen och den kontext i vilken den förekommer visar motsatsen.

- (24) Som fastställs i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse anses vertikala avtal som ingåtts mellan icke-konkurrenter i allmänhet falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 om marknadsandelen för var och en av parterna i avtalet inte överstiger 15 % på någon av de relevanta marknader som påverkas av avtalet.¹⁹ Denna allmänna regel har två undantag. För det första är artikel 101.1 tillämplig oberoende av parternas marknadsandel när det gäller särskilt allvarliga begränsningar.²⁰ Detta beror på att ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och som har ett konkurrensbegränsande syfte till sin natur, oavsett om det leder till något faktiskt resultat, utgör en märkbar begränsning av konkurrensen.²¹ För det andra sänks tröskelvärdet på 15 % av marknadsandelen till 5 % om konkurrensen, på en relevant marknad, begränsas av den kumulativa effekten av parallella nät av avtal. I punkterna 241–243 i dessa riktlinjer behandlas kumulativa effekter i samband med återkallande av gruppundantaget. I tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse klargörs att enskilda leverantörer eller återförsäljare med en marknadsandel som inte överstiger 5 % i allmänhet inte anses bidra väsentligt till en kumulativ utestängningseffekt.²²
- (25) Dessutom finns det inte någon presumtion om att vertikala avtal som ingåtts mellan företag varav ett eller flera har en enskild marknadsandel som överstiger 15 % automatiskt omfattas av artikel 101.1. Sådana avtal kan fortfarande sakna en märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna, och det kan även hända att de inte utgör någon märkbar begränsning av konkurrensen.²³ De måste därför bedömas i sitt rättsliga och ekonomiska sammanhang. Dessa riktlinjer omfattar kriterier för enskilda avtal.

¹⁷ Riktlinjerna för påverkan på handeln, punkt 50.

¹⁸ Riktlinjerna för påverkan på handeln, punkt 52.

¹⁹ Punkt 8 i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, vilket även omfattar ett tröskelvärde för marknadsandel för avtal mellan faktiska och potentiella konkurrenter, enligt vilket sådana avtal inte märkbart begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 om den sammanlagda marknadsandel som innehas av parterna i avtalet inte överstiger 10 % på någon av de relevanta marknader som påverkas av avtalet.

²⁰ Se domarna i mål 5/69 Völk mot Vervaecke, EU:C:1969:35, mål 1/71, Cadillon mot Höss, EU:C:1971:47 och mål C-306/96, Javico mot Yves Saint Laurent, EU:C:1998:173, punkterna 16 och 17.

²¹ Domen i mål C-226/11 Expedia Inc. mot Autorité de la concurrence, EU:C:2012:795, punkt 37.

²² Tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, punkt 8.

²³ Se domen i mål T-7/93 Langnese-Iglo mot kommissionen EU:T:1995:98, punkt 98.

- (26) Vidare anser kommissionen att vertikala avtal mellan små och medelstora företag²⁴ sällan har förmåga att märkbart påverka handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen anser även att sådana avtal sällan begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 på ett märkbart sätt, såvida de inte omfattar begränsningar med syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1. Vertikala avtal mellan små och medelstora företag faller därför i allmänhet 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 unionen inte är tillräckligt, såvida inte företagen kollektivt eller enskilt har en dominerande ställning på en väsentlig del av den inre marknaden.

3.2. Agentavtal

3.2.1. Definition av agentavtal

- (27) En agent är en juridisk eller fysisk person med befogenhet att förhandla och/eller ingå avtal för en annan persons räkning (huvudmannen), antingen i agentens eget namn eller huvudmannens namn, för inköp av varor eller tjänster för huvudmannens räkning eller försäljning av varor eller tjänster som tillhandahålls av huvudmannen.
- (28) Under vissa omständigheter kan förhållandet mellan en agent och dennes huvudman kännetecknas som ett förhållande där agenten inte längre agerar som en oberoende ekonomisk aktör. Detta gäller i de fall där agenten inte bär någon eller endast bär en obetydlig ekonomisk eller kommersiell risk i samband med de avtal som ingåtts eller förhandlats på huvudmannens vägnar, så som förklaras mer ingående nedan.²⁵ I sådana fall omfattas agentavtal inte av tillämpningsområdet för artikel 101.1. Parternas egen eller den nationella lagstiftningens klassificering av avtalet är inte relevant för bedömningen. Eftersom de utgör ett undantag från den allmänna tillämpligheten av artikel 101 när det gäller avtal mellan företag bör villkoren för kategorisering av ett avtal som ett agentavtal vid tillämpning av artikel 101.1 ges en snäv tolkning.
- (29) Det finns tre typer av ekonomiska eller kommersiella risker som är relevanta för att ett avtal ska kategoriseras 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.

²⁴ Enligt definitionen i bilagan till kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag, EUT L 124, 20.5.2003, s. 36.

²⁵ Se domarna i mål T-325/01 Daimler Chrysler mot kommissionen, EU:T:2005:322, mål C-217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mot CEPSA EU:C:2006:784 och mål C-279/06 CEPSA Estaciones de Servicio SA mot LV Tobar e Hijos SL, EU:C:2008:485.

- För det tredje finns det risker som har samband med andra verksamheter på samma produktmarknad, i den mån huvudmannen begär att agenten inom ramen för agentavtalet ska delta i sådan verksamhet, men inte som agent på huvudmannens vägnar utan på egen risk.
- (30) Vid tillämpning av artikel 101.1 i EUF-fördraget kommer ett avtal att klassificeras som ett agentavtal om agenten inte bär någon eller endast bär en obetydlig risk i fråga om de tre ovannämnda typerna. Betydelsen av sådana risker som bärs av agenten ska i allmänhet bedömas med hänvisning till de intäkter som genereras av agenten genom att tillhandahålla agenttjänster snarare än med hänvisning till de intäkter som genereras vid försäljning av varor eller tjänster som omfattas av agentavtalet. Risker som är knutna till själva verksamheten med att tillhandahålla agenttjänster 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 som kan användas för någon typ av verksamhet.
- (31) Mot bakgrund av ovanstående, vid tillämpning av artikel 101.1, ges i följande förteckning ett antal exempel på vanligt förekommande inslag i agentavtal. Detta är fallet om agenten
- (a) inte förvärvar rätten till de varor som köps eller säljs inom ramen för agentavtalet och inte själv tillhandahåller avtalstjänsterna; det faktum att agenten tillfälligt, under en mycket kort tidsperiod, kan förvärva rätten till de varor som omfattas av avtalet i samband med försäljning av dem för huvudmannens räkning utesluter inte ett agentavtal, under förutsättning att agenten inte ådrar sig några kostnader eller risker i samband med överföringen av rätten,
 - (b) inte bidrar till kostnaderna i samband med leverans/inköp av avtalsvaror eller avtalstjänster, inbegripet kostnader för transport av varorna, vilket emellertid inte utesluter att agenten genomför transporten, förutsatt att kostnaderna täcks av huvudmannen,
 - (c) 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),
 - (d) inte ansvarar för kunders underlåtenhet att fullgöra avtalet (till exempel utebliven betalning från kunden), 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 tar ansvar gentemot kunder eller andra tredje parter för förlust eller skada vid tillhandahållande av avtalsvaror eller avtalstjänster, såvida inte agenten är ansvarig för brister i detta avseende,
 - (f) inte, direkt eller indirekt, är skyldig att investera i säljfrämjande åtgärder, däribland genom bidrag till huvudmannens reklambudget eller till reklam- eller marknadsföringsverksamhet som särskilt rör avtalsvarorna eller avtalstjänsterna,

- (g) inte gör marknadsspecifika investeringar i utrustning, lokaler, utbildning av personal eller reklam för de varor eller tjänster som omfattas av avtalet, som t.ex. en tank för lagring av bensin vid återförsäljning av bensin, särskild programvara för försäljning av försäkringar när det gäller försäkringsagenter eller reklam avseende resvägar eller destinationer när det gäller resebyråer som säljer flygresor eller hotellboende, såvida inte huvudmannen betalar full ersättning för dessa kostnader,
 - (h) inte bedriver andra verksamheter på samma produktmarknad som huvudmannen begär inom ramen för agentförhållandet (t.ex. leverans av varorna), såvida inte huvudmannen betalar full ersättning för dessa verksamheter.
- (32) Om agenten bär en eller flera av de risker eller kostnader som anges i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer 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 avtalsspecifika riskerna. Om agenten bär avtalsspecifika risker som inte är obetydliga är detta tillräckligt för att konstatera att agenten är en oberoende återförsäljare. Om agenten inte bär avtalsspecifika risker är det nödvändigt att fortsätta analysen genom att bedöma de risker som hänger samman med marknadsspecifika investeringar. Om agenten varken bär avtalsspecifika risker eller andra risker som hänger samman med marknadsspecifika investeringar kan det bli nödvändigt att bedöma riskerna i samband med annan verksamhet som omfattas av agentförhållandet på samma produktmarknad.
- (33) En huvudman får använda olika metoder för att ersätta de relevanta riskerna, så länge metoderna säkerställer att agenten inte bär några, eller endast obetydliga, risker av de typer som anges i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer. Till exempel kan en huvudman välja att ersätta de exakta kostnader som uppstått, täcka kostnaderna med en fast klumpsumma eller ersätta agenten med en fast procentandel av intäkterna från de varor eller tjänster som har sålts inom ramen för avtalet. För att säkerställa att alla relevanta risker beaktas kan det vara nödvändigt att ge agenten en enkel metod för att deklarerat och begära ersättning av alla kostnader som överstiger den fastställda klumpsumman eller en fast procentandel. Huvudmannen kan även behöva övervaka eventuella förändringar av de relevanta kostnaderna och anpassa klumpsumman eller den fasta procentandelen därefter. Om de relevanta kostnaderna ersätts med en procentandel av priset för de produkter som sålts inom ramen för agentavtalet bör huvudmannen även ta hänsyn till att agenten kan ådra sig relevanta marknadsspecifika investeringskostnader även om försäljningen är begränsad eller obefintlig under en viss tidsperiod. Dessa kostnader måste ersättas av huvudmannen.
- (34) En oberoende återförsäljare av vissa varor eller tjänster från en leverantör kan även agera som agent för andra varor eller tjänster från samma leverantör, under förutsättning att de verksamheter och risker som omfattas av agentavtalet kan avgränsas på ett effektivt sätt (till exempel att de gäller varor eller tjänster som tillför extra funktioner eller nya egenskaper). För att avtalet ska betraktas som ett agentavtal vid tillämpning av artikel 101 måste den oberoende återförsäljaren vara helt fri att ingå agentavtalet (agentförhållandet får till exempel inte införas av huvudmannen genom hot om att avsluta eller försämra villkoren i distributionsförhållandet). Samtidigt, som nämns i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer, måste alla relevanta risker

i samband med försäljningen av de varor eller tjänster som omfattas av agentavtalet, inklusive marknadsspecifika investeringar, bäras av huvudmannen.

- (35) Om en agent bedriver andra verksamheter för samma eller andra leverantörer på egen risk finns det risk för att de villkor som ålagts agenten för dennes agenturverksamhet kommer att påverka dennes incitamenten och begränsa friheten i beslutsfattandet om agenten säljer produkterna som en oberoende verksamhet. Framför allt finns det en risk för att huvudmannens prissättning av de produkter som säljs inom ramen för agentavtalet kommer att påverka agentens/distributörens incitament att sätta oberoende priser på de produkter som agenten/återförsäljaren säljer som oberoende återförsäljare. Dessutom kan kombinationen av agentur och oberoende distribution för samma leverantör göra det svårt att skilja mellan investeringar och kostnader som gäller funktionen som agentur, däribland marknadsspecifika investeringar, och de som endast gäller den oberoende verksamheten. I sådana fall kan det vara särskilt svårt att bedöma huruvida ett agentförhållande uppfyller de villkor som fastställs i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer.²⁶
- (36) De risker som beskrivs i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer är av särskild betydelse om agenten bedriver andra verksamheter som oberoende återförsäljare för samma huvudman på samma produktmarknad. Omvänt är det mindre sannolikt att dessa risker uppstår om de andra verksamheter som agenten bedriver som oberoende återförsäljare gäller en annan produktmarknad.²⁷ Generellt kan sägas att ju mindre utbytbara produkterna är, desto mindre sannolikt är det att sådana risker uppstår. På produktmarknader som omfattar produkter som inte har objektivt särskiljande egenskaper, t.ex. högre kvalitet, nya egenskaper eller extra funktioner, är det svårare att göra sådana avgränsningar. Därför kan det finnas en betydande risk för att agenten påverkas av villkoren i agentavtalet, framför allt när det gäller prissättningen, för de produkter som agenten distribuerar oberoende.
- (37) För att identifiera de marknadsspecifika investeringar som ska ersättas vid ingående av ett agentavtal med en oberoende återförsäljare som redan är aktiv på den relevanta marknaden bör huvudmannen ta hänsyn till den hypotetiska situationen där agenten ännu inte är aktiv på den relevanta marknaden för att bedöma vilka investeringar som är relevanta för den typ av verksamhet som agenten har anlitats för. De enda marknadsspecifika investeringar som huvudmannen inte behöver ta hänsyn till är de som endast gäller försäljningen av differentierade produkter på samma produktmarknad som inte säljs inom ramen för agentavtalet, utan distribueras oberoende, till skillnad från de marknadsspecifika investeringar som behövs för att bedriva verksamhet på den relevanta produktmarknaden, vilka huvudmannen måste täcka i samtliga fall. Detta beror på att agenten inte skulle ådra sig marknadsspecifika kostnader för de differentierade produkterna om den inte även agerade som oberoende återförsäljare av de produkterna, utöver de produkter som distribueras inom agentverksamheten, under förutsättning att agenten kan bedriva verksamhet på den relevanta marknaden utan att sälja de förnämnda produkterna. I den utsträckning de relevanta investeringarna redan har avskrivits (t.ex. investeringar i möbler för en enskild verksamhet) får ersättningen justeras proportionerligt.

²⁶ Domstolens dom av den 16 december 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m.fl. mot Europeiska kommissionen, de förenade målen 40–48, 50, 54–56, 111, 113 och 114–73, ECLI:EU:C:1975:174, punkterna 537–557.

²⁷ Förstainstansrättens dom (femte avdelningen) av den 15 september 2005, DaimlerChrysler AG mot Europeiska kommissionen., mål T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, punkterna 100 och 113.

- (38) Exempel på hur kostnaderna kan fördelas om en återförsäljare även agerar som agent för vissa produkter för samma leverantör.

En oberoende återförsäljare säljer produkterna A, B och C. Produkterna A och B tillhör samma produktmarknad, vilken omfattar differentierade produkter som uppvisar objektiva särskiljande egenskaper. Produkt C tillhör en annan produktmarknad.

En leverantör av produkt B distribuerar vanligen sina produkter med hjälp av oberoende återförsäljare. För distributionen av en viss typ av samma produkt, nämligen produkt A med en ny funktion, vill leverantören emellertid använda ett agentavtal, vilket leverantören erbjuder sina befintliga oberoende återförsäljare på samma produktmarknad utan att rättsligt eller faktiskt kräva att de ingår detta avtal.

För att agentavtalet inte ska omfattas av artikel 101.1 i EUF-fördraget, och för att det ska uppfylla villkoren i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer, måste huvudmannen täcka alla relevanta investeringar inom verksamheten med att sälja var och en av produkterna A och B (och inte bara produkter av typ A), eftersom de tillhör samma produktmarknad. Till exempel är det sannolikt att alla kostnader i samband med anpassning eller inredning av en butik för att visa och sälja produkterna A och B är marknadsspecifika. På liknande sätt är det sannolikt att kostnaderna för att utbilda personal som ska sälja produkterna A och B och kostnaderna för särskild butiksinteriör som kan behövas för produkterna A och B också är marknadsspecifika. Dessa relevanta investeringar, som i vanliga fall skulle krävas av en agent för att komma in på marknaden för att sälja produkterna A och B, borde bäras av huvudmannen även om den specifika agenten redan är etablerad på marknaden som oberoende återförsäljare.

Huvudmannen behöver emellertid inte täcka investeringar för försäljningen av produkt C, eftersom den inte tillhör samma produktmarknad som produkterna A och B. Om försäljningen av produkt B kräver särskilda investeringar som inte är nödvändiga för försäljningen av produkt A (t.ex. särskild inredning eller personalutbildning) är sådana investeringar inte relevanta och behöver därför inte täckas av huvudmannen, under förutsättning att en återförsäljare kan bedriva verksamhet på den relevanta marknaden som omfattar produkterna A och B endast genom att sälja produkt A.

Investeringar i reklam för agentens butik som sådan (i stället för specifik reklam för produkt A) skulle gynna både agentens butik i allmänhet såväl som försäljningen av produkterna A, B och C, även om endast produkt A säljs inom ramen för agentavtalet. Dessa kostnader är därför delvis relevanta för bedömningen av agentavtalet i den mån de gäller försäljningen av produkt A, som säljs inom ramen för agentavtalet, men de är även relevanta för den övergripande verksamheten med att sälja produkterna A och B. Kostnaden för en reklamkampanj som endast avser produkt B eller C skulle emellertid inte vara relevant och skulle därför inte behöva täckas av huvudmannen, under förutsättning att en återförsäljare kan vara verksam på den relevanta marknaden genom att endast sälja produkt A.

Samma principer gäller för investeringar i en webbplats eller onlinebutik. En del av dessa investeringar är inte relevanta, eftersom de måste göras oavsett vilka produkter som säljs inom ramen för agentavtalet. Allmänna investeringar för att utforma en webbplats behöver därför inte ersättas, så länge webbplatsens uppbyggnad i sig kan användas för att sälja andra produkter än de som tillhör den relevanta produktmarknaden (t.ex. produkter av typ C eller, mer allmänt, andra produkter än A

och B). Investeringar för att använda webbplatsen för att sälja eller marknadsföra produkter på den relevanta produktmarknaden (dvs. både produkt A och B) skulle emellertid vara relevanta. Beroende på nivån av de investeringar som krävs för att marknadsföra och sälja produkter av typerna A och B på webbplatsen skulle huvudmannen därför behöva täcka en del av kostnaderna för att inrätta webbplatsen eller onlinebutiken. Särskilda investeringar för att endast marknadsföra eller sälja produkt B skulle inte behöva täckas, under förutsättning att en återförsäljare kan vara verksam på den relevanta marknaden genom att endast sälja produkt A.

3.2.2. *Tillämpning av artikel 101.1 på agentavtal*

- (39) Om ett avtal uppfyller villkoren för att kategoriseras som ett agentavtal vid tillämpning av artikel 101.1 utgör agentens försäljnings- eller inköpsfunktion 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. Agentens åtagande av de förpliktelser som förtecknas i slutet av denna punkt kommer att antas utgöra en integrerad del av ett agentavtal, eftersom dessa förpliktelser gäller huvudmannens förmåga att fastställa omfattningen av agentens verksamhet i förhållande till de varor eller tjänster som omfattas av avtalet. Detta är helt avgörande om huvudmannen ska ta på sig riskerna i samband med de avtal som ingåtts och/eller förhandlats av agenten för huvudmannens räkning. Huvudmannen kan därmed fastställa den kommersiella strategin utifrån
- (a) begränsningar av det geografiska område där agenten får sälja varorna eller tjänsterna,
 - (b) begränsningar av de kundkategorier till vilka agenten får sälja de varor eller tjänster som omfattas av avtalet, eller
 - (c) priserna och villkoren för agentens försäljning eller inköp av de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.
- (40) Om agenten bär en eller flera av de relevanta risker som beskrivs i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer betraktas avtalet mellan agenten och huvudmannen däremot 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. Av detta skäl klargörs i artikel 1.1 k i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att ett företag som omfattas av ett avtal som faller under artikel 101.1, och som säljer varor eller tjänster för ett annat företags räkning, är en köpare.
- (41) Även om agenten inte bär några risker, eller endast obetydliga risker, enligt beskrivningen i punkterna 28–31 i dessa riktlinjer är agenten fortfarande ett separat företag i förhållande till huvudmannen. Därför kan bestämmelserna om förhållandet mellan agenten och huvudmannen strida mot 101.1, oavsett om de utgör en del av det avtal som reglerar försäljningen eller inköpen av avtalsprodukterna eller ett separat avtal. Sådana bestämmelser kan stödjas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, särskilt om de villkor som anges i artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är uppfyllda. Utanför förordningens tillämpningsområde kan de i enskilda fall uppfylla villkoren i artikel 101.3 enligt beskrivningen i avsnitt 8.1.2 i dessa riktlinjer. Agentavtal kan till exempel 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). 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 som avser konkurrens mellan varumärken, kan emellertid utgöra en överträdelse av artikel 101.1 om de bidrar till (kumulativ) avskärmning av den relevanta marknad där avtalsvarorna eller avtalstjänsterna säljs eller köps (se framför allt avsnitten 8.2.1 och 6.2.2 i dessa riktlinjer).

- (42) 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.
- (43) När det gäller en oberoende återförsäljare som även agerar som agent för vissa varor eller tjänster från samma leverantör måste uppfyllandet av de krav som fastställs i punkterna 34–37 i dessa riktlinjer bedömas strikt. Detta är nödvändigt för att undvika en felaktig användning av agentkonceptet i scenarier där leverantören inte blir aktiv på detaljhandelnivå, och fattar alla beslut om distributionen och tar på sig alla medföljande risker i enlighet med de principer som fastställs i punkterna 28–31, utan snarare använder ett enkelt sätt att kontrollera detaljhandelspriserna för produkter med höga återförsäljningsmarginaler. Eftersom upprätthållande av detaljhandelspriser är en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, och enligt vad som fastställs i avsnitt 6.1.1 i dessa riktlinjer, bör agentkonceptet inte missbrukas av leverantörer för att kringgå tillämpningen av artikel 101.1 i EUF-fördraget.

3.2.3. *Agentur och onlineplattformsekonomin*

- (44) Företag som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster kategoriseras som leverantörer enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se även punkterna 60–64 i dessa riktlinjer) och kan därför i princip inte klassificeras som agenter vid tillämpning av artikel 101.1. Dessutom agerar tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster i allmänhet som oberoende ekonomiska aktörer och inte som en del av de försäljningsföretag till vilka de tillhandahåller förmedlingstjänsterna. Starka nätverkseffekter och andra inslag i onlineplattformsekonomin kan bidra till en betydande obalans när det gäller avtalsparternas storlek och förhandlingsposition. De kan även leda till en situation där villkoren för försäljningen av de varor och tjänster som omfattas av avtalet och den kommersiella strategin avgörs av tillhandahållaren av onlinebaserade förmedlingstjänster i stället för säljarna av de varor eller tjänster som förmedlas. Tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster tjänar dessutom ofta ett mycket stort antal säljare samtidigt, vilket hindrar dem från att effektivt utgöra en del av säljarnas företag. Tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster gör dessutom ofta betydande marknadsspecifika investeringar, till exempel i programvara, reklam och service efter försäljning, vilket visar att dessa företag tar betydande ekonomiska eller kommersiella risker i samband med de kontrakt som förhandlas för säljarnas räkning med användning av deras onlinebaserade förmedlingstjänster.

3.3. Underleverantörsavtal

- (45) Underleverantörsavtal, enligt definitionen i kommissionens tillkännagivande av den 18 december 1978 om bedömningen av vissa underleverantörsavtal i förhållande till artikel 85.1 i EEG-fördraget (tillkännagivandet om underleverantörsavtal),²⁸ faller vanligen utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1. Tillkännagivandet om underleverantörsavtal är fortfarande tillämpligt och omfattar ytterligare vägledning om tillämpningen av denna allmänna regel. Framför allt fastställs i tillkännagivandet att om en entreprenör inför begränsningar av användningen av den teknik eller utrustning som entreprenören tillhandahåller till en underleverantör måste denna teknik eller utrustning vara nödvändig för att underleverantören ska kunna tillverka de berörda produkterna.²⁹ I tillkännagivandet klargörs även tillämpningsområdet för denna allmänna regel, i synnerhet att andra begränsningar som införs för underleverantören i allmänhet faller inom tillämpningsområdet för artikel 101, däribland skyldigheten att inte utföra eller utnyttja egen forskning och utveckling och att inte tillverka varor för tredje parter räkning.³⁰

4. TILLÄMPNINGSOMRÅDE FÖR GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNINGEN FÖR VERTIKALA AVTAL

4.1. Safe harbour-regler som inrättats genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal

- (46) Genom gruppundantaget i artikel 2.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal fastställs en safe harbour-regel för vertikala avtal i den mening som avses i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, under förutsättning att de marknadsandelar som innehas av leverantören och köparen på deras respektive relevanta marknader inte överstiger tröskelvärdena i artikel 3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 5.2 i dessa riktlinjer),³¹ och att avtalet inte omfattar särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 6.1 i dessa riktlinjer).³² Denna safe harbour-regel är tillämplig så länge fördelen med gruppundantaget inte har återkallats i ett enskilt fall av kommissionen eller konkurrensmyndigheten i en medlemsstat enligt artikel 29 i förordning 1/2003 (se avsnitt 7.1 i dessa riktlinjer).
- (47) I artikel 2.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal fastställs även en safe harbour om en leverantör använder samma avtal för att distribuera olika typer av varor eller tjänster. I sådana fall med diversifierad distribution är gruppundantagsförordningen för vertikala avtal tillämplig på det vertikala avtalet i den utsträckning som, och i förhållande till de varor eller tjänster för vilka, villkoren

²⁸ EGT C 1, 3.1.1979, s. 2 (ej översatt till svenska). I tillkännagivandet definieras underleverantörsavtal som avtal enligt vilka ett företag, "entreprenören", oavsett om de står i förbindelse med en tidigare beställning från en tredje part, anförtror en annan part, "underleverantören", att tillverka varor, tillhandahålla tjänster eller utföra arbete under entreprenörens instruktioner som ska tillhandahållas till entreprenören eller utföras för dennes räkning.

²⁹ Se punkt 2 i tillkännagivandet om underleverantörsavtal, vilken innehåller ytterligare förtydliganden, i synnerhet angående användningen av industriell äganderätt och sakkunskap.

³⁰ Se punkt 3 i tillkännagivandet om underleverantörsavtal.

³¹ Om tröskelvärdet för marknadsandelar överstiger 30 % finns det inte någon presumtion att vertikala avtal faller inom tillämpningsområdet för artikel 101.1 eller inte uppfyller villkoren i artikel 101.3.

³² När det gäller undantagna begränsningar i den mening som avses i artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, se avsnitt 6.2 i dessa riktlinjer.

för tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är uppfyllda. Omvänt är artikel 101 tillämplig på vertikala avtal avseende de varor eller tjänster som inte omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Detta innebär att det inte finns något gruppundantag enligt artikel 2.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, men inte heller någon presumtion om olagligheten av sådana avtal.

4.2. Definition av vertikala avtal

- (48) Artikel 101.1 avser avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden. Föreskrifterna gäller oavsett om dessa företag är verksamma på samma nivå eller på olika nivåer i produktions- eller distributionskedjan. Artikel 101.1 är därmed tillämplig på såväl horisontella avtal och samordnade förfaranden som vertikala avtal och samordnade förfaranden.³³
- (49) Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden,³⁴ i dess ändrade lydelse genom rådets förordning (EG) nr 1215/1999 av den 10 juni 1999³⁵ (förordningen om befogenhet), ger kommissionen befogenhet, i enlighet med artikel 101.3, att göra gruppundantag för vertikala avtal och samordnade förfaranden genom en förordning.
- (50) I enlighet med artiklarna 1 och 3 i förordningen om befogenhet definieras i artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 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”.³⁶ Denna definition speglar minst tre av de viktigaste kraven, vilka behandlas nedan var för sig.
- 4.2.1. *Ensidigt agerande faller utanför tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal*
- (51) Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig på vertikala avtal och samordnade förfaranden. Den är inte tillämplig på ensidigt agerande av företag. Sådant ensidigt agerande kan falla inom tillämpningsområdet för artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (artikel 102), vilken förbjuder missbruk av dominerande ställning.³⁷ 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 (s.k. samförstånd). Det har ingen betydelse i vilken form avsikten uttrycks, så länge det verkligen är parternas faktiska avsikt som uttrycks.
- (52) Om det inte finns något konkret avtal som uttrycker parternas samförstånd måste kommissionen, vid tillämpning av artikel 101, visa att den ena partens ensidiga

³³ Se domen i mål 56/65 Technique Minière mot Maschinenbau Ulm, EU:C:1966:38, s. 240.

³⁴ EGT L 36, 6.3.1965, s. 35.

³⁵ EGT L 148, 15.6.1999, s. 1.

³⁶ På samma sätt som i artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattar begreppet vertikalt avtal i dessa riktlinjer även vertikala samordnade förfaranden om inte annat anges.

³⁷ Omvänt, om det finns ett vertikalt avtal i den mening som avses i artikel 101, påverkar gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och dessa riktlinjer inte den möjliga parallella tillämpningen av artikel 102 på detta vertikala avtal.

policy har fått den andra partens samtycke. För vertikala avtal finns det två sätt att fastställa samtycke med en viss ensidig policy.

- (a) För det första kan man dra slutsatsen att det finns ett uttryckligt samtycke genom de befogenheter som parterna har gett varandra i ett allmänt avtal utarbetat i förväg. Om bestämmelserna i ett sådant allmänt avtal ger en part rätt att senare anta en viss ensidig policy som är bindande för den andra parten, kan man av detta dra slutsatsen att den andra parten har lämnat sitt samtycke på denna grund.³⁸
 - (b) För det andra, för att fastställa ett tyst samtycke, är det i första hand nödvändigt att visa att en part uttryckligen eller underförstått kräver att den andra parten samarbetar för att genomföra den förras ensidiga policy och i andra hand att den andra parten har gjort detta genom att tillämpa den ensidiga policyn i praktiken.³⁹ 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. Denna slutsats kan emellertid inte dras om återförsäljarna fortsätter att bedriva parallellhandel eller försöker hitta nya sätt att bedriva parallellhandel.
- (53) Mot bakgrund av ovanstående utgör allmänna försäljningsvillkor, även om de har införts av en part och godtagits underförstått av den andra parten, ett avtal vid tillämpning av artikel 101.1 i fördraget.⁴⁰
- 4.2.2. *Företagen bedriver verksamhet på olika nivåer av produktions- eller distributionskedjan*
- (54) Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig på avtal eller samordnade förfaranden mellan två eller fler företag oavsett deras affärsmodell. Eftersom slutkonsumenter inte bedriver verksamhet som företag omfattar gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte vertikala avtal eller samordnade förfaranden med konsumenter.
 - (55) För att omfattas av definitionen i artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal måste ett avtal dessutom ha ingåtts mellan företag som, vid tillämpning av avtalet, är verksamma på olika nivåer av produktions- eller distributionskedjan. Till exempel finns det ett vertikalt avtal om ett av företagen framställer en råvara eller tillhandahåller en tjänst och säljer den till ett annat företag som använder den som insatsvara. På samma sätt finns det ett vertikalt avtal om en tillverkare säljer en produkt till en grossist som säljer den vidare till en detaljist.
 - (56) Eftersom definitionen i artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal avser syftet med det specifika avtalet utgör det faktum att den ena parten i avtalet är aktiv på fler än en nivå i leverans- eller distributionskedjan inte något hinder för tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. När det gäller avtal mellan konkurrerande företag måste emellertid hänsyn tas till artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Vägledning om artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal finns i avsnitt 4.4.3 i dessa riktlinjer.

³⁸ Se domen i mål C-74/04 P Kommissionen mot Volkswagen AG, EU:C:2006:460.

³⁹ Se domen i mål T-41/96 Bayer AG mot kommissionen, EU:T:2000:242.

⁴⁰ Se kommissionens beslut i AT.40182 Guess, punkt 97 med hänvisning till fast rättspraxis.

4.2.3. *Avtalen gäller inköp, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster*

- (57) I artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att vertikala avtal, för att omfattas av förordningens tillämpningsområde, måste avse ”villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster”. I enlighet med det allmänna syftet med en gruppundantagsförordning, dvs. att skapa rättssäkerhet, måste artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal tolkas brett, så att den omfattar alla vertikala avtal oavsett om de gäller varor eller tjänster i mellanledet eller slutledet. Både de varor och tjänster som levereras och, när det gäller varor eller tjänster i mellanledet, de slutliga varorna eller tjänsterna anses vara avtalsvaror eller avtalstjänster vid tillämpning av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal på respektive avtal.
- (58) Vertikala avtal i onlineplattformsekonomin, däribland de som ingåtts med tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster enligt vad som avses i artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, omfattas av artikel 1.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Både tillhandahållandet av onlinebaserade förmedlingstjänster och de varor eller tjänster som är föremål för de transaktioner som underlättas genom förmedlingstjänsterna anses vara avtalsvaror eller avtalstjänster vid tillämpning av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal på det avtal som ligger till grund för tillhandahållandet av onlinebaserade förmedlingstjänster och det avtal som ligger till grund för leveransen av de förmedlade varorna eller tjänsterna.
- (59) Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattar inte vertikala begränsningar som inte avser villkoren för inköp, försäljning och återförsäljning av vissa avtalsvaror eller avtalstjänster. Dessa avtal måste bedömas individuellt, nämligen om de i de enskilda fallen faller inom tillämpningsområdet för artikel 101.1 och om villkoren i artikel 101.3 i sådana fall är uppfyllda. Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är till exempel inte tillämplig på en skyldighet som hindrar parterna från att utföra oberoende forskning och utveckling, vilken parterna kan ha infört i sina vertikala avtal. Ett annat exempel gäller hyres- och leasingavtal. Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig på varor som säljs och köps för uthyrning till tredje parter, men hyres- och leasingavtalen i sig omfattas inte av förordningen, eftersom inga varor eller tjänster säljs till köparen.

4.3. Vertikala avtal i onlineplattformsekonomin

- (60) Onlineplattformsekonomin spelar en allt viktigare roll för distributionen av varor och tjänster. Företag som är verksamma i onlineplattformsekonomin bidrar till skapandet av nya affärsmöjligheter, vilka kan vara svåra att kategorisera under de begrepp som traditionellt förknippas med vertikala förhållanden mellan leverantörer och återförsäljare i en miljö med fysiska butiker.
- (61) I gruppundantagsförordningen för vertikala avtal kategoriseras företag som är verksamma i leverans- och distributionskedjan som leverantörer eller köpare. Beroende på huruvida ett företag faller inom den ena eller andra kategorin kan gruppundantagsförordningen för vertikala avtal tillämpas på olika sätt inom följande områden:
- (a) Undantaget för icke-ömsesidiga vertikala avtal mellan konkurrenter i enlighet med artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 4.4 i dessa riktlinjer).

- (b) Beräkningen av marknadsandelar för tillämpningen av de tröskelvärden som föreskrivs i artikel 3.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 5 i dessa riktlinjer).
 - (c) Återkallandet av gruppundantaget i enlighet med artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 6.1 i dessa riktlinjer).
 - (d) Uteslutningen av vissa begränsningar från de safe harbour-regler som föreskrivs i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal i enlighet med artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 6.2 i dessa riktlinjer).
- (62) Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal innehåller definitioner av begreppen leverantör, i artikel 1.1 d, och köpare, i artikel 1.1 j. För att sammanjämka svårigheten med att definiera dessa begrepp på ett uttömmande sätt med gruppundantagsförordningens mål att skapa så stor rättssäkerhet så möjligt är dessa bestämmelser begränsade till att förtydliga att vissa typer av företag faller inom den ena eller den andra kategorin.
- (63) I artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att ett företag som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster klassificeras som leverantör enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Detta innebär, i enlighet med den åtskillnad mellan leverantörer och köpare som föreskrivs i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, att företaget inte samtidigt kan klassificeras som köpare i den mening som avses i artikel 1.1 j i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal i förhållande till den transaktion som företaget underlättar. Dessutom klargörs i artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att en tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster är en leverantör enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, även om tillhandahållaren är part i en transaktion som den underlättar. Detta innebär att ett företag som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster, och därmed omfattas av definitionen i artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, inte får kringgå sin klassificering som leverantör i förhållande till de onlinebaserade förmedlingstjänster som tillhandahålls, till exempel genom att bli part till den transaktion som företaget underlättar eller genom att fastställa i avtalet att företaget är köpare av de varor eller tjänster som tillhandahålls på grundval av en sådan transaktion.
- (64) Definitionen av en tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster i artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal bygger på definitionerna i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/1150 av den 20 juni 2019 om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster (P2B-förordningen).⁴¹ Den utgår från att ett företag som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster gör detta för att underlätta direkta transaktioner mellan säljare och köpare, eller mellan säljare och konsumenter som använder företagets onlinebaserade förmedlingstjänster. Artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är baserad på antagandet att en tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster i allmänhet tillhandahåller en infrastruktur som gör att företagen kan möta och göra transaktioner med andra

⁴¹ EUT L 186, 11.7.2019, s. 57.

företag eller konsumenter online utan att vara rättsligt eller faktiskt ansvariga för sina transaktioner.

4.4. Begränsningar av tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal

4.4.1. Sammanslutningar av detaljister

(65) Enligt artikel 2.2 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 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 därmed inte av safe harbour-reglerna. Detta innebär att vertikala avtal som ingås mellan en sammanslutning och dess enskilda medlemmar, eller mellan en sammanslutning och dess enskilda leverantörer, endast omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om alla dess medlemmar är detaljister som säljer varor (och inte tjänster) till slutkonsumenter och om varje enskild medlem i sammanslutningen har en årsomsättning som inte överstiger 50 miljoner euro.⁴² Om endast ett begränsat antal medlemmar i sammanslutningen har en årsomsättning 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, kommer detta emellertid normalt inte att förändra bedömningen enligt artikel 101.

(66) Inom en sammanslutning av företag kan både horisontella och vertikala avtal ingås. Horisontella avtal måste bedömas enligt principerna i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 101 i fördraget på horisontella samarbetsavtal (de horisontella riktlinjerna).⁴³ Om den bedömningen leder till slutsatsen att ett samarbete mellan företag inom området för inköp och försäljning är godtagbart, eftersom det uppfyller de specifika villkor som fastställs i dessa riktlinjer angående inköps- och/eller saluföringsavtal, är en ytterligare bedömning nödvändig för att granska de vertikala avtal som ingåtts av sammanslutningen med enskilda leverantörer eller enskilda medlemmar enligt reglerna i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, i synnerhet de villkor som fastställs i artiklarna 3–5 och i 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. Endast om den bedömningen leder till slutsatsen att det horisontella avtalet inte är konkurrensbegränsande är det nödvändigt att bedöma de vertikala avtalen mellan sammanslutningen och de enskilda medlemmarna eller mellan sammanslutningen och de enskilda leverantörerna.

4.4.2. Vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter

(67) I artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att vertikala avtal som innehåller vissa bestämmelser angående överlåtelse eller användning av immateriella rättigheter kan omfattas av förordningens tillämpningsområde. Samtidigt föreskrivs i artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att

⁴² Tröskelvärdet för årsomsättningen på 50 miljoner euro bygger på omsättningströskeln för små och medelstora företag i artikel 2 i bilagan till kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag, EUT L 124, 20.5.2003, s. 39.

⁴³ EUT C 11, 14.1.2011, s. 1, i dess ändrade lydelse genom rättelsen i EUT C 33, 2.2.2011, s. 20. En omarbetning av dessa riktlinjer planeras.

alla andra vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter är undantagna från förordningens tillämpningsområde.

- (68) Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig på vertikala avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter om följande fem villkor är uppfyllda:
- (a) Avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter måste utgöra en del av ett vertikaltavtal, 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 för vertikala avtal.
- (69) Dessa villkor garanterar att gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig på vertikala avtal där användningen, försäljningen eller återförsäljningen av varor eller tjänster kan göras effektivare genom att immateriella rättigheter överlåts eller licensieras till köparen. Detta innebär att begränsningar av överlåtelsen eller användningen av immateriella rättigheter kan omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om det huvudsakliga syftet med avtalet är inköp eller distribution av varor eller tjänster.
- (70) Det första villkoret innebär 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 för vertikala avtal 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.
 - (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.
- (71) Genom det andra villkoret klargörs att gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte är tillämplig om köparen tillhandahåller de immateriella rättigheterna 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 för vertikala avtal. Detta betyder framför allt att underleverantörsavtal som inbegriper överföring av know-how till en underleverantör inte omfattas av tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se även avsnitt 3.3 i dessa riktlinjer). Vertikala avtal enligt vilka köparen endast tillhandahåller specifikationer till leverantören som beskriver de varor eller tjänster som ska levereras omfattas dock av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

- (72) Det tredje villkoret innebär att avtalet inte får ha som primärt syfte att överlåta eller licensiera immateriella rättigheter för att omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. 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.
- (73) Det fjärde villkoret innebär att avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter måste underlätta köparens eller dennes kunders användning, försäljning och återförsäljning av varor eller tjänster. De varor eller tjänster som är avsedda för användning eller återförsäljning tillhandahålls vanligen av licensgivaren, men kan även köpas av licenstagaren från en tredjepartsleverantör. 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.
- (74) Genom det femte villkoret understryks det faktum att bestämmelserna om immateriella rättigheter inte får ha samma syfte som någon av de särskilt allvarliga begränsningar som förtecknas i artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal eller någon av de begränsningar som utesluts från gruppundantagsförordningens tillämpningsområde genom artikel 5 i den förordningen (se avsnitt 6 i dessa riktlinjer).
- (75) Immateriella rättigheter som är relevanta för genomförandet av vertikala avtal i den mening som avses i artikel 2.3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller framför allt tre områden: varumärken, upphovsrätt och know-how.

4.4.2.1. Varumärken

- (76) 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.

4.4.2.2. Upphovsrätt

- (77) Återförsäljare av varor eller tjänster som omfattas av upphovsrätt (t.ex. böcker och programvara) kan av rättighetsinnehavaren förpliktas att endast sälja varorna vidare på villkor att köparen, oavsett om denne är en annan återförsäljare eller slutanvändaren, inte får göra intrång i upphovsrätten. Om sådana förpliktelser omfattas av artikel 101.1 omfattas de även av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

- (78) 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 vid tillämpning av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 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 ingår en uppsättning villkor som slutanvändaren anses godta genom att öppna paketet.
- (79) Köpare av maskinvara 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 maskinvara. Om sådana begränsningar av användningen omfattas av artikel 101.1 omfattas de även av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

4.4.2.3. Know-how

- (80) Franchiseavtal är, med undantag av industriella franchiseavtal, det mest uppenbara exemplet på när know-how överförs till köparen i marknadsföringssyfte.⁴⁴ Franchiseavtal innehåller licenser för immateriella rättigheter till varumärken eller tecken och know-how för användning och distribution av varor eller tillhandahållande av tjänster. Förutom licensen för de immateriella rättigheterna tillhandahåller franchisegivaren vanligen kommersiellt eller tekniskt bistånd, däribland anskaffningstjänster, utbildning, rådgivning om fastigheter och finansiell planering, under avtalets giltighetstid. Den licens och det stöd som tillhandahålls utgör integrerade delar av den affärsmetod som omfattas av franchiseavtalet.
- (81) Licensiering som ingår i franchiseavtal omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om alla de fem villkoren i punkt 70 i dessa riktlinjer är uppfyllda. Dessa villkor är vanligen uppfyllda, eftersom franchisegivaren i de flesta franchiseavtal, däribland huvudfranchiseavtal, tillhandahåller varor eller tjänster, framför allt kommersiellt eller tekniskt bistånd, till franchisetagaren. 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 för immateriella rättigheter omfattas inte av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, men kommissionen kommer i allmänhet att tillämpa de principer som beskrivs i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och dessa riktlinjer på sådana avtal.
- (82) Följande skyldigheter anses generellt vara nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter. Om skyldigheterna omfattas av artikel 101.1 omfattas de även av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (a) En skyldighet för franchisetagaren att inte direkt eller indirekt utöva någon liknande verksamhet.

⁴⁴ Punkterna 43–45 är analogt tillämpliga på andra typer av distributionsavtal som omfattar överföring av väsentlig know-how från leverantör till köpare.

- (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 intrångsgörare 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.

4.4.3. *Vertikala avtal mellan konkurrerande företag*

- (83) Enligt artikel 2.8 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, om vilken vägledning ges i avsnitt 4.5 i dessa riktlinjer, är förordningen inte tillämplig på vertikala avtal om deras innehåll omfattas av tillämpningsområdet för någon annan gruppundantagsförordning, såvida inte annat anges i en sådan förordning. Samtidigt står det uttryckligen i den första meningen i artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att vertikala avtal som ingås mellan konkurrerande företag är undantagna från förordningens tillämpningsområde, såvida inte de vertikala avtalen omfattas av undantagen i artikel 2.4 a och 2.4 b i förordningen. Vertikala avtal mellan konkurrenter som är undantagna från förordningens tillämpningsområde måste därmed bedömas med hänvisning till de horisontella riktlinjerna, däribland vägledningen om utbytet av information i samband med vertikala avtal mellan konkurrerande företag. Om ett vertikalt avtal omfattas av ett undantag enligt artikel 2.4 a eller b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, och inte innehåller någon horisontell begränsning som syftar till att begränsa konkurrensen, ska detta avtal endast bedömas med hänvisning till dessa riktlinjer.
- (84) I artikel 1.1 c i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal definieras ett konkurrerande företag som en faktisk eller potentiell konkurrent. Två företag betraktas som faktiska konkurrenter om de är verksamma på samma relevanta marknad (en produktmarknad eller en geografisk marknad). Ett företag betraktas som en potentiell konkurrent till ett annat företag om det är troligt att det förstnämnda 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 bygga på realistiska grunder, med beaktande av marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som företaget verkar i. Detta innebär att det inte räcker att det finns en teoretisk möjlighet till marknadsinträde. Det måste finnas verkliga och konkreta möjligheter för företaget att komma in på marknaden utan några oöverstigliga inträdeshinder. Omvänt är det inte nödvändigt att visa att

företaget faktiskt kommer att träda in på den berörda marknaden och, på starkare skäl, att det kommer att ha förmåga att behålla sin plats där.⁴⁵

- (85) 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 och därmed en konkurrent till tillverkaren. Följaktligen är undantaget i artikel 2.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal tillämpligt på avtal mellan en återförsäljare som säljer varor under eget märke som tillverkas av en tredje part och en leverantör av märkesvaror på samma relevanta marknad. Däremot betraktas återförsäljare som tillverkar varor internt under sitt eget varumärkesnamn som tillverkare. Detta innebär att undantaget i artikel 2.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte är tillämpligt på avtal mellan sådana återförsäljare och leverantörer av märkesvaror på samma relevanta marknad. Sådana avtal måste därför bedömas enligt de horisontella riktlinjerna.
- (86) Den andra meningen i artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal innehåller två undantag från den allmänna regeln att vertikala avtal mellan konkurrenter är undantagna från den safe harbour-regel som föreskrivs genom förordningen. Båda undantagen, i artikel 2.4 a respektive b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, gäller dubbla distributionsavtal mellan en leverantör av varor eller tjänster som även är aktiv på detaljhandelsmarknaden och dess återförsäljare. Dessa är typiska scenarier om leverantören främst är aktiv i föregående marknadsled och har begränsad anknuten verksamhet på detaljhandelsmarknaden. I de fall där leverantörens och köparens sammanlagda marknadsandel på den relevanta marknaden på detaljhandelsnivå inte överstiger [10] % uppstår sannolikt inte några horisontella problem. Eventuella konsekvenser för den horisontella konkurrensen mellan parterna på detaljhandelsnivå anses vara av mindre betydelse än de möjliga effekterna av parternas vertikala avtal på den allmänna konkurrensen på leverans- eller distributionsnivå.
- (87) Ett vertikalt avtal mellan konkurrenter som omfattas av artikel 2.4 a och b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattas därmed av ett gruppundantag enligt artikel 2.1 i förordningen om följande villkor är uppfyllda:
- (a) Innehållet i avtalet omfattas inte av tillämpningsområdet för en annan gruppundantagsförordning, enligt vad som fastställs i artikel 2.8 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
 - (b) Leverantörens och köparens sammanlagda marknadsandel på den relevanta marknaden på detaljhandelsnivå överstiger inte [10] %, och begränsar därmed inte konkurrensen på ett märkbart sätt i den mening som avses i artikel 101.1,⁴⁶ och avtalet innehåller inte några särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

⁴⁵ Se kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad), EGT C 372, 9.12.1997, s. 5, punkterna 20–24. En omarbetning av kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad är planerad. Se även kommissionens trettonde rapport om konkurrenspolitiken, punkt 55, domstolens dom i mål C-307/18, Generics (UK) Ltd m.fl. mot Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52, punkterna 36–45, och domstolens dom, H. Lundbeck A/S och Lundbeck Ltd mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2021:243, punkterna 54–57.

⁴⁶ Tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, punkt 8.

- (c) Villkoren i artikel 2.4 a eller b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är uppfyllda.
- (d) Avtalet innehåller inte några horisontella begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen, enligt vad som fastställs i artikel 2.6 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

Detta undantag gäller alla aspekter av det icke-ömsesidiga vertikala avtalet och eventuella medföljande horisontella begränsningar, inklusive de som följer av utbytet av information mellan konkurrerande företag. Horisontella begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen omfattas inte av undantagen i artikel 2.4 a eller b.⁴⁷ Huruvida ett avtal kan betraktas som ett dubbelt distributionsavtal vid tillämpning av artikel 2.4 a eller b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal bör tolkas snävt på grund av bestämmelsens undantagskaraktär.

- (88) Det undantag som föreskrivs genom artikel 2.4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller situationer där leverantören antingen är tillverkare, grossist eller importör och samtidigt återförsäljare av varor, medan köparen endast är en återförsäljare som inte konkurrerar med tillverkaren i föregående marknadsled.
- (89) Det undantag som föreskrivs genom artikel 2.4 b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller situationer där leverantören tillhandahåller tjänster i flera handelsled, medan köparen endast är verksam på detaljhandelsnivå och inte konkurrerar med leverantören i det handelsled där köparen köper avtalstjänsterna.
- (90) I artikel 2.5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att ett vertikalt avtal mellan konkurrerande företag vars sammanlagda marknadsandel på detaljhandelsnivå överstiger [10] % fortfarande omfattas av gruppundantaget enligt artikel 2.1 i förordningen om följande villkor är uppfyllda:
 - (a) Innehållet i avtalet omfattas inte av tillämpningsområdet för en annan gruppundantagsförordning, enligt vad som fastställs i artikel 2.8 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
 - (b) Tröskelvärdet för marknadsandel i artikel 3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är uppfyllt, och avtalet innehåller inte några särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
 - (c) Villkoren i artikel 2.4 a eller b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är uppfyllda.
 - (d) Varje utbyte av information mellan parterna är förenligt med det relevanta kapitel i de horisontella riktlinjerna som handlar om konkurrensbedömning i samband med utbyte av information.
 - (e) Avtalet innehåller inte några horisontella begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen, enligt vad som fastställs i artikel 2.6 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (91) I artikel 2.7 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster, i den mening som avses i artikel 1.1 d i den förordningen, som bedriver en hybridverksamhet, dvs. de tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster och säljer varor eller tjänster i

⁴⁷ Se domstolens dom, Expedia Inc. mot Autorité de la concurrence m.fl., ECLI:EU:C:2012:795, punkt 37.

konkurrens med de företag till vilka de tillhandahåller sådana tjänster, inte omfattas av undantaget för dubbel distribution. Eftersom den detaljhandel som bedrivs av tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster som bedriver sådan hybridverksamhet vanligen ger upphov till icke försumbara horisontella problem uppfyller den inte den logiska grunden för undantaget för dubbel distribution, vilket under alla omständigheter måste tolkas snävt. Av samma skäl ska en begränsning av den omfattning i vilken eller de villkor enligt vilka onlinebaserade förmedlingstjänster får tillhandahållas till tredje part inte omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Detta gäller inte bara begränsningar som föreskrivs i ett avtal med en köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster, utan även avtal angående inköp av varor eller tjänster som säljs av tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster som bedriver hybridverksamhet.

- (92) Vertikala avtal med tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster som bedriver en hybridverksamhet måste bedömas från fall till fall, både med hänvisning till dessa riktlinjer (se avsnitt 8 i dessa riktlinjer) och de horisontella riktlinjerna. Denna bedömning måste omfatta alla aspekter av förhållanden mellan tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster som bedriver en hybridverksamhet och de företag till vilka de tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster, däribland eventuella utbyten av information mellan dem.

4.5. Sambandet med andra gruppundantagsförordningar

- (93) Som förklaras i avsnitten 4.1 och 4.2 i dessa riktlinjer är gruppundantagsförordningen för vertikala avtal tillämplig på avtal mellan företag som bedriver verksamhet i olika led av produktions- eller distributionskedjan och enligt villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster. Sådana vertikala avtal bedöms uteslutande inom ramen för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och dessa riktlinjer, oavsett resultatet av en sådan bedömning. De kommer att omfattas av de safe harbour-regler som fastställts genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om tröskelvärdena för marknadsandelar inte överskrids och om avtalen inte innehåller några särskilt allvarliga begränsningar.
- (94) I artikel 2.8 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal anges emellertid att gruppundantagsförordningen för vertikala avtal ”inte [ska] tillämpas på vertikala avtal vars innehåll omfattas av någon annan gruppundantagsförordning, om inte annat föreskrivs i en sådan förordning”. Därför är det viktigt att redan från början kontrollera om ett vertikalt avtal omfattas av tillämpningsområdet för någon annan gruppundantagsförordning. Till exempel är vertikala avtal som ingåtts mellan konkurrerande företag i princip undantagna från tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och måste bedömas enligt de regler som är tillämpliga för horisontella avtal, vilket fastställs i artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen. I artikel 2.4 a och b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs undantag från denna princip. Denna artikel måste läsas tillsammans med artikel 2.5 i gruppundantagsförordningen om tröskelvärdet för marknadsandel i artikel 2.4 a och b har överskridits, men tröskelvärdet för marknadsandel i artikel 3 inte har överskridits. I dessa bestämmelser beaktas att de effekter som dubbla distributionsavtal har på marknaden och de möjliga konkurrensproblemen kan likna effekterna av horisontella avtal.
- (95) Därför är gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte tillämplig på vertikala avtal som omfattas av följande gruppundantagsförordningar eller framtida

gruppundantagsförfordningar som gäller de typer av avtal som anges i följande stycken, såvida inte annat föreskrivs i respektive förfordning:

- Kommissionens förfordning (EU) nr 316/2014 av den 21 mars 2014 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av avtal om tekniköverföring.⁴⁸
- Kommissionens förfordning (EU) nr 1217/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av forsknings- och utvecklingsavtal.⁴⁹
- Kommissionens förfordning (EU) nr 1218/2010 av den 14 december 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa grupper av specialiseringsavtal.⁵⁰

(96) Gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal är inte heller tillämplig på de typer av avtal mellan konkurrenter som anges i de horisontella riktlinjerna, såvida inte annat anges i det relevanta kapitlet i de horisontella riktlinjerna.

(97) Gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal är tillämplig på vertikala avtal som gäller inköp, försäljning eller återförsäljning av reservdelar till motorfordon och tillhandahållande av reparations- eller underhållstjänster för motorfordon. Sådana avtal omfattas endast av gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal om de, utöver de undantagsvillkor som fastställs i gruppundantagsförfordningen, uppfyller de kompletterade kraven i kommissionens förfordning (EU) nr 461/2010 av den 27 maj 2010 om tillämpningen av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn och dess tillhörande riktlinjer.

4.6. Huvudsakliga typer av distributionssystem

(98) En leverantör kan inrätta sitt distributionssystem efter eget gottfinnande. Leverantören kan, till exempel, välja vertikal integration, vilket innebär att varorna eller tjänsterna säljs direkt till slutanvändare eller att de distribueras genom vertikalt integrerade återförsäljare, vilka är anknutna företag i den mening som avses i artikel 1.2 i gruppundantagsförfordningen för vertikala avtal. Ett sådant distributionssystem gäller endast organisationen inom ett specifikt företag och faller därmed utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1.

(99) Leverantören kan även besluta att anlita oberoende återförsäljare. För detta ändamål kan leverantören inrätta ett eller en kombination av andra distributionssystem. De vanligaste systemen är ensamåterförsäljning, selektiv distribution och franchising. Eftersom de vertikala avtal som krävs för att inrätta sådana distributionssystem ingås mellan oberoende företag kan de falla inom tillämpningsområdet för artikel 101.1 och omfattas av gruppundantaget eller ett enskilt undantag enligt artikel 101.3, under förutsättning att alla villkor är uppfyllda.

⁴⁸ EUT L 93, 28.3.2014, s. 17.

⁴⁹ EUT L 335, 18.12.2010, s. 36.

⁵⁰ EUT L 335, 18.12.2010, s. 43.

4.6.1. System med ensamåterförsäljning

4.6.1.1. Definition av system med ensamåterförsäljning

- (100) I ett system med ensamåterförsäljning tilldelar leverantören ett geografiskt område eller en kundkategori till en eller ett begränsat antal köpare och/eller reserverar den till sig själv, och begränsar samtidigt möjligheterna för sina andra köpare inom unionen att sälja på det område eller till den kundkategori som omfattas av systemet med ensamåterförsäljning.⁵¹
- (101) Leverantörer använder ofta denna typ av system för att ge återförsäljarna incitament att göra de finansiella eller icke-finansiella investeringar som krävs för att utveckla sitt varumärke på ett geografiskt område där det inte är känt, för att sälja en ny produkt på ett visst område eller till en viss kundkategori, eller för att inrikta återförsäljarnas verksamhet på en viss produkt (t.ex. särskilda marknadsförings- eller reklaminsatser). När det gäller återförsäljarna försöker de, genom storleken på det område eller den kundkategori som omfattas av systemet med ensamåterförsäljning, att säkra en viss verksamhetsvolym och en marginal som motiverar deras investeringar.
- (102) I linje med denna logiska grund bör det inte finnas fler än en eller ett begränsat antal ensamåterförsäljare (dvs. delad ensamåterförsäljning) för ett visst område eller en viss kundkategori. Ensamåterförsäljning ska inte användas för att avskärma ett stort antal återförsäljare från konkurrens utanför det exklusiva området, eftersom detta skulle leda till en uppdelning av den inre marknaden. För detta ändamål bör antalet återförsäljare fastställas i proportion till det tilldelade området eller den tilldelade kundkategorin för att säkerställa en viss verksamhetsvolym som bevarar deras investeringsinsatser.
- (103) De auktoriserade återförsäljarna skyddas från aktiv försäljning av andra köpare inom det område eller till den kundkategori som omfattas av systemet med ensamåterförsäljning. Om en leverantör tilldelar ett exklusivt geografiskt område eller en exklusiv kundkategori till fler än en återförsäljare får alla dessa återförsäljare samma skydd mot aktiv försäljning från andra köpare, samtidigt som aktiva och passiva försäljningar mellan dessa återförsäljare inte kan begränsas.
- (104) De vertikala avtal som används för ensamåterförsäljning bör omfatta en definition av det område eller den kundkategori som tilldelats till återförsäljarna. Det exklusiva området kan omfatta en medlemsstats geografiska område eller en yta som är större eller mindre. Den kundkategori som tilldelas för ensamåterförsäljning kan exempelvis avgränsas till en viss yrkesgrupp eller genom en förteckning över särskilda kunder som valts ut på grundval av ett eller flera objektiva kriterier. Beroende på dessa kriterier kan kundkategorin vara begränsad till en enda kund.
- (105) Om ett geografiskt område eller en kundkategori ännu inte har tilldelats till en eller flera återförsäljare för ensamåterförsäljning kan leverantören reservera ett område eller en kundkategori till sig själv. I sådana fall bör leverantören informera sina andra återförsäljare. Leverantören behöver inte bedriva kommersiell verksamhet på det reserverade området eller mot den reserverade kundkategorin, eftersom leverantören kan vilja reservera dem för att tilldela dem till andra återförsäljare i framtiden.

⁵¹ Se artikel 1.1 g i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

4.6.1.2. Tillämpning av artikel 101 på system med ensamåterförsäljning

- (106) I ett återförsäljningssystem där leverantören tilldelar ett geografiskt område eller en kundkategori till en eller flera köpare för ensamåterförsäljning är de största riskerna en uppdelning av marknaden, vilket kan underlätta prisdiskriminering, och en minskad konkurrens inom varumärkena, i synnerhet i samband med exklusiv ensamrätt. Om de flesta, alla eller de starkaste av de leverantörer som bedriver verksamhet på en marknad har ett system med ensamåterförsäljning kan detta även minska konkurrensen mellan varumärkena och underlätta samverkan, både på leverantörsnivå och återförsäljarnivå. Slutligen kan ensamåterförsäljning leda till utestängning av andra återförsäljare och därmed minska konkurrensen inom varumärkena på återförsäljarnivån.
- (107) Ensamåterförsäljaravtal är undantagna från gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om både leverantörens och köparens marknadsandel var för sig inte överstiger 30 % och om de inte innehåller några särskilt allvarliga begränsningar. Ett ensamåterförsäljaravtal kan fortfarande omfattas av de safe harbour-regler som föreskrivs genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om det kombineras med andra vertikala begränsningar som inte är särskilt allvarliga, till exempel en konkurrensklausul som är begränsad till fem år, kvantitetsbegränsningar eller exklusiva inköpsavtal. Om antalet ensamåterförsäljare inte har begränsats och fastställts i proportion till det tilldelade området eller den tilldelade kundkategorin för att säkerställa en viss verksamhetsvolym som bevarar deras investeringsinsatser medför ett sådant återförsäljningssystem emellertid sannolikt inte några effektivitetsfrämjande effekter. Om betydande konkurrenshämmande effekter uppstår är det sannolikt att gruppundantaget återkallas.
- (108) I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av ensamåterförsäljaravtal i enskilda fall där tröskelvärdet för marknadsandel på 30 % har överskridits.
- (109) Antalet återförsäljare som har tilldelats ett geografiskt område eller en kundkategori är viktigt för bedömningen av systemet med ensamåterförsäljning. Ju fler återförsäljare som ingår i systemet, desto mindre är begränsningen av konkurrensen inom varumärken, och desto mindre är sannolikheten för att ensamåterförsäljarna får incitament att investera för att utveckla varumärket och marknadsföra leverantörens produkt(-er).
- (110) Leverantörens och de konkurrerande leverantörernas marknadsställning har stor betydelse, eftersom förlusten av konkurrens inom varumärken endast utgör ett problem om konkurrensen mellan varumärkena är begränsad. Ju starkare ställning leverantören har, särskilt om tröskelvärdet på 30 % överskrids, desto större är sannolikheten att konkurrensen mellan varumärkena är svag och desto större är risken för konkurrens till följd av begränsningen av konkurrensen inom varumärkena.
- (111) Ställningen för leverantörens konkurrenter kan ha en dubbel betydelse. Närvaron av starka konkurrenter visar i allmänhet att en begränsning av konkurrensen inom varumärkena, vilken kan vara särskilt betydande i samband med ensamåterförsäljning, uppvägs av en tillräcklig konkurrens mellan varumärkena. Om antalet leverantörer på en marknad är förhållandevis begränsat 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 flera ensamåterförsäljare förekommer, dvs. om flera olika leverantörer auktoriserar samma ensamåterförsäljare inom ett visst område, kan risken för samverkan och uppmjukning av konkurrensen öka ytterligare både på leverantörs- och återförsäljarnivå. Om en eller flera återförsäljare ges ensamrätt att återförsälja två eller flera viktiga konkurrerande produkter inom samma område kan konkurrensen begränsas avsevärt för de varumärkena, särskilt vid användning av linjära grossistpriser. 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 eller flera detaljister har ensamrätt till flera varumärken finns det en risk för att en minskning av grossistpriset av en leverantör för sitt varumärke inte kommer att föras vidare av någon ensamåterförsäljare till slutkunden, eftersom det skulle minska återförsäljarens försäljning och vinst med de andra varumärkena. Jämfört med en situation utan multipla ensamåterförsäljare har leverantörerna därför 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 på 30 % i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

- (112) Inträdeshinder som kan hindra leverantörer från att skapa egna integrerade distributionsnät eller hitta alternativa återförsäljare är mindre viktiga vid bedömningen av de eventuella konkurrenshämmande effekterna av ensamåterförsäljning, särskilt i samband med delad ensamåterförsäljning. Utestängning av andra leverantörer uppstår inte så länge ensamåterförsäljning inte kombineras med ett avtal om försäljning av ett enda varumärke som förpliktar eller uppmuntrar återförsäljaren att koncentrera sina beställningar till en viss typ av produkt från en leverantör. Även om avtal om försäljning av ett enda varumärke inte kräver att återförsäljaren köper produkterna från leverantören själv kan kombinationen av ensamåterförsäljning och avtal om försäljning av ett enda varumärke göra det svårare för andra leverantörer att hitta alternativa återförsäljare.
- (113) 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 om dessa inte hindras från att sälja till icke auktoriserade återförsäljare. Utestängning av andra återförsäljare kan emellertid vara problematisk om det finns marknadsakt i det efterföljande marknadsledet, särskilt i fråga om mycket stora områden där en ensamåterförsäljare blir den ende köparen på hela marknaden. Som exempel kan nämnas en stormarknadskedja som 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.
- (114) Köparens starka ställning kan även öka risken för samverkan i köparledet om stora köpare, som eventuellt är verksamma inom samma eller olika geografiska områden, ålägger en eller flera leverantörer att ingå ensamåterförsäljaravtal.
- (115) Det är viktigt att bedöma marknadens dynamik, eftersom en ökande efterfrågan, nya tekniker och förändrade marknadspositioner kan minska sannolikheten för negativa effekter jämfört med mogna marknader.
- (116) Handelsledet är en viktig faktor, eftersom de möjliga negativa effekterna kan variera mellan grossist- och detaljistledet. Ensamåterförsäljning tillämpas huvudsakligen vid

återförsäljning av produkter eller tjänster i slutledet. Förlorad 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.

- (117) En tillverkare som auktoriserar en grossist som ensamåterförsäljare gör det vanligen för ett större geografiskt område, såsom en hel medlemsstat. Så länge grossisten kan sälja produkten utan begränsning till återförsäljare i det efterföljande marknadsledet är märkbara konkurrenshämmande effekter osannolika. En eventuell förlust av konkurrens inom varumärken på grossistnivå kan lätt uppvägas av effektivitetsvinster inom logistik och säljfrämjande åtgärder, särskilt om tillverkaren är etablerad i en annan medlemsstat. 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 finns det inte bara en risk för att konkurrensen mellan dessa varumärken minskar, utan även en högre risk för utestängning i grossistledet.
- (118) Bedömningen av ett system med ensamåterförsäljning genom vilket en leverantör tilldelar en kundkategori till en eller flera köpare för ensamåterförsäljning är föremål för samma faktorer som de som anges i punkterna 100–117 i dessa riktlinjer och bör även ta hänsyn till följande vägledning:
- (119) På samma sätt som vid tilldelning av ett område för ensamåterförsäljning försvårar tilldelningen av en kundkategori i allmänhet kundernas möjligheter till arbitrage. Eftersom varje auktoriserad återförsäljare har en egen kundkategori kan återförsäljare som inte har tilldelats någon kundkategori för ensamåterförsäljning ha svårt att få tag i produkten från leverantören. Detta minskar möjligheterna till arbitrage för andra återförsäljare.
- (120) Ett system med ensamåterförsäljning som begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 kan ändå skapa effektivitetsvinster som uppfyller villkoren i artikel 101.3 och därmed vara undantaget från tillämpningen av artikel 101 på individuell basis.
- (121) Som fastställs i punkt 112 i dessa riktlinjer är en utestängning av leverantörer osannolik såvida inte ensamåterförsäljning kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke. Även om ensamåterförsäljning kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke förefaller det emellertid osannolikt att det skulle leda till konkurrenshämmande utestängning av andra leverantörer, utom eventuellt om 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 scenario bör de principer för avtal om försäljning av ett enda varumärke som fastställs i avsnitt 8.2.1 i dessa riktlinjer tillämpas. Om kombinationen av ensamåterförsäljning och avtal om försäljning av ett enda varumärke inte leder till en betydande utestängning kan den i själva verket vara konkurrensfrämjande genom att öka incitamenten för ensamåterförsäljaren att inrikta sina insatser på ett visst varumärke. Om en sådan betydande utestängningseffekt inte föreligger kan kombinationen av ensamåterförsäljaravtal och avtal om försäljning av ett enda varumärke därför uppfylla villkoren i artikel 101.3 under hela avtalets varaktighet, särskilt om det tillämpas i grossistledet.
- (122) Kombinationen av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal, vilken gör att ensamåterförsäljare måste köpa sina varor för leverantörens varumärke direkt från

leverantören, ökar risken för 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 kombineras med begränsningar av aktiv försäljning som införs för andra återförsäljare för att skydda de investeringar som gjorts av ensamåterförsäljare i det exklusiva området. Exklusiva inköpsavtal eliminerar dessutom eventuellt arbitrage för ensamåterförsäljarna, som hindras från att köpa av andra återförsäljare i systemet med ensamåterförsäljning. Detta ökar leverantörens möjligheter att begränsa konkurrensen inom varumärken och tillämpa olika försäljningsvillkor till nackdel för konsumenterna, om inte kombinationen av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal gör det möjligt att göra effektivitetsvinster som leder till lägre priser.

- (123) Produktens art kan vara relevant för bedömningen av ensamåterförsäljningens eventuella konkurrenshämmande effekter. Dessa effekter kommer att vara mindre påtagliga i sektorer där onlineförsäljning är vanligare. Produktens art är även relevant för bedömningen av eventuella effektivitetsvinster, det vill säga efter det att en märkbar konkurrenshämmande effekt har påvisats.
- (124) Ensamåterförsäljning kan leda till effektivitetsvinster, särskilt om det krävs att distributörerna gör investeringar för att skydda eller bygga upp varumärkesimagen och tillhandahålla tjänster som ökar efterfrågan. 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 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.
- (125) De effektivitetsvinster som kan skapas genom delad ensamåterförsäljning kan anses uppväga eventuella negativa effekter som ett sådant system kan generera, under förutsättning att leverantören kan visa att antalet ensamåterförsäljare har fastställts i proportion till det område eller den kundkategori som tilldelats för att säkerställa en viss verksamhetsvolym som bevarar återförsäljarnas investeringsinsatser.
- (126) System med ensamåterförsäljning som bygger på tilldelningen av exklusiva kundkategorier som begränsar artikel 101.1 kan även uppfylla de villkor som fastställs i artikel 101.3 och därmed vara undantagna från tillämpningen av artikel 101 på individuell basis. Tilldelning av exklusiva kundkategorier kan leda till effektivitetsvinster om återförsäljarnas investeringar behövs för att bygga upp varumärkets image eller om återförsäljarna, till exempel, måste investera i särskild utrustning, särskilda färdigheter eller know-how för att anpassa sig till kraven för den exklusiva kundkategori som har tilldelats till dem eller om dessa investeringar leder till stordriftsfördelar eller förbättrad logistik (till exempel genom att utse en särskild återförsäljare som hanterar offentliga myndigheternas upphandling av datorer eller kontorsmateriel). Avskrivningsperioden för dessa investeringar är en indikation på hur länge ett system med ensamåterförsäljning baserat på tilldelning av exklusiva kundkategorier kan vara motiverat. I allmänhet är motiveringen av tilldelningen av exklusiva kundkategorier starkast för nya eller komplicerade produkter och för produkter som kräver anpassning till den enskilda kundens behov. Identifierbara differentierade behov är mer sannolika i fråga om mellanprodukter som säljs till olika typer av professionella köpare. Det är osannolikt att tilldelning av slutkonsumenter leder till effektivitetsvinster.

(127) 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 producenter. 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.

(128) 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 användning (t.ex. kontor, kemisk fabrik eller sjukhus). Företaget utsåg ett antal återförsäljare som skulle sälja och installera den sofistikerade sprinklern. Varje återförsäljare behövde utbilda sina anställda om de allmänna och särskilda kraven för installering av den sofistikerade sprinklern till en särskild kundkategori. För att säkerställa att återförsäljarna skulle specialisera 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 har marknadsandelar på mellan 5% och 25%, och uppgraderar också sina produkter.

Eftersom exklusiviteten har en begränsad varaktighet och bidrar till att säkerställa att återförsäljarna kan få avkastning på sina investeringar och koncentrera sina inledande 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.

4.6.2. *Selektiva distributionssystem*

4.6.2.1. Definition av selektiva distributionssystem

- (129) Som fastställs i artikel 1.1 h i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal åtar sig leverantören i ett distributionssystem att, antingen direkt eller indirekt, sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna endast till återförsäljare som valts ut på grundval av särskilda kriterier, och dessa återförsäljare åtar sig att inte sälja dessa varor eller tjänster till icke auktoriserade återförsäljare inom det område som leverantören har reserverat för att driva detta system.
- (130) De kriterier som används av leverantören för att välja återförsäljare kan vara kvalitativa och/eller kvantitativa. Kvalitativa kriterier är objektiva kriterier som krävs på grund av produktens egenskaper, till exempel utbildningen av försäljningspersonal, tillhandahållandet av tjänster vid försäljningsstället och utbudet av produkter som ska säljas.⁵² Kvantitativa kriterier begränsar det möjliga antalet återförsäljare mer direkt genom att, till exempel, kräva en minsta eller största försäljningsvolym eller fastställa antalet återförsäljare. Dessa kriterier kan ändras under hela giltighetsperioden för avtalet om selektiv distribution.
- (131) Selektiva distributionssystem är jämförbara med system med ensamåterförsäljning på så sätt att de begränsar antalet auktoriserade återförsäljare och möjligheterna till återförsäljning. Skillnaden med ensamåterförsäljning är begränsningen av antalet återförsäljare på grundval av särskilda urvalskriterier. En annan skillnad gentemot ensamåterförsäljning är att begränsningen av återförsäljningen i samband med selektiv distribution inte är en begränsning av den aktiva försäljningen till ett exklusivt område eller till en exklusiv kundkategori, utan en begränsning av aktiv och passiv försäljning till icke auktoriserade återförsäljare, vilket innebär att endast auktoriserade återförsäljare och slutkunder är möjliga köpare.

4.6.2.2. Tillämpning av artikel 101 på selektiva distributionssystem

- (132) De möjliga riskerna för konkurrensen i selektiva distributionssystem är en minskning av konkurrensen inom varumärken och, särskilt om en kumulativ effekt uppstår, en utestängning av vissa typer av återförsäljare, såväl som en uppmjukning av konkurrensen och i vissa fall ett underlättande av samverkan mellan köparna på grund av begränsningen av deras antal.

⁵² Se t.ex. domen i mål T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc* mot kommissionen, EU:T:1996:192, punkt 125 och efterföljande.

- (133) Bedömningen av de möjliga konkurrenshämmande effekterna av selektiva distributionssystem bör först och främst vara inriktad på det selektiva distributionssystemets uppfyllande av kraven i artikel 101.1. För detta ändamål är det nödvändigt att göra åtskillnad mellan rent kvalitativ selektiv distribution och kvantitativ selektiv distribution.
- (134) Rent kvalitativ selektiv distribution, där återförsäljarna väljs ut enbart på grundval av objektiva kriterier som krävs på grund av produktens egenskaper, innebär inte någon direkt begränsning av antalet återförsäljare. Under förutsättning att de tre villkor som fastställs av Europeiska domstolen i *Metro-domen*⁵³ (s.k. ”Metro-kriterier”) är uppfyllda anses rent kvalitativ selektiv distribution i allmänhet falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1, eftersom det kan antas att den begränsning av konkurrensen inom varumärken som förknippas med selektiv distribution kompenseras av en förbättring av konkurrensen mellan varumärken.⁵⁴ För det första måste egenskaperna hos varorna eller tjänsterna i fråga göra att ett selektivt distributionssystem är nödvändigt. Detta innebär, med beaktande av den berörda produktens egenskaper, att ett sådant system måste utgöra ett berättigat krav för att bevara produktens kvalitet och säkerställa att den används på rätt sätt. Till exempel kan ett selektivt distributionssystem som inte omfattas av artikel 101.1 användas för högkvalitativa eller tekniskt avancerade produkter.⁵⁵ Ett selektivt distributionssystem kan även vara nödvändigt för lyxvaror. Kvaliteten hos sådana varor beror inte bara på de ingående materialens egenskaper, utan även på den aura av lyx som omger dem. Därför kan det vara nödvändigt att inrätta ett selektivt distributionssystem som säkerställer att varorna visas på ett sätt som bidrar till upprätthållandet av deras aura av lyx för att bevara deras kvalitet.⁵⁶ För det andra måste återförsäljarna väljas på grundval av objektiva kvalitativa kriterier som är desamma för alla potentiella återförsäljare och som inte får tillämpas på ett diskriminerande sätt. Enligt rättspraxis måste de kvalitativa kriterierna inte offentliggöras för alla potentiella återförsäljare, men en sådan öppenhet kan öka sannolikheten för att Metro-kriterierna uppfylls.⁵⁷ För det tredje får de fastställda kriterierna inte gå längre än nödvändigt.⁵⁸

⁵³ Se domarna i mål 31/80 NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA, EU:C:1980:289, punkterna 15–16, mål 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot kommissionen (”Metro I”), EU:C:1977:167, punkterna 20–21, mål C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mot Président de l’Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, punkt 41, mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, punkt 24.

⁵⁴ Se domarna i mål 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot kommissionen (”Metro I”), EU:C:1977:167, punkterna 20–22, mål 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot kommissionen, EU:C:1983:293, punkterna 33, 34 och 73, mål 75/84 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot kommissionen (”Metro II”), EU:C:1986:399, punkt 45, mål T-88/92 Groupement d’achat Édouard Leclerc mot kommissionen, EU:T:1996:192, punkt 106.

⁵⁵ Se domarna i mål 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot kommissionen (”Metro I”), EU:C:1977:167, mål 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot kommissionen, EU:C:1983:293.

⁵⁶ Se domen i mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, punkterna 25–29.

⁵⁷ Se även i analogi domen i mål C-158/11 Auto 24 SARL mot Jaguar Land Rover France SAS, EU:C:2012:351.

⁵⁸ Se domarna i mål 31/80 NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA, EU:C:1980:289, punkterna 15–16, mål 26/76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot kommissionen (”Metro I”), EU:C:1977:167, punkterna 20–21, mål 107/82 Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot kommissionen, EU:C:1983:293, punkr 35, mål T-19/91 Société d’Hygiène Dermatologique de Vichy mot kommissionen, EU:T:1992:28, punkt 65.

- (135) Bedömningen av selektiv distribution enligt artikel 101(1) kräver även en separat analys av varje potentiellt begränsande klausul i avtalet inom ramen för Metro-kriterierna.⁵⁹ Detta innebär i synnerhet en bedömning av huruvida den begränsande klausulen är proportionerlig mot bakgrund av det syfte som eftersträvas med det selektiva distributionssystemet och huruvida den går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.⁶⁰ Sådana krav uppfylls sannolikt inte av särskilt allvarliga begränsningar. Omvänt kan, till exempel, ett förbud mot att använda tredjepartsplattformar på internet på ett sätt som är synligt utåt, som införts av en leverantör av lyxvaror för dennes auktoriserade återförsäljare, anses vara lämpligt så länge det gör att de auktoriserade återförsäljarna kan göra reklam via tredjepartsplattformarna och använda sökmotorer på internet, så att kunderna vid normal användning kan hitta återförsäljarnas utbud med hjälp av sådana sökmotorer, och inte går utöver vad som är nödvändigt för att bevara varornas lyxiga framtoning.⁶¹ Om så är fallet faller förbudet utanför artikel 101.1, och ingen ytterligare analys krävs.
- (136) Även om de inte uppfyller Metro-kriterierna kan kvalitativa och/eller kvantitativa selektiva distributionssystem omfattas av safe harbour-regeln, under förutsättning att både leverantörens och köparens marknadsandel inte överstiger 30 % och att avtalet inte innehåller någon särskilt allvarlig begränsning.⁶² Möjligheten att åtnjuta undantaget går inte förlorad om selektiv distribution kombineras med andra icke allvarliga vertikala begränsningar, som t.ex. en konkurrensklausul. Gruppundantaget är tillämpligt oavsett den berörda produktens art och oavsett urvalskriteriernas art. Om produktens karaktär inte kräver selektiv distribution⁶³ eller användning av de tillämpade kriterierna, till exempel kravet att återförsäljarna måste ha en eller flera vanliga butiker eller måste tillhandahålla särskild service, medför ett sådant distributionssystem emellertid i regel 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.
- (137) I den återstående delen av detta avsnitt ges vägledning om den individuella bedömningen av selektiva distributionssystem som inte uppfyller Metro-kriterierna och inte omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, eller vid förekomst av kumulativa effekter till följd av parallella nätverk av selektiv distribution på samma marknad.
- (138) 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

⁵⁹ Se punkt 134 i dessa riktlinjer.

⁶⁰ Se domen i mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, punkt 43 och efterföljande.

⁶¹ Se domen i mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941, punkt 43 och efterföljande, särskilt punkt 67.

⁶² Se domarna i mål C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649. Se även i analogi mål C-158/11 Auto 24 SARL mot Jaguar Land Rover France SAS, EU:C:2012:351.

⁶³ Se t.ex. tribunalens domar i mål T-19/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc mot kommissionen, [1996] ECR II-1851, punkterna 112–123, mål T-88/92 Groupement d'achat Édouard Leclerc mot kommissionen [1996] ECR II-1961, punkterna 106–117, och den rättspraxis som det hänvisas till i den föregående fotnoten.

varumärken är begränsad. Ju starkare ställning leverantören har, framför allt om tröskelvärdet på 30 % överskrids, desto större är risken för konkurrens till följd av en ökad förlust av konkurrens inom varumärken. En annan viktig faktor är antalet selektiva distributionsnät på samma marknad. Om selektiv distribution endast tillämpas av en leverantör på marknaden skapar kvantitativ selektiv distribution normalt inte några negativa nettoeffekter. I praktiken tillämpas selektiv distribution emellertid ofta av flera leverantörer på en viss marknad.

- (139) Konkurrenternas ställning kan ha en dubbel betydelse. Å ena sidan visar närvaron av starka konkurrenter i allmänhet att begränsningen av konkurrensen inom varumärken, vilken kan vara särskilt betydande i samband med ensamåterförsäljning, uppvägs av en tillräcklig konkurrens mellan varumärken. Å andra sidan, vid förekomst av en kumulativ effekt, om en majoritet av de ledande leverantörerna på marknaden tillämpar selektiv distribution, kan vissa typer av återförsäljare stängas ute (dvs. lågprisdetaljister). Risken för att effektivare återförsäljare utestängs från marknaden är större vid selektiv distribution än vid ensamåterförsäljning, på grund av att försäljning till icke auktoriserade återförsäljare begränsas vid selektiv distribution. Denna begränsning är avsedd att ge selektiva distributionssystem en avskärmad karaktär där endast de auktoriserade återförsäljare som uppfyller kriterierna har tillgång till produkten, samtidigt som icke auktoriserade återförsäljare inte har möjlighet att få tag på varor. 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 användning av selektiv distribution eller på dess användning av en leverantör som ensam har en marknadsandel som överstiger 30 %, försämrar konsumenternas möjligheter att utnyttja de specifika fördelar som dessa distributionsformat erbjuder, till exempel i form av lägre priser, större insyn och lättare tillgång till produkten.
- (140) Om gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig på enskilda selektiva distributionsnätverk 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 inte överstiger 50 %. Det är inte heller troligt att konkurrensproblem uppstår om marknadstäckningen överstiger 50 %, men om den sammanlagda marknadsandelen för de fem största leverantörerna inte överstiger 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 som inte tillämpar selektiv distribution har, desto mindre sannolikt är det att andra återförsäljare utestängs. Konkurrensproblem kan uppstå om alla de fem största leverantörerna tillämpar selektiv distribution. Detta skulle särskilt vara fallet om de avtal som ingåtts av de största leverantörerna innehåller kvantitativa urvalskriterier som direkt begränsar antalet auktoriserade återförsäljare eller om de kvalitativa kriterier som tillämpas utestänger vissa distributionsformat, till exempel kravet att ha en eller flera fysiska butiker eller att tillhandahålla särskilda tjänster som i normala fall endast kan tillhandahållas i ett visst distributionsformat. Villkoren i artikel 101.3 är i vanliga fall sannolikt inte uppfyllda om de selektiva distributionssystem som bidrar till den kumulativa effekten hindrar åtkomst till marknaden för nya återförsäljare som har tillräcklig kapacitet att sälja de berörda produkterna. Framför

allt är det inte troligt att slutkonsumenterna drar nytta av effektivitetsvinster om distributionssystemen endast omfattar vissa befintliga kanaler och samtidigt utestänger lågprisdetaljister eller återförsäljare på nätet som erbjuder lägre priser till konsumenterna. 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 mängden inte utgör en betydande del av återförsäljarens totala omsättning av den ifrågavarande typen av produkter och begränsningarna inte går utöver vad som är nödvändigt för att leverantören ska kunna få avkastning på sin avtalsspecifika investering och/eller uppnå stordriftsfördelar i distributionen. En leverantör med en marknadsandel som inte överstiger 5 % anses i allmänhet inte bidra väsentligt till en kumulativ effekt.

- (141) Inträdeshinder är främst relevanta om icke auktoriserade återförsäljare utestängs från marknaden. Inträdeshinder kan vara betydande om selektiv distribution tillämpas av tillverkare av märkesvaror, eftersom det ofta krävs mycket tid och stora investeringar för att återförsäljare som är utestängda från det selektiva distributionssystemet ska kunna lansera sina egna varumärken eller hitta andra konkurrerande leveranskällor.
- (142) Köparens starka ställning kan öka risken för samverkan mellan återförsäljare. Återförsäljare med en stark marknadsställning kan förmå leverantörerna att tillämpa selektiva kriterier som gör att nya och mer effektiva återförsäljare inte får tillgång till marknaden. Köparens starka ställning kan följaktligen 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.
- (143) I artikel 5.1 c i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att leverantören varken direkt eller indirekt får ålägga de auktoriserade återförsäljarna en skyldighet att inte sälja varumärken från särskilda konkurrerande leverantörer. Syftet med denna bestämmelse är särskilt att undvika horisontell samverkan för att utesluta vissa varumärken genom att skapa en selektiv grupp av varumärken från ledande leverantörer. Det är osannolikt att en sådan skyldighet beviljas undantag om marknadsandelen för de fem största leverantörerna är lika med eller 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.
- (144) Konkurrensproblem i samband med utestängning av andra leverantörer kommer normalt inte att uppstå så länge andra leverantörer inte hindras från att använda samma återförsäljare, till exempel om selektiv distribution kombineras med avtal om försäljning av ett enda varumärke. Vid användning av ett tätt nätverk av auktoriserade återförsäljare eller i händelse av en kumulativ effekt kan kombinationen av selektiv distribution och konkurrensklausuler medföra en risk för att andra leverantörer utestängs. I det fallet gäller de principer som anges i avsnitt 2.1 i dess riktlinjer avseende avtal om försäljning av ett enda varumärke. Om selektiv distribution inte kombineras med en konkurrensklausul kan utestängning av konkurrerande leverantörer från marknaden fortfarande vara ett problem om de ledande leverantörerna inte enbart tillämpar rent kvalitativa urvalskriterier, utan även ålägger sina återförsäljare vissa ytterligare skyldigheter, såsom skyldigheten att reservera ett visst minimiutrymme på hyllorna för leverantörens produkter eller säkerställa att återförsäljarens försäljning av leverantörens 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 inte överstiger 50 %, eller, om denna marknadstäckning överskrider, om de fem största leverantörerna har en marknadsandel som inte överstiger 50 %.

- (145) Det är viktigt att bedöma marknadens dynamik, eftersom en ökande efterfrågan, nya tekniker och förändrade marknadspositioner kan minska sannolikheten för negativa effekter jämfört med mogna marknader.
- (146) 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 (se punkt 14 g i dessa riktlinjer). En sådan effektivitetsvinst är dock ofta endast marginell i system med selektiv distribution. För att bedöma om selektiv distribution är motiverad för att lösa ett problem med snålskjuts mellan återförsäljare (se punkt 14 b i dessa riktlinjer), eller för att bidra till att skapa eller upprätthålla ett varumärkes image (se punkt 14 h i dessa riktlinjer), är produktens art av betydelse. I allmänhet är det mer sannolikt att användningen av selektiv distribution för att uppnå dessa typer av effektivitetsvinster är motiverad 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 till och med efter det att de konsumerats (produkter som köps p.g.a. trovärdighet). Selektiv distribution kombinerad med en lokaliseringsklausul, för att skydda en auktoriserad återförsäljare mot konkurrens från andra auktoriserade återförsäljare som 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 (se punkt 14 e i dessa riktlinjer). För att säkerställa att den minst konkurrenshämmande begränsningen används är det viktigt att bedöma om samma effektivitetsvinster kan uppnås till en jämförbar kostnad, exempelvis genom enbart servicekrav.
- (147) Exempel på kvantitativ selektiv distribution

På en marknad för kapitalvaror säljer tillverkare A, som är marknadsledande med en marknadsandel på 35 %, sin produkt till slutkonsumenterna genom ett selektivt distributionssystem. Det finns flera villkor för tillträde till systemet: Butiken måste anställa utbildad personal och tillhandahålla service före försäljningen, det måste finnas en särskild avdelning i butiken för försäljning av ifrågavarande 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 systemet direkt genom fastställandet av ett högsta antal återförsäljare per antal invånare i varje region eller tätort. Tillverkare A har sex konkurrenter på denna marknad. Tillverkarna B, C och D är de viktigaste konkurrenterna, med marknadsandelar på 25 %, 15 % respektive 10 %, medan de övriga tillverkarna har mindre marknadsandelar. A är den enda tillverkaren som använder selektiv distribution. De selektiva distributörerna av varumärke A tillhandahåller alltid ett fåtal konkurrerande varumärken. Konkurrerande varumärken säljs emellertid även allmänt i butiker som inte ingår i A:s selektiva distributionssystem. Det finns flera 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 för varumärke A kan vara begränsad, men konsumenterna kan vända sig till återförsäljare som håller en låg servicenivå eller låga priser och köpa varumärkena B och C, som har samma kvalitetsimage som A. Det finns dessutom 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 som dessa sannolikt medför, dels med tanke på den begränsade effekten på konkurrensen inom varumärken.

(148) Exempel på selektiv distribution med kumulativa effekter

På en marknad för en viss sportartikel finns det sju tillverkare, som har följande marknadsandelar: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % respektive 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 tillgång till det selektiva distributionssystemet är desamma för alla tillverkare: återförsäljarna måste ha en eller flera fysiska butiker, dessa butiker måste ha utbildad personal och tillhandahålla service före försäljning, de måste ha en särskild avdelning för försäljning av produkten, 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 produkten måste utgöra minst 30 % av butikens totala omsättning. I allmänhet auktoriseras samma återförsäljare 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, det finns en stark produktdifferentiering, och varumärkesimagen är viktig. 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 har lågprisdetaljister och återförsäljare som endast är verksamma på nätet inte tillgång till de fem ledande varumärkena. Detta beror på att kravet att produkten ska utgöra minst 30 % av återförsäljarnas verksamhet, kriterierna för hur produkten ska ställas ut och regeln om service före försäljning utesluter de flesta lågprisdetaljister från nätverket av auktoriserade återförsäljare. Kravet att återförsäljare ska ha en eller flera fysiska butiker innebär dessutom 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 strikta 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 distributionssystem medför tydliga effektivitetsvinster är det troligt att gruppundantaget måste återkallas på grund av förekomsten av kumulativa effekter som leder till färre valmöjligheter och högre priser för konsumenten.

4.6.3. *Franchising*

- (149) 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 vanligen kommersiellt och tekniskt stöd till franchisetagaren under avtalets löptid. Licensen och stödet utgör integrerade delar av den affärsidén som omfattas av franchiseavtalet. Franchisegivaren erhåller normalt ersättning i form av en franchiseavgift för användningen av affärsidén i fråga. Franchising kan möjliggöra för franchisegivaren att med begränsade investeringar etablera ett enhetligt distributionsnät för sina produkter. Förutom tillhandahållandet av affärsidén innehåller franchiseavtal vanligen en kombination av olika vertikala begränsningar avseende de distribuerade produkterna, särskilt selektiv distribution, konkurrensklausuler, ensamåterförsäljaravtal eller lindrigare former av dessa.
- (150) Franchising (med undantag av industriella franchiseavtal) har vissa särskilda egenskaper, däribland användningen av ett enhetligt företagsnamn, tillämpningen av enhetliga affärsmetoder (inklusive licensiering av immateriella rättigheter) och betalningen av royaltyer i utbyte mot de förmåner som beviljas. Mot bakgrund av dessa särdrag kan bestämmelser som är helt nödvändiga för att sådana distributionssystem ska kunna fungera anses falla utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1. Detta gäller till exempel begränsningar som förhindrar att know-how och stöd som tillhandahålls av franchisegivaren gynnar dennes konkurrenter⁶⁴ och en konkurrensklausul med avseende på de varor och tjänster som köps av franchisetagaren och som är nödvändiga för att upprätthålla franchisenätets identitet och rykte. I det sistnämnda fallet är konkurrensklausulens varaktighet irrelevant, så länge den inte har längre varaktighet än själva franchiseavtalet.
- (151) Franchiseavtal omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om leverantörens och köparens marknadsandel inte överstiger 30 %.⁶⁵ Den licensiering av immateriella rättigheter som ingår i franchiseavtalet behandlas i punkterna 67–82 i dessa riktlinjer. Vertikala begränsningar som ingår i franchiseavtal kommer att bedömas enligt de regler som är tillämpliga för det distributionssystem som närmast motsvarar karaktären hos det specifika franchiseavtalet. Till exempel ska ett franchiseavtal som ger upphov till ett avskärmat nätverk eftersom medlemmarna är förbjudna att sälja till icke-medlemmar bedömas enligt de regler som är tillämpliga på selektiv distribution. Franchiseavtal som omfattar territoriell ensamrätt och skydd

⁶⁴ Se domen i mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, EU:C:1986:41, punkt 16.

⁶⁵ Se även punkterna 86–95, särskilt punkt 92.

mot aktiv försäljning av andra franchisetagare ska i stället bedömas enligt de regler som är tillämpliga på ensamåterförsäljning.

- (152) Franchiseavtal som omfattar särskilt allvarliga begränsningar, däribland prisbindning,⁶⁶ ska inte omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal kräver en individuell bedömning enligt artikel 101. Vid denna bedömning bör hänsyn tas till det faktum att ju viktigare överföringen av know-how är, desto mer sannolikt är det att de vertikala begränsningarna leder till effektivitetsvinster och/eller är nödvändiga för att skydda berörd know-how och därmed uppfyller villkoren i artikel 101.3.
- (153) 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. Tillverkaren har utvecklat de maskiner som används för att färga sötsakerna och framställer även färgvätskorna själv. 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 (t.ex. gemensam butiksinredning och reklam). För att öka försäljningen har tillverkaren lanserat ett franchisesystem. För att säkerställa en enhetlig produktkvalitet och butiksimage åläggs franchisetagarna att köpa sötsakerna, vätskorna och färgningsmaskinen av tillverkaren, 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 får franchisetagarna endast sälja i överenskomna lokaler, och endast till slutanvändare eller andra franchisetagare. De får inte sälja andra sötsaker i sina butiker. 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 att göra dessa förbättringar tillgängliga för alla franchisetagare. 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 sötsaker. På denna marknad konkurrerar franchisegivarens sötsaker med ett stort antal nationella och internationella produkter, vilka i vissa fall tillverkas av stora diversifierade livsmedelsföretag. Franchisegivarens andel av marknaden för maskiner för färgning av livsmedel understiger 10%. Franchisegivaren har en andel på 30% av marknaden för sötsaker som säljs till detaljister. Det finns många försäljningsställen för sötsaker, däribland tobakshandlare, livsmedelsbutiker, kafeterior och särskilda godisbutiker.

De flesta skyldigheter som ingår i franchiseavtalen kan anses vara nödvändiga för att skydda immateriella rättigheter eller upprätthålla franchisenätets gemensamma identitet och rykte och faller därför utanför artikel 101.1. Begränsningarna av försäljningen (dvs. fastställandet av ett avtalsområde och selektiv distribution) utgör ett incitament för franchisetagarna att investera i franchisekonceptet och

⁶⁶ Se domen i mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, EU:C:1986:41, punkt 23.

färgningsmaskinen. Detta bidrar till att upprätthålla den gemensamma identiteten, vilket uppväger förlusten av konkurrens inom varumärken. Den konkurrensklausul 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. Med tanke på det stora antalet försäljningsställen som står till förfogande för andra sötsakstillverkare leder detta inte till någon allvarlig utestängning. Det är följaktligen sannolikt att franchiseavtalen uppfyller villkoren för undantag enligt artikel 101.3 i den mån de omfattas av artikel 101.1.

5. MARKNADSDEFINITION OCH BERÄKNING AV MARKNADSANDELAR

5.1. Tillkännagivandet om definitionen av marknad.

- (154) Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (tillkännagivandet om definitionen av marknad) ger vägledning om de regler, kriterier och bevis kommissionen använder när den behandlar frågor som gäller definition av marknaden.⁶⁷ Vid tillämpning av artikel 101 på vertikala avtal bör därför den relevanta marknaden definieras på grundval av denna vägledning och eventuell framtida vägledning avseende definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. I dessa riktlinjer behandlas endast specifika frågor som uppkommer i samband med tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och som inte tas upp i tillkännagivandet om definitionen av marknad.

5.2. Beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal

- (155) Enligt artikel 3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är både leverantörens och köparens marknadsandelar avgörande när det gäller att fastställa om gruppundantaget ska tillämpas. För att gruppundantagsförordningen för vertikala avtal ska vara tillämplig får varken leverantörens marknadsandel på den marknad där leverantören säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna till köparen eller köparens marknadsandel på den marknad där köparen köper avtalsvarorna eller avtalstjänsterna överstiga 30 %. Avtal mellan små och medelstora företag kräver i allmänhet inte att marknadsandelarna beräknas (se punkt 26 i dessa riktlinjer).
- (156) De vertikala begränsningarna i distributionsledet gäller vanligen inte endast försäljning av varor mellan leverantör och köpare, utan även återförsäljning av dessa varor. Eftersom det vanligtvis råder konkurrens mellan olika distributionsformer definieras marknader i allmänhet inte efter vilken distributionsform som används, dvs. ensamåterförsäljning, selektiv distribution eller fri distribution. I de fall där leverantörer vanligen säljer en portfölj av produkter kan hela portföljen avgöra definitionen av produktmarknaden om portföljen, och inte de enskilda produkter som ingår i portföljen, betraktas som utbytbara av köparna.
- (157) Om ett vertikalt avtal omfattar tre parter som var och en är verksam i olika handelsled får deras respektive marknadsandel inte överstiga 30 % om gruppundantagsförordningen för vertikala avtal ska gälla. I artikel 3.2 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal anges att om ett företag inom ramen

⁶⁷ EGT C 372, 9.12.1997, s. 5–13.

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 också är part i avtalet, är gruppundantagsförordningen för vertikala avtal endast tillämplig om företaget varken som köpare eller leverantör har en marknadsandel som överstiger tröskelvärdet på 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 leveransmarknader inte överstiga 30 %, och grossistens (eller detaljistsammanslutningens) och detaljistens marknadsandel i respektive handelsled får inte överstiga 30 % på deras respektive inköpsmarknader om avtalen ska omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

- (158) Om det vertikala avtalet, utöver bestämmelser om leveranser av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna, även innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter (t.ex. angående användningen av leverantörens varumärke) som hjälper köparen att saluföra avtalsvarorna, är leverantörens marknadsandel på den marknad där denne säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna relevant för tillämpningen av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Om en franchisegivare inte levererar varor eller tjänster för återförsäljning av dessa varor eller tjänster, utan tillhandahåller ett paket av varor eller tjänster i kombination med bestämmelser om immateriella rättigheter som tillsammans utgör den affärsmetod som omfattas av franchisen, måste franchisegivaren ta hänsyn till sin marknadsandel i egenskap av tillhandahållare av en affärsmetod för tillhandahållandet av specifika varor eller tjänster till slutanvändare. För detta ändamål måste franchisegivaren beräkna sin marknadsandel på den marknad där affärsmetoden utnyttjas av franchisetagarna för att tillhandahålla varor och tjänster till slutanvändare. Franchisegivaren måste därför basera sin marknadsandel på värdet av de varor eller tjänster som dennes franchisetagare tillhandahåller på denna marknad. På en sådan marknad kan franchisegivarens konkurrenter vara sådana som tillhandahåller andra affärsmetoder som omfattas av franchisen, men även av 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.

5.3. Beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal

- (159) Som fastställs i artikel 7 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal bör leverantörens och köparens marknadsandelar i princip beräknas på grundval av värdeuppgifter. Om värdeuppgifter inte finns tillgängliga kan väl underbyggda uppskattningar göras på grundval av annan tillförlitlig marknadsinformation, t.ex. volymuppgifter.
- (160) Den interna försörjningen av mellanprodukter och tjänster i mellanledet för leverantörens egen användning kan vara relevant för konkurrensanalysen i vissa fall, men den kommer inte att beaktas vid fastställande av en marknadsdefinition eller för beräkning av marknadsandelar enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Däremot, när det gäller dubbel distribution av slutprodukter enligt artikel 7 c i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (dvs. om en leverantör av slutprodukter även agerar som återförsäljare av dessa produkter på marknaden), bör marknadsdefinitionen och beräkningen av marknadsandelar omfatta leverantörens

försäljning av sina egna varor genom vertikalt integrerade återförsäljare och agenter. Integrerade återförsäljare är anknutna företag i den mening som avses i artikel 1.2 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.⁶⁸

6. TILLÄMPNING AV GRUPPUNDANTAGSFÖRORDNINGEN FÖR VERTIKALA AVTAL

6.1. Särskilt allvarliga begränsningar enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal

- (161) Artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal innehåller en förteckning över begränsningar som betraktas som allvarliga begränsningar av konkurrensen, vilka i de flesta fall bör förbjudas på grund av den skada de orsakar konsumenterna. Vertikala avtal som omfattar en eller flera särskilt allvarliga begränsningar är undantagna i sin helhet från tillämpningsområdet för gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (162) De särskilt allvarliga begränsningarna i artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller vertikala avtal om handel *inom* unionen. I den mån vertikala avtal gäller export utanför unionen eller import/återimport från länder utanför unionen visar rättspraxis från Europeiska unionens domstol att sådana avtal inte kan anses ha till syfte att märkbart begränsa konkurrensen inom unionen och inte i sig kan anses påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁶⁹
- (163) Särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal har i allmänhet till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1.⁷⁰ Begränsningar med syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 är avtal som i sig har potential att begränsa konkurrensen.⁷¹ I detta avseende framgår det av domstolens rättspraxis att vissa typer av samordning mellan företag är så pass skadliga för konkurrensen att det kan konstateras att deras effekter inte behöver granskas.⁷² Om ett begränsande syfte konstateras måste det berörda vertikala avtalet bedömas individuellt. Däremot motsvarar särskilt allvarliga begränsningar en kategori av begränsningar enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal för vilka det antas att de i allmänhet leder till skada för konkurrensen, vilket gör att ett vertikalt avtal som innehåller en sådan särskilt allvarlig begränsning inte kan omfattas av gruppundantag enligt artikel 2.1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (164) Särskilt allvarliga begränsningar faller emellertid inte nödvändigtvis inom tillämpningsområdet för artikel 101.1. Om en särskilt allvarlig begränsning enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är objektivt nödvändig för ett vertikalt avtal av en viss typ eller art, till exempel för att säkerställa efterlevnaden av ett allmänt förbud mot att sälja farliga ämnen till vissa kunder av säkerhets- eller hälsoskäl, faller detta avtal som undantagsfall utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1. Mot bakgrund av ovanstående, i synnerhet att särskilt allvarliga begränsningar

⁶⁸ I samband med marknadsdefinition och beräkning av marknadsandelar är det inte relevant om den integrerade återförsäljaren även säljer konkurrenters varor eller tjänster.

⁶⁹ Se domen i mål C-306/96 Javico mot Yves Saint Laurent, EU:C:1998:173, punkt 20.

⁷⁰ Se Commission Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 final, s. 4 (ej översatt till svenska).

⁷¹ Se domen i mål C-8/08 T-Mobile Netherlands, EU:C:2009:343, punkt 31.

⁷² Se domen i mål C-67/13 Groupement des Cartes Bancaires, EU:C:2014:2204, punkt 49.

i allmänhet har till syfte att begränsa konkurrensen, kommer kommissionen att tillämpa följande principer vid bedömningen av ett vertikalt avtal:

- (a) Om en särskilt allvarlig begränsning i den mening som avses i artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal ingår i ett vertikalt avtal omfattas detta avtal sannolikt av artikel 101.1.
 - (b) Ett avtal som omfattar en särskilt allvarlig begränsning i den mening som avses i artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal uppfyller sannolikt inte villkoren i artikel 101.3.⁷³
- (165) Ett företag har möjlighet att i ett enskilt ärende visa att det rör sig om konkurrensfrämjande effekter enligt artikel 101.3.⁷⁴ För att kunna visa att alla villkor i artikel 101.3 är uppfyllda måste företaget bestyrka att effektivitetsvinster sannolikt kommer att uppstå och att dessa effektivitetsvinster sannolikt är ett resultat av att särskilt allvarliga begränsningar har införts i avtalet. Om detta är fallet kommer kommissionen att bedöma de negativa effekter på konkurrensen som sannolikt är resultatet av att särskilt allvarliga begränsningar har införts i avtalet innan den gör sin slutgiltiga bedömning av huruvida villkoren i artikel 101.3 är uppfyllda.⁷⁵
- (166) De följande tre punkterna i dessa riktlinjer innehåller exempel på exceptionella omständigheter som kan göra att en särskilt allvarlig begränsning faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1.
- (167) Exempel på verkligt inträde

En återförsäljare som är först med att sälja ett nytt varumärke eller ett befintligt märke på en ny marknad, och på så sätt garanterar ett verkligt inträde, måste kanske göra stora investeringar om det inte tidigare funnits någon efterfrågan på den berörda typen av produkt i allmänhet eller på den typen av produkt från den berörda tillverkaren. Under sådana omständigheter, och med tanke på att sådana utgifter ofta är oåterkalleliga, är det möjligt att återförsäljaren 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 om en tillverkare som är etablerad på en viss nationell marknad går in på en annan nationell marknad och lanserar sina produkter med hjälp av en ensamåterförsäljare som måste investera för att lansera och etablera varumärket på denna nya marknad. Om det krävs att återförsäljaren gör stora investeringar för att bygga upp och/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

⁷³ Se domen i mål C-439/09 Pierre Fabre, EU:C:2011:649, punkt 57.

⁷⁴ Se särskilt punkterna 14 a–i i dessa riktlinjer om eventuella effektivitetsvinster i samband med vertikala begränsningar och avsnitt 6.1.1 i dessa riktlinjer 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.

⁷⁵ En sådan bedömning påverkar inte det faktum att en specifik begränsning ändå kan bli ogiltig automatiskt om den utgör en överträdelse av de förbud avseende passiv försäljning som fastställs i förordningen om geoblockering, se artikel 6.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot oömtiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, boplatssort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG.

investeringar i regel utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 under de första två år under vilka återförsäljaren säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna i det området eller till den kundkategorin, även om sådana begränsningar i normala fall skulle anses vara särskilt allvarliga begränsningar som omfattas av artikel 101.1.

(168) Exempel på korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare

När det gäller selektiva distributionssystem får korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare i regel inte begränsas (se punkt 187 i dessa riktlinjer). Om auktoriserade grossister i olika geografiska områden måste investera i marknadsföringsåtgärder inom det område där de distribuerar de berörda varorna eller tjänsterna för att stödja de auktoriserade återförsäljarnas försäljning, och om det inte är praktiskt genomförbart att specificera de marknadsföringsåtgärder som krävs i ett avtal, kan begränsningar av dessa grossisters aktiva försäljning till auktoriserade återförsäljare inom andra grossisters områden i syfte att lösa snålskjutsproblem i ett enskilt ärende uppfylla villkoren i artikel 101.3.

(169) Exempel på verklig testning

När det gäller verklig testning av en ny produkt inom ett begränsat område eller inom en begränsad kundkategori eller när en ny produkt införs successivt 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.

6.1.1. *Upprätthållande av detaljhandelspriser*

- (170) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 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.⁷⁶ Ett vertikalt avtal eller ett samordnat förfarande som bygger på ett visst intervall inom vilket köparen måste sätta sitt pris är därför inte i linje med artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (171) Prisbindning kan fastställas genom direkta metoder. Detta gäller för avtalsbestämmelser eller samordnade förfaranden som direkt fastställer detaljhandelspriset och därmed leder till tydliga begränsningar.⁷⁷ Sådana begränsningar omfattar avtalsbestämmelser som gör att leverantören kan sätta det pris som köparen måste ta ut av sin kund eller förbjuder köparen att sälja under en viss prisnivå. Begränsningen är även tydlig om en leverantör begär en prisökning och köparen uppfyller en sådan begäran.

⁷⁶ Mer information om skillnaden mellan vertikala avtal och samordnade förfaranden finns i punkterna 48–51 i dessa riktlinjer. Denna skillnad har emellertid hittills inte spelat någon viktig roll för tillämpningen, eftersom det inte är nödvändigt att skilja mellan de två för att påvisa en överträdelse av artikel 101. Vidare bör det noteras att prisbindning kan kopplas till andra begränsningar, däribland horisontell samverkan i form av nav- och ekersystem, vilka behandlas i punkt 55 i de horisontella riktlinjerna.

⁷⁷ Se till exempel kommissionens beslut i AT.40182 Guess, punkterna 84, 86 och 137.

- (172) Prisbindning kan även uppnås genom indirekta metoder, däribland incitament att använda ett minimipris eller negativa incitament att avvika från ett minimipris. Följande exempel utgör en icke uttömmande förteckning över sådana indirekta metoder:
- 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.
 - Koppling av föreskrivna försäljningspriser till konkurrenternas försäljningspriser.
 - Hot, skrämsel, varningar, straff, förseningar eller avbrott i leveranser eller uppsägning av avtal om en viss prisnivå inte iakttas.
- (173) Som fastställs i artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal utgör införandet av ett högsta försäljningspris eller fastställandet av ett rekommenderat försäljningspris av leverantören inte någon prisbindning i sig. Om leverantören kombinerar ett sådant högsta pris eller ett sådant rekommenderat försäljningspris med incitament att tillämpa en viss prisnivå eller negativa incitament att sänka försäljningspriset kan detta emellertid utgöra prisbindning. Ett exempel på ett incitament att tillämpa en viss prisnivå kan vara ersättningen av marknadsföringskostnader om det högsta försäljningspriset eller det rekommenderade försäljningspriset iakttas. Ett exempel på ett negativt incitament att sänka försäljningspriset kan vara en insats av leverantören om köparen avviker från det högsta eller rekommenderade försäljningspriset, till exempel hot om att avbryta leveranserna.
- (174) På liknande sätt kan regler för annonserade minimipriser, vilka förbjuder återförsäljarna att annonsera om priser under ett visst belopp som fastställts av leverantören, utgöra prisbindning. Detta gäller till exempel om leverantören inför en sanktion mot återförsäljarna om de säljer under det annonserade minimipriset, kräver att de inte erbjuder rabatter eller hindrar dem från att meddela att slutpriset kan skilja sig från de annonserade minimipriserna.
- (175) Direkta eller indirekta metoder för att uppnå prisbindning kan göras effektivare om de kombineras med åtgärder som syftar till att identifiera vilka återförsäljare som sänker priserna, t.ex. genomförande av prisövervakningssystem eller en skyldighet för återförsäljare att rapportera andra medlemmar i distributionsnätet som avviker från standardpriserna. Dessa åtgärder är emellertid inte tillräckliga i sig för att påvisa prisbindning, eftersom de kan användas av leverantörer för att öka effektiviteten i leverans- eller distributionskedjan eller för andra ändamål som inte rör direkta eller indirekta metoder för att uppnå prisbindning.
- (176) Prisövervakning används allt flitigare inom e-handeln, där både tillverkare och återförsäljare ofta använder särskild programvara för prisövervakning.⁷⁸ Sådan prisövervakning utgör inte någon prisbindning i sig. Den ökar emellertid pristransparensen på marknaden, vilket gör att tillverkarna effektivt kan spåra

⁷⁸

Se Commission Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, 10.5.2017, punkterna 602–603 (ej översatt till svenska).

försäljningspriserna i sina distributionsnät och snabbt göra ingripanden om priserna sjunker. Den gör även att återförsäljarna kan spåra konkurrenternas priser och informera tillverkaren om prisminskningar, tillsammans med en begäran om att ingripa mot sådana prisminskningar.⁷⁹

- (177) När det gäller agentavtal är det vanligen huvudmannen som fastställer försäljningspriset, eftersom denne bär de kommersiella och finansiella riskerna i samband med försäljningen. Om ett sådant avtal inte kan klassificeras som ett agentavtal vid tillämpning av artikel 101.1 (se särskilt punkterna 40–43 i dessa riktlinjer) är emellertid en skyldighet som förhindrar eller begränsar agentens möjligheter att dela sin provision med kunden, oavsett om provisionen är fast eller rörlig, en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. För att undvika att en sådan särskilt allvarlig begränsning används bör agenten ha rätt att sänka det faktiska pris som betalas av kunden utan att minska huvudmannens inkomster.⁸⁰
- (178) Fastställandet av försäljningspriset i ett vertikalt avtal mellan en leverantör och en köpare som verkställer ett tidigare avtal mellan leverantören och en specifik slutanvändare (*fullgörandeavtal*) utgör inte någon prisbindning om slutanvändaren har av sagt sig rätten att välja vilket företag som ska verkställa avtalet. I sådana fall leder fastställandet av försäljningspriset inte till någon begränsning enligt artikel 101.1, eftersom försäljningspriset inte längre är utsatt för konkurrens i förhållande till den berörda slutanvändaren. Detta gäller emellertid endast om fullgörandeavtalet inte utgör ett agentavtal som faller utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1, enligt beskrivningen i punkterna 40–43 i dessa riktlinjer, till exempel på grund av att köparen förvärvar äganderätten till de avtalsvaror som är avsedda för återförsäljning eller om köparen tar på sig mer än obetydliga risker i samband med verkställandet av avtalet. Däremot, om slutanvändaren inte har av sagt sig rätten att välja vilket företag som ska verkställa avtalet, kan leverantören inte fastställa försäljningspriset utan att åsidosätta artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Leverantören får emellertid fastställa ett högsta försäljningspris i syfte att möjliggöra priskonkurrens för verkställandet av avtalet.
- (179) Artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är fullt tillämplig i onlineplattformsekonomin. Framför allt gäller att ett företag som tillhandahåller onlinebaserade förmedlingstjänster enligt artikel 1.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är en leverantör och därmed måste uppfylla kraven i artikel 4 a i samma förordning för att undvika en särskilt allvarlig begränsning med avseende på de förmedlade varorna eller tjänsterna. Även om detta inte hindrar en tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster från att ge användarna av de onlinebaserade förmedlingstjänsterna incitament att sälja sina varor eller tjänster på en konkurrenskraftig nivå eller sänka sina priser får tillhandahållaren av onlinebaserade förmedlingstjänster, enligt artikel 4 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, inte införa ett fast eller lägsta pris för den transaktion som tillhandahållaren underlättar.

⁷⁹ Se kommissionens beslut i AT.40182 Pioneer, punkterna 136 och 155, AT.40182 Denon & Marantz, punkt 95, AT.40181 Philips, punkt 64, Se kommissionens beslut i AT.40182 Pioneer, punkt 136, AT.40465 Asus, punkt 27.

⁸⁰ Se till exempel kommissionens beslut i mål nr IV/32.737 Eirpage, särskilt punkt 6.

- (180) EU-domstolen har vid flera tillfällen fastslagit att ett avtal där minimipriser eller fasta försäljningspriser fastställs, vilket hindrar köparen från att fastställa sina försäljningspriser på ett oberoende sätt, har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1.⁸¹ Som nämns i punkterna 163–165 i dessa riktlinjer innebär emellertid klassificeringen av en begränsning som en särskilt allvarlig begränsning, med syftet att begränsa konkurrensen, inte att avtal som utgör prisbindning i sig strider mot artikel 101. Om företag anser att prisbindning är effektivitetsfrämjande i enskilda fall kan de lägga fram argument för effektivitetsvinster enligt artikel 101.3.
- (181) Prisbindning anses normalt vara en allvarlig begränsning av konkurrensen, eftersom den kan begränsa konkurrensen inom och/eller mellan varumärken på olika sätt:
- (a) Den direkta effekten av prisbindning är att priskonkurrensen inom varumärken elimineras genom att alla eller vissa återförsäljare förhindras från att sänka sina försäljningspriser för det berörda varumärket, vilket leder till en prisökning för varumärket.
 - (b) Prisbindning kan underlätta samverkan mellan leverantörer, i synnerhet på marknader där det finns flera möjligheter till samverkan, till exempel om leverantörerna utgör ett begränsat oligopol och om en betydande del av marknaden omfattas av prisbindningsavtal. Detta kan även vara fallet om leverantörerna distribuerar sina varor eller tjänster via samma återförsäljare, vilket gör att de kan använda de sistnämnda som ett verktyg för att uppnå jämvikt genom samverkan. Prisbindning gör i allmänhet att det är lättare att upptäcka om en leverantör avviker från den jämvikt som uppnåtts genom samverkan genom att sänka sitt pris. Om en leverantör beslutar sig för att inte genomföra sin prisbindningspolicy för att öka sin detaljhandelsförsäljning gör prisbindningen att andra leverantörer lättare kan upptäcka den resulterande minskningen av försäljningspriset och agera därefter.
 - (c) Prisbindning kan underlätta samverkan mellan köpare i distributionsledet. Den resulterande förlusten av priskonkurrens förefaller särskilt problematisk om prisbindningen har inspirerats av köparna. Starka eller välorganiserade köpare skulle kunna tvinga eller övertyga en eller flera av sina leverantörer att fastställa sina återförsäljningspriser över den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden och på så sätt hjälpa köparna att nå eller stabilisera den jämvikt som uppnåtts genom samverkan. Prisbindning fungerar som ett åtagande för återförsäljarna att inte avvika från den jämvikt som uppnåtts genom samverkan genom rabatterade priser.
 - (d) Prisbindning kan minska marginalpressen för leverantören, särskilt om tillverkaren har ett åtagandeproblem, dvs. om 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.

⁸¹ Se domarna i 243/83 Binon mot AMP, EU:C:1985:284, punkt 44, C-311/85 VVR mot Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdienst, EU:C:1987:418, punkt 17, C-27/87 SPRL Louis Erauw-Jacquery mot La Hesbignonne SC, EU:C:1988:183, punkt 15.

- (e) Genom att priskonkurrens mellan återförsäljare undviks kan prisbindning förebygga eller förhindra införandet och utbyggnaden av mer effektiva eller nya distributionsformat, vilket därmed begränsar innovationen i distributionsledet.
 - (f) Prisbindning kan genomföras av en leverantör med marknadsmakt för att utestänga mindre konkurrenter från marknaden. Den ökade marginal som prisbindning kan ge återförsäljare kan föranleda dem att gynna leverantörens 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.
- (182) Prisbindning kan emellertid även leda till effektivitetsvinster, i synnerhet om den drivs av leverantören. Om företag åberopar artikel 101.3 och hävdar att prisbindning kan leda till effektivitetsvinster måste de lägga fram konkreta bevis för att underbygga detta påstående och visa att villkoren i artikel 101.3 verkligen är uppfyllda i det enskilda fallet. Nedan ges tre exempel på fall där det rör sig om effektivitetsvinster.
- (a) När en tillverkare lanserar en ny produkt kan prisbindning vara ett effektivt sätt att förmå återförsäljarna att ta hänsyn till tillverkarens intressen för att marknadsföra produkten, i synnerhet om det är en helt ny produkt, och att öka försäljningsinsatserna. Om återförsäljarna på de respektive marknaderna utsätts för konkurrens kan det få dem att öka den totala efterfrågan på produkten och göra lanseringen av produkten till en framgång, vilket även gynnar konsumenterna. Enligt artikel 101.3 får det inte finnas mindre restriktiva medel. För att uppfylla detta krav kan leverantörerna, till exempel, visa att det inte är genomförbart i praktiken att genom avtal ålägga alla köpare krav på effektiv marknadsföring. Under sådana omständigheter kan införandet av fasta försäljningspriser eller minimipriser under en begränsad period för att underlätta lanseringen av en ny produkt på det hela taget anses vara konkurrensfrämjande.
 - (b) Fasta återförsäljningspriser, och inte bara högsta återförsäljningspriser, kan vara nödvändiga för att organisera en samordnad kortvarig lågpriskampanj (oftast 2–6 veckor) som även kommer att gynna konsumenterna. I synnerhet kan de vara nödvändiga för att organisera en sådan kampanj i ett distributionssystem där leverantören tillämpar ett enhetligt distributionsformat, t.ex. ett franchisesystem. Med tanke på dess tillfälliga karaktär kan införandet av fasta försäljningspriser på det hela taget anses vara konkurrensfrämjande.
 - (c) 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 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. Leverantören måste visa på ett övertygande sätt att prisbindningsavtalet är nödvändigt för att lösa problemet med snålskjuts mellan återförsäljare som erbjuder dessa tjänster. I detta fall är sannolikheten för att prisbindningen

konstateras vara konkurrensfrämjande högre om konkurrensen mellan leverantörerna är hård och om leverantören har begränsad marknadsakt.

- (183) De safe harbour-regler som föreskrivs genom gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattar rekommendationer om ett återförsäljningspris till en återförsäljare eller krav på att återförsäljaren iakttar ett högsta återförsäljningspris om varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger tröskelvärde 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, enligt vad som fastställs i punkterna 172–173 i dessa riktlinjer. I den återstående delen av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av rekommenderade eller högsta priser där tröskelvärde för marknadsandelar överskrids.
- (184) Risken för eventuella konkurrenshämmande verkningar av rekommenderade och högsta priser är att de blir ett riktmärke som alla eller nästan alla återförsäljare kan välja att följa. Rekommenderade och högsta priser kan dessutom mjuka upp konkurrensen eller underlätta samverkan mellan leverantörer.
- (185) En viktig faktor vid bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter av rekommenderade och högsta återförsäljningspriser är leverantörens marknadsställning. Ju starkare marknadsställning, desto större är risken för att ett rekommenderat eller högsta 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.
- (186) Om det konstateras att rekommenderade eller högsta återförsäljningspriser har märkbara konkurrenshämmande effekter, väcks frågan om ett eventuellt undantag enligt artikel 101.3. När det gäller högsta återförsäljningspriser kan det vara särskilt relevant att undvika dubbel marginalisering. Ett högsta återförsäljningspris kan även bidra till att garantera att varumärket i fråga konkurrerar mer effektivt med andra varumärken, även egna varumärken, som återförsäljs av samma återförsäljare.
- 6.1.2. *Särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal*
- 6.1.2.1. Allmänna principer enligt artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal
- (187) I artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal finns en förteckning över särskilt allvarliga begränsningar och undantag som är tillämpliga beroende på vilket distributionssystem som används av leverantören: ensamåterförsäljning, selektiv distribution eller fri distribution. De särskilt allvarliga begränsningar som anges i artikel 4 b, 4 c (i) och 4 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller avtal eller samordnade förfaranden som direkt eller indirekt, enskilt eller i kombination med andra faktorer under parternas kontroll, syftar till att begränsa en köpare eller dennes kunders försäljning, om begränsningarna gäller till vilket område eller till vilka kundkategorier köparen eller dennes kunder får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. I artikel 4 c (ii) och (iii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs, i ett selektivt distributionssystem, att begränsningen av korsvisa leveranser mellan de medlemmar i det selektiva distributionssystemet som är verksamma i samma eller olika handelsled, såväl som begränsningen av aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare av

medlemmar i det selektiva distributionssystemet som är verksamma i detaljhandelsledet, utgör särskilt allvarliga begränsningar.

- (188) Artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är tillämplig oavsett vilka försäljningskanaler som används. Vertikala avtal som direkt eller indirekt, enskilt eller i kombination med andra faktorer, syftar till att hindra köparna eller deras kunder från att använda internet för att sälja sina varor eller tjänster online begränsar det område eller de kundkategorier som köparen eller dennes kunder får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna till, eftersom de begränsar försäljningen till kunder utanför köparnas eller deras kunders fysiska handelsområde.⁸² Ett förbud mot onlineförsäljning, såväl som begränsningar som förbjuder eller begränsar onlineförsäljning i sådan utsträckning att köparna och deras kunder frantas möjligheten att använda internet för att sälja sina varor eller tjänster online, syftar till att hindra köparna eller deras kunder från att använda internet för att sälja sina varor eller tjänster online på ett effektivt sätt. En begränsning som kan medföra en betydande minskning av den totala onlineförsäljningen på marknaden utgör därför en särskilt allvarlig begränsning av aktiv eller passiv försäljning i den mening som avses i artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Bedömningen av huruvida en begränsning är särskilt allvarlig får inte bero på marknadsspecifika omständigheter eller enskilda omständigheter för en specifik kund eller kundkategori. Begränsningar som hindrar en effektiv användning av en eller flera kanaler för onlineannonsering⁸³ syftar till att hindra köparna eller deras kunder från att använda internet på ett effektivt sätt för att sälja sina varor eller tjänster online och begränsar därmed försäljningen till kunder som vill handla online och som befinner sig utanför köparnas eller deras kunders fysiska handelsområde, eftersom de begränsar köparnas eller deras kunders möjligheter att söka upp dem, informera dem om sina erbjudanden och locka dem till sin onlinebutik eller andra kanaler.
- (189) Dessa särskilt allvarliga begränsningar 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. De kan även vara en följd av indirekta åtgärder som syftar till att förmå återförsäljaren att inte sälja till sådana kunder, däribland
- (a) kravet att begära ett förhandsgodkännande av leverantören,⁸⁴
 - (b) uteblivna eller sänkta bonusar eller rabatter,⁸⁵ och kompensationsbetalningar av leverantören om återförsäljaren avbryter försäljningen till sådana kunder,
 - (c) hot om att upphöra med leveranserna,
 - (d) begränsning eller minskning av leveransvolymerna, till exempel för att anpassa dem till efterfrågan inom det tilldelade området eller den tilldelade kundkategorin,
 - (e) hot om att säga upp⁸⁶ eller inte förnya avtalet,

⁸² Se även domen i mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mot Président de l’Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punkt 54.

⁸³ Se kommissionens beslut i AT.40182 *Guess*, punkterna 118–126.

⁸⁴ Se till exempel domen i mål T-77/92 *Parker Pen mot kommissionen*, EU:T:1994:85, punkt 37.

⁸⁵ Se till exempel domen i mål T-450/05 *Peugeot Nederland mot kommissionen*, EU:T:2009:262, punkt 47.

⁸⁶ Se till exempel domen i mål T-62/98 *Volkswagen mot kommissionen*, EU:T:2000:180, punkt 44.

- (f) hot om eller genomförande av revisioner för att kontrollera efterlevnaden av begäran att inte sälja till vissa kundkategorier eller till kunder i vissa geografiska områden,
 - (g) krav på ett högre pris för produkter som ska säljas till vissa kundkategorier eller till kunder i vissa geografiska områden,
 - (h) begränsning av försäljningsandelen till vissa kundkategorier eller till kunder i vissa geografiska områden,
 - (i) begränsning av de språk som får användas på förpackningar eller vid marknadsföring av produkterna,
 - (j) leverans av en annan produkt som kompensation för avbruten försäljning,
 - (k) betalningar för att avbryta sådan försäljning,
 - (l) skyldigheten att föra över vinsterna från sådan försäljning till leverantören.
- (190) Den kan även vara följden av att leverantören inte tillhandahåller en garantiservice som omfattar hela unionen, varigenom leverantören i normala fall ersätter alla återförsäljare för att tillhandahålla en obligatorisk garantiservice, även i fråga om varor som andra återförsäljare säljer inom deras område.⁸⁷
- (191) Det är mer sannolikt att de förfaranden som anges i punkterna 187 och 189 i dessa riktlinjer betraktas som en begränsning av köparens försäljning om de används av leverantören tillsammans med ett övervakningssystem som syftar till att kontrollera de levererade varornas destination, till exempel med användning av unika etiketter, särskilda språkluster eller serienummer.
- (192) Utöver de direkta och indirekta skyldigheter som fastställs i punkterna 187–190 i dessa riktlinjer kan särskilt allvarliga begränsningar som är särskilt knutna till onlineförsäljning på liknande sätt vara en följd av direkta eller indirekta skyldigheter. Vid sidan av ett direkt förbud mot att använda internet som försäljningskanal finns det andra exempel på direkta eller indirekta skyldigheter som syftar till att hindra återförsäljarna från att använda internet på ett effektivt sätt för att sälja sina varor eller tjänster online någonstans, i vissa geografiska områden eller till vissa kundkategorier:
- (a) Ett krav på att återförsäljaren, oavsett vilket distributionssystem denne använder, ska hindra kunder i ett annat geografiskt område från att gå in på dennes webbplats eller se till att kunderna automatiskt omdirigeras till tillverkarens eller andra återförsäljares webbplatser. Detta utesluter inte att återförsäljaren är skyldig att lägga ut länkar till andra återförsäljares webbplatser och/eller till leverantörens webbplats.⁸⁸

⁸⁷ Om leverantören beslutar sig för att inte ersätta sina återförsäljare för tjänster som tillhandahållits inom ramen för den EU-omfattande garantin, kan det avtalas med dessa återförsäljare att en återförsäljare som säljer utanför sitt tilldelade område måste betala en avgift till den auktoriserade återförsäljaren som utsetts inom det området. Avgiften baseras på kostnaden för de tjänster som tillhandahålls eller ska tillhandahållas, inklusive en skäligen 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, [2004] ECR II-49, punkterna 136–145).

⁸⁸ Artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, bosättningsort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av

- (b) Ett krav på att återförsäljaren, oavsett vilket distributionssystem denne använder, ska avbryta konsumenternas onlinetransaktioner om deras kortuppgifter visar en adress som inte ligger inom återförsäljarens geografiska område.⁸⁹
 - (c) Ett krav på att återförsäljaren endast ska sälja i ett fysiskt utrymme eller i fysisk närvaro av specialutbildad personal.⁹⁰
 - (d) Ett krav på att återförsäljaren ska inhämta leverantörens förhandsgodkännande för försäljning online.
 - (e) Ett krav på att återförsäljaren inte ska använda leverantörens varumärken eller märkesnamn på sin webbplats.
 - (f) Ett direkt eller indirekt förbud mot att använda en specifik kanal för onlineannonsering, till exempel prisjämförelseverktyg eller sökmotorer, eller andra begränsningar av onlineannonsering som indirekt förbjuder användningen av en viss kanal för onlineannonsering, till exempel en skyldighet för återförsäljaren att inte använda leverantörens varumärken eller märkesnamn för att optimera sökresultaten i sökmotorer eller en begränsning av tillhandahållandet av prisrelaterad information till prisjämförelseverktyg. Även om ett förbud mot att använda ett specifikt prisjämförelseverktyg eller en specifik sökmotor i normala fall inte hindrar en effektiv användning av internet för försäljning online, eftersom andra prisjämförelseverktyg eller sökmotorer kan användas för att öka medvetenheten om en köparens onlineförsäljning, skulle ett förbud mot att använda alla de mest använda reklamtjänsterna i respektive kanal för onlineannonsering utgöra ett sådant hinder om de återstående prisjämförelseverktygen eller sökmotorerna inte kan locka kunder till köparens onlinebutik.
- (193) Däremot får leverantörerna enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal ge vissa instruktioner till sina återförsäljare om hur deras produkter ska säljas. Det är tillåtet för en leverantör att införa kvalitetskrav för sina återförsäljare, oavsett vilken distributionsmodell som används. Leverantörerna och deras återförsäljare kan komma överens om försäljningsvillkor som inte syftar till att begränsa det geografiska område och den kundkategori som varorna och tjänsterna får säljas till. Vertikala avtal som innehåller kvalitetskrav, främst i samband med selektiv distribution, till exempel den minsta tillåtna storleken på butiken, kvalitetskrav för inrättandet av butiken (t.ex. med avseende på inredning, möbler, design, belysning och golvbeläggning), kvalitetskrav för webbplatsens utseende och funktion, krav på produktpresentation (t.ex. det minsta antalet färgalternativ som får visas intill varandra eller vid de produkter som visas och det minsta tillåtna utrymmet mellan

förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG, EUT L 60I, 2.3.2018, s. 1.

⁸⁹ Artikel 5 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/302 av den 28 februari 2018 om åtgärder mot omotiverad geoblockering och andra former av diskriminering på grund av kunders nationalitet, bosättningsort eller etableringsort på den inre marknaden och om ändring av förordningarna (EG) nr 2006/2004 och (EU) 2017/2394 samt direktiv 2009/22/EG, EUT L 60I, 2.3.2018, s. 1.

⁹⁰ Mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punkterna 36–37.

produkterna, produktsortimenten och varumärkena i butiken), omfattas av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.⁹¹

- (194) Vertikala avtal som omfattar en begränsning av användningen av en särskild kanal för onlineförsäljning, till exempel internetbaserade marknadsplatser, eller innehåller kvalitetsstandarder för försäljning online kan omfattas av gruppundantaget, oavsett vilket distributionssystem som används av leverantören, i den mån en sådan begränsning inte, direkt eller indirekt, enskilt eller i kombination med andra faktorer, syftar till att hindra köparna eller deras kunder från att använda internet på ett effektivt sätt för att sälja sina varor eller tjänster online eller från att använda en eller flera kanaler för onlineannonsering, så som förklaras i punkt 188 ovan. Dessa begränsningar påverkar inte en kategori av kunder som kan avgränsas bland alla möjliga kunder, och inte heller köparnas eller deras kunders möjligheter att driva sina egna webbplatser och göra reklam via prisjämförelseverktyg eller sökmotorer på internet som gör att köparna och deras kunder kan öka medvetenheten om sin onlineverksamhet och locka potentiella kunder. Såvida de inte har det indirekta syftet att förhindra en effektiv användning av internet för försäljning online utgör sådana försäljningsbegränsningar därför inte en begränsning av de geografiska områden eller de kundkategorier till vilka återförsäljarna eller deras kunder kan sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. Sådana gruppundantagna begränsningar omfattar i princip följande:
- (a) Ett direkt eller indirekt förbud mot försäljning på internetbaserade marknadsplatser.⁹²
 - (b) Ett krav på att köparen ska driva en eller flera fysiska butiker eller utställningshallar som ett villkor för att bli medlem av leverantörens distributionssystem.
 - (c) Ett krav på att köparen ska sälja avtalsvaror eller avtalstjänster till ett fastställt absolut belopp (i värde eller volym, men inte i proportion till köparens totala försäljning) utanför internet för att säkerställa att de fysiska butikerna drivs på ett effektivt sätt. 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 plats.
- (195) Ett krav på att samma köpare ska betala ett annat pris för produkter som är avsedda att säljas online än för produkter som är avsedda att säljas offline kan omfattas av safe harbour-reglerna i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, i den mån kravet syftar till att skapa incitament eller motivera de investeringar som gjorts online respektive offline. Denna prisskillnad bör spegla skillnaderna mellan de kostnader som uppstått för återförsäljarna i varje kanal på detaljhandelnivå. För detta ändamål bör skillnaden i grossistpris spegla de olika investeringar och kostnader som uppstått för en återförsäljare för att skapa incitament eller belöna återförsäljaren för den lämpliga nivå av investeringar som gjorts online respektive offline, eftersom denna prisskillnad sannolikt inte medför några effektivitetsfrämjande effekter om skillnaden i grossistpris inte har något samband

⁹¹ Fler exempel finns i Commission Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, 10.5.2017, punkt 241 (ej översatt till svenska).

⁹² Mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, punkterna 64–69, se även avsnitt 8.2.3 i dessa riktlinjer.

med skillnaderna mellan de kostnader som uppstått i varje kanal. Om skillnaden i grossistpris syftar till att förhindra att internet används på ett effektivt sätt för att sälja varor eller tjänster online utgör den därför en särskilt allvarlig begränsning, så som fastställs i punkt 188 i dessa riktlinjer. Detta skulle i synnerhet vara fallet om prisskillnaden medför att en effektiv användning av internet för försäljning online blir olönsam eller ekonomiskt ohållbar.

- (196) Begränsningar av onlineannonsering i vertikala avtal omfattas av gruppundantaget så länge de inte, direkt eller indirekt, syftar till att hindra köparna eller deras kunder från att använda internet för att sälja sina varor eller tjänster online, dvs. de innebär inte något direkt eller indirekt hinder mot att använda en eller flera specifika kanaler för onlineannonsering på ett effektivt sätt. Som exempel på begränsningar av onlineannonsering som gynnas av safe harbour-reglerna i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal kan nämnas ett krav på att onlineannonseringen ska uppfylla vissa kvalitetsstandarder eller omfattar ett specifikt innehåll eller specifik information, eller ett krav på att köparen inte ska använda tjänster av enskilda tillhandahållare av onlineannonsering som inte uppfyller vissa kvalitetsstandarder.

6.1.2.2. Skillnaden mellan aktiv och passiv försäljning

- (197) En begränsning av det geografiska område eller den kundkategori som en köpare eller dess kunder får sälja avtalsvaror eller avtalstjänster till kan gälla aktiv eller passiv försäljning till området eller kunderna. I artikel 11 och m i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal anges definitioner av aktiv och passiv försäljning.
- (198) I artikel 1 m i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal föreskrivs att försäljning till kunder som inte har sökts upp aktivt genom inrättande av en egen webbplats eller onlinebutik, oavsett om det gäller en egen server eller en tredjepartsserver, klassificeras som passiv försäljning, eftersom potentiella kunder kan söka upp en viss återförsäljare. Användningen av en webbplats kan ha verkningar som går utanför återförsäljarens geografiska område eller kundkategori, till exempel genom att göra det möjligt för kunder utanför återförsäljarens fysiska handelsområde att göra inköp online. Om en kund från ett visst geografiskt område eller en viss kundkategori utan att ha blivit aktivt uppsökt av en återförsäljare för det geografiska området eller kundkategorin besöker återförsäljarens webbplats och kontakter återförsäljaren, och om en sådan kontakt leder till en försäljning, inklusive leverans, betraktas detta som passiv försäljning, eftersom kundens åtkomst till återförsäljarens webbplats beror på kundens effektiva användning av internet. Detsamma gäller om en kund väljer att hålla sig automatiskt underrättad av återförsäljaren och om denna information leder till försäljning. På liknande sätt är användningen av tekniker för sökmotoroptimering på en webbplats, dvs. verktyg eller tekniker som förbättrar webbplatsens rangordning i sökmotorer, en form av passiv försäljning.
- (199) Om en webbplats eller onlinebutik har andra språkalternativ än det språk som vanligen talas i det geografiska område där återförsäljaren är etablerad visar detta vanligen att återförsäljarens verksamhet är inriktad mot det geografiska område där språket vanligen används och utgör därmed en form av aktiv försäljning.⁹³ Om en

⁹³ Se domarna i målen C-585/08 och C-144/09, Peter Pammer mot Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG och Hotel Alpenhof GesmbH mot Oliver Heller, ECLI:EU:C:2010:740, punkt 93.

webbplats eller onlinebutik har engelska som språkalternativ anses detta inte vara någon indikation på att återförsäljarens verksamhet är inriktad på engelsktalande länder, eftersom engelska ofta används i EU:s medlemsstater. Likaså betraktas inrättandet av en egen webbplats eller onlinebutik med ett domännamn som motsvarar ett annat geografiskt område än det där återförsäljaren är etablerad som en form av aktiv försäljning till det området, medan ett erbjudande av en webbplats eller onlinebutik med ett allmänt eller icke landsspecifikt domännamn anses vara en form av passiv försäljning.

- (200) Riktad annonsering eller marknadsföring online är en form av aktiv försäljning. Framför allt gör onlineannonsering i många fall att återförsäljaren kan bestämma i förväg vilken målgrupp som ska se annonseringen och därmed välja vilket geografiskt område eller vilken kundkategori som annonseringen ska riktas till. Riktad onlineannonsering som når kunder inom ett geografiskt område eller en kundkategori som tilldelats andra återförsäljare med ensamrätt kan därför vara begränsad. Detta omfattar till exempel personlig reklam som är inriktad på kunder inom det geografiska området eller kundkategorin eller budgivning för att optimera sökresultaten på en sökmotor med inriktning på ett geografiskt område eller en kundkategori, eller någon annan form av onlineannonsering som gör att återförsäljaren kan utforma annonseringen för att locka eller utesluta kunder i exklusiva områden eller kundkategorier. Annonsering eller marknadsföring online som är avsedd att nå kunder inom en återförsäljares eget geografiska område eller egen kundkategori, men som inte kan begränsas till det området eller den kundkategorin, anses i stället vara en form av passiv försäljning i den mån den inte är utformad för att söka upp kunder i särskilda områden eller kundkategorier. Exempel på sådan allmän annonsering är sponsrat innehåll på webbplatsen för en lokal eller nationell dagstidning som alla besökare kan komma åt, eller användningen av prisjämförelseverktyg med allmänna och inte landsspecifika domännamn. Omvänt, om sådan allmän annonsering görs på språk som inte används allmänt i det geografiska område där återförsäljaren är etablerad eller på webbplatser med domännamn som motsvarar ett annat geografiskt område än det område där återförsäljaren är etablerad, är detta en form av aktiv försäljning till det området, eftersom den inte längre är avsedd att nå kunder inom återförsäljarens eget område. Deltagande i offentlig upphandling kategoriseras som en form av passiv försäljning oavsett vilket typ av förfarande som används (t.ex. öppet förfarande, begränsat förfarande). Denna klassificering är förenlig med lagstiftningen om offentlig upphandling. Om deltagande i en offentlig upphandling hade klassificerats som aktiv försäljning skulle konkurrensen inom varumärken begränsas avsevärt på sådana marknader och därmed strida mot den logiska grunden för lagstiftningen om offentlig upphandling, vilken föreskriver att konkurrensen inom varumärken ska underlättas. Som en följd av detta är en begränsning av en köparens deltagande i offentlig upphandling en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. På liknande sätt utgör deltagande i privat anbudsinfordran en form av passiv försäljning. En privat anbudsinfordran är en form av frivillig försäljningsbegäran som riktar sig till flera möjliga leverantörer, och budgivning inom ramen för en privat anbudsinfordran är därför passiv försäljning.

- (201) Som fastställs i artikel 1.1 n i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, när det gäller begränsningar som utgör en ”begränsning av aktiv eller passiv försäljning” enligt artikel 4 i förordningen, betraktas alla former av försäljning förutom de som definieras som passiv försäljning i förordningen och som förklaras ytterligare i dessa riktlinjer som aktiv försäljning.

6.1.2.3. Tillämpning av de allmänna principerna

- (202) I artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal finns en förteckning över särskilt allvarliga begränsningar och undantag som är tillämpliga beroende på vilket distributionssystem som används av leverantören: ensamåterförsäljning, selektiv distribution eller fri distribution.

6.1.2.4. Om leverantören använder ett system med ensamåterförsäljning

- (203) Den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller avtal eller samordnade förfaranden som, direkt eller indirekt, har till syfte att begränsa det geografiska område där eller den kundkategori till vilken en köpare som har beviljats ensamrätt till det geografiska området eller kundkategorin får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna aktivt eller passivt.
- (204) Det finns fem undantag till den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (205) För det första innebär artikel 4 b (i) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att leverantören får begränsa en ensamåterförsäljares aktiva försäljning till ett geografiskt område eller en kundkategori som tilldelats exklusivt till andra köpare eller reserverats för leverantören. För att bevara deras investeringsincitament bör de auktoriserade återförsäljarna med ensamrätt skyddas mot aktiv försäljning, däribland onlineannonsering, till det geografiska område eller den kundkategori som tilldelats dem av leverantörens andra köpare inom unionen, däribland köpare som har tilldelats andra områden eller kundkategorier av leverantören. Om de begränsningar av aktiv försäljning som införts för andra av leverantörens köpare inte ger ett tillräckligt skydd för att bevara den auktoriserade återförsäljarens incitament att investera i det geografiska området och därmed motivera inrättandet av ett system med ensamåterförsäljning, kommer gruppundantaget sannolikt att återkallas.
- (206) Om en ensamåterförsäljares kunder säljer till ett geografiskt område eller en kundkategori som leverantören har tilldelat med ensamrätt till andra återförsäljare kan detta även undergräva de sistnämnda återförsäljarnas incitament att investera i tjänster av hög kvalitet eller tjänster för att öka efterfrågan. För att skydda investeringsincitamenten för auktoriserade återförsäljare med ensamrätt kan leverantören kräva att sådana andra återförsäljare, och deras kunder som har ingått ett distributionsavtal med leverantören eller med en part som har beviljats distributionsrättigheter av leverantören, hindras från att bedriva aktiv försäljning till det geografiska område eller den kundkategori som tilldelats med ensamrätt (dvs. överföra begränsningen av aktiv försäljning till köparens kunder).⁹⁴

⁹⁴ Överföringen är tillåten enligt gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om marknadsandelen för den leverantör som omfattas av avtalet på den marknad där leverantören säljer varorna eller tjänsterna till köparen inte överstiger 30 % och om köparens marknadsandel på den marknad där köparen köper avtalsvarorna eller avtalstjänsterna inte överstiger 30 %.

- (207) Leverantören får kombinera tilldelningen av ett exklusivt område och en exklusiv kundkategori genom att t.ex. utse en ensamåterförsäljare för en viss kundkategori i ett specifikt område.
- (208) Skyddet av exklusivt tilldelade områden eller kundkategorier är inte absolut. För att förhindra uppdelning av marknaden får passiv försäljning till sådana områden eller sådana kundkategorier inte förbjudas. Artikel 4 b i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller emellertid endast begränsningar av köparens eller dennes kunders försäljning, vilket innebär att leverantören inte är förhindrad att godta en fullständig eller partiell begränsning, både online och offline, av både aktiv och passiv försäljning till det exklusivt tilldelade området eller till (alla eller vissa av) de kunder som utgör en exklusiv kundkategori.
- (209) För det andra innebär artikel 4 b (ii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att en leverantör som kombinerar tillämpningen av ett system med ensamåterförsäljning och ett selektivt distributionssystem på olika geografiska områden kan begränsa möjligheterna för en köpare med ensamrätt att aktivt eller passivt sälja till icke auktoriserade återförsäljare inom ett område där leverantören driver ett selektivt distributionssystem, vilket innebär att leverantören antingen har utsett auktoriserade återförsäljare eller reserverat området för tillämpningen av ett sådant selektivt distributionssystem. Skyddet av det selektiva distributionssystemet sträcker sig till aktiv och passiv försäljning som bedrivs av kunderna till köparen med ensamrätt, vilka även kan hindras från att sälja till icke auktoriserade återförsäljare inom det selektiva distributionssystemet.
- (210) För det tredje ger artikel 4 b (iii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal en leverantör möjlighet att begränsa etableringsorten för den köpare som har tilldelats ett exklusivt område eller en exklusiv kundkategori (lokaliseringsklausul). Detta innebär att rätten att omfattas av gruppundantaget inte återkallas om det har avtalats att köparen kommer att begränsa sina försäljningsställen och lagerlokaler till en viss adress, plats eller ett visst område. Mobila försäljningsställen kan tilldelas ett område utanför vilket deras verksamhet inte får bedrivas. En återförsäljares användning av en egen webbplats kan inte anses vara jämförbar med öppningen av ett nytt försäljningsställe på en annan plats och kan därmed inte begränsas.⁹⁵
- (211) För det fjärde ger artikel 4 b (vi) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal en leverantör möjlighet att begränsa aktiv och passiv försäljning till slutanvändare av en grossist med ensamrätt, eftersom leverantören kan hålla grossistledet och detaljistledet åtskilda. Detta undantag utesluter emellertid inte möjligheten att tillåta att grossisten säljer till vissa slutanvändare (t.ex. några få stora), samtidigt som försäljning till samtliga (övriga) slutanvändare inte tillåts.
- (212) För det femte innebär artikel 4 b (v) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att en leverantör kan hindra en köpare av komponenter, till vilken komponenterna säljs för införlivande, från att återförsälja dem till leverantörens konkurrenter, vilka skulle använda dem för att tillverka samma typ av varor som de som tillverkas av leverantören. Med komponent avses alla mellanprodukter och med införlivande all användning av insatsvaror för att producera varor.

⁹⁵ Se domen i mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS* mot *Président de l’Autorité de la concurrence*, EU:C:2011:649, punkterna 56–57.

6.1.2.5. Om leverantören använder ett selektivt distributionssystem

- (213) Den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 c (i) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller avtal eller samordnade förfaranden som, direkt eller indirekt, har till syfte att begränsa det geografiska område där eller den kundkategori till vilken en selektiv återförsäljare får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna aktivt eller passivt.
- (214) Det finns fem undantag till den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 c (i) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (215) Det första undantaget gäller begränsningen av auktoriserade återförsäljares aktiva försäljning utanför det selektiva distributionssystemet. Det gör att leverantören kan begränsa aktiv försäljning, däribland onlineannonsering, som bedrivs av auktoriserade återförsäljare till andra geografiska områden eller kundkategorier som tilldelats exklusivt till en eller flera återförsäljare eller reserverats till leverantören. Leverantören kan kräva att begränsningen av aktiv försäljning till ett exklusivt område eller en exklusiv kundkategori förs vidare av köparen till dennes kunder som har ingått ett distributionsavtal med en leverantör eller med en part som har beviljats distributionsrättigheter av leverantören.
- (216) Det andra undantaget gör att en leverantör kan begränsa möjligheten för auktoriserade återförsäljare och deras kunder att sälja till icke auktoriserade återförsäljare i ett geografiskt område där leverantören använder ett selektivt distributionssystem, vilket innebär att leverantören antingen har utsett auktoriserade återförsäljare eller reserverat området för tillämpningen av ett sådant selektivt distributionssystem. Begränsningen kan omfatta aktiv eller passiv försäljning i alla handelsled.
- (217) Det tredje undantaget är att leverantören kan hindra auktoriserade återförsäljare från att bedriva sin verksamhet från andra lokaler eller från att öppna ett nytt försäljningsställe på en annan plats (lokaliseringsklausul). Detta innebär att rätten att omfattas av gruppundantaget inte återkallas om det har avtalats att köparen kommer att begränsa sina försäljningsställen och lagerlokaler till en viss adress, plats eller ett visst område. Mobila försäljningsställen kan tilldelas ett område utanför vilket deras verksamhet inte får bedrivas. En återförsäljares användning av en egen webbplats kan inte anses vara jämförbar med öppningen av ett nytt försäljningsställe på en annan plats och kan därmed inte begränsas.
- (218) Det fjärde undantaget ger en leverantör möjlighet att begränsa aktiv och passiv försäljning till slutanvändare av en auktoriserad grossist, eftersom leverantören kan hålla grossistledet och detaljistledet åtskilda. Detta undantag utesluter emellertid inte möjligheten att tillåta att grossisten säljer till vissa slutanvändare (t.ex. några få stora), samtidigt som försäljning till samtliga (övriga) slutanvändare inte tillåts.
- (219) Det femte undantaget ger en leverantör möjlighet att hindra en auktoriserad köpare av komponenter, till vilken komponenterna säljs för införlivande, från att återförsälja dem till leverantörens konkurrenter, vilka skulle använda dem för att tillverka samma typ av varor som de som tillverkas av leverantören. Med komponent avses alla mellanprodukter och med införlivande all användning av insatsvaror för att producera varor.
- (220) Den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 c (iii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal utesluter begränsningen av aktiv eller passiv försäljning av medlemmar i ett selektivt distributionsnät till slutanvändare,

oavsett om det gäller professionella slutanvändare eller konsumenter, utan att det påverkar möjligheten att förbjuda en medlem av nätverket att bedriva verksamhet från en icke auktoriserad etableringsort (se det tredje undantaget till artikel 4 c (i) och punkt 217 i dessa riktlinjer). Detta innebär att auktoriserade återförsäljare inte får begränsas när det gäller valet av användare, eller inköpsagenter som agerar på uppdrag av dessa användare, som de får sälja till, förutom för att skydda ett system med ensamåterförsäljning som bedrivs i ett annat geografiskt område (se det första undantaget till artikel 4 c (i) och punkt 215 i dessa riktlinjer). Inom ett selektivt distributionssystem bör de auktoriserade återförsäljarna ha rätt att sälja till alla slutanvändare, både aktivt och passivt.

- (221) Med tanke på att kanalerna för onlineförsäljning och offlineförsäljning har olika egenskaper får en leverantör som driver ett selektivt distributionssystem införa kriterier för onlineförsäljning för sina auktoriserade återförsäljare som inte är identiska med de som införts för försäljning i fysiska butiker, i den mån de kriterier som införts för onlineförsäljning inte, direkt eller indirekt, enskilt eller i kombination med andra faktorer, syftar till att hindra köparna eller deras kunder från att använda internet för att sälja sina varor eller tjänster online. En leverantör får till exempel fastställa särskilda krav för att säkerställa att tjänsterna uppfyller vissa kvalitetsstandarder för användare som handlar online, t.ex. inrättande och drift av en nätbaserad kundservice, krav på att täcka kostnaderna för kunder som lämnar tillbaka produkten eller användning av säkra betalningssystem. Dessa begränsningar påverkar inte en kategori av kunder som kan avgränsas bland alla möjliga kunder, och inte heller köparnas eller deras kunders möjligheter att driva sina egna webbplatser och göra reklam via internet på tredjepartsplattformar eller sökmotorer som gör att köparna och deras kunder kan öka medvetenheten om sin verksamhet på internet och locka potentiella kunder.
- (222) Ett selektivt distributionssystem kan inte kombineras med ett system med ensamåterförsäljning, enligt definitionen i artikel 1.1 g i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, inom samma geografiska område, eftersom detta skulle leda till en särskilt allvarlig begränsning av aktiv eller passiv försäljning till slutanvändare av de auktoriserade återförsäljarna enligt artikel 4 c (i) i förordningen. Leverantören får emellertid förbinda sig att endast leverera till en eller ett begränsat antal auktoriserade återförsäljare i en viss del av det område där det selektiva distributionssystemet används. Leverantören kan även förbinda sig att inte själv bedriva någon direkt försäljning till området. Enligt det andra undantaget till artikel 4 c (i) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal får leverantören dessutom införa en lokaliseringsklausul för sina auktoriserade återförsäljare.
- (223) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 c (ii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal avser en begränsning av korsvisa leveranser mellan auktoriserade återförsäljare i ett selektivt distributionssystem. Detta innebär att leverantören inte får förhindra aktiv eller passiv försäljning mellan sina auktoriserade återförsäljare, vilka måste få fortsätta att köpa in avtalsvarorna från andra auktoriserade återförsäljare inom nätverket som bedriver verksamhet i samma eller andra handelsled.⁹⁶ 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

⁹⁶

Se till exempel kommissionens beslut i mål AT.40182 Guess, punkterna 65–78.

även att inga begränsningar kan åläggas auktoriserade grossister inom ett selektivt distributionsnät i fråga om deras försäljning till auktoriserade återförsäljare.

6.1.2.6. Om leverantören använder ett fritt distributionssystem

- (224) Den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller avtal eller samordnade förfaranden som, direkt eller indirekt, har till syfte att begränsa det geografiska område där eller den kundkategori till vilken en köpare får sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna aktivt eller passivt.
- (225) Det finns fem undantag till den särskilt allvarliga begränsning som fastställs i artikel 4 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.
- (226) För det första innebär artikel 4 d (i) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att leverantören får begränsa en köpares aktiva försäljning, inbegripet onlineannonsering, till ett geografiskt område eller en kundkategori som reserverats för leverantören eller tilldelats med ensamrätt till andra köpare. Leverantören kan kräva att begränsningen av aktiv försäljning till ett exklusivt område eller en exklusiv kundkategori förs vidare av köparen till dennes kunder som har ingått ett distributionsavtal med en leverantör eller med en part som har beviljats distributionsrättigheter av leverantören. Skyddet av exklusivt tilldelade områden eller kundkategorier är emellertid inte absolut, eftersom passiv försäljning till sådana områden eller kundkategorier inte kan förbjudas.
- (227) För det andra innebär artikel 4 d (ii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal att leverantören kan begränsa möjligheterna för en köpares och dennes kunder att sälja aktivt eller passivt till icke auktoriserade återförsäljare i ett geografiskt område där leverantören använder ett selektivt distributionssystem eller som leverantören har reserverat för användning av ett sådant selektivt distributionssystem. Begränsningen kan omfatta aktiv eller passiv försäljning i alla handelsled.
- (228) För det tredje ger artikel 4 d (iii) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal en leverantör möjlighet att begränsa etableringsorten för en köpare (lokaliseringsklausul) Detta innebär att rätten att omfattas av gruppundantaget inte återkallas om det har avtalats att köparen kommer att begränsa sina försäljningsställen och lagerlokaler till en viss adress, plats eller ett visst område. Mobila försäljningsställen kan tilldelas ett område utanför vilket deras verksamhet inte får bedrivas. En återförsäljares användning av sin egen webbplats kan inte anses vara jämförbar med öppningen av ett nytt försäljningsställe på en annan plats och kan därmed inte begränsas.⁹⁷
- (229) För det fjärde ger artikel 4 d (vi) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal en leverantör möjlighet att begränsa aktiv och passiv försäljning till slutanvändare av en grossist, eftersom leverantören får hålla grossistledet och detaljistledet åtskilda. Detta undantag utesluter emellertid inte möjligheten att tillåta att grossisten säljer till vissa slutanvändare (t.ex. några få stora), och samtidigt förbjuda grossisten att sälja till andra slutanvändare.
- (230) För det femte ger artikel 4 d (v) i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal en leverantör möjlighet att hindra en köpare av komponenter, till vilken komponenterna

⁹⁷ Se domen i mål C-439/09 Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence, EU:C:2011:649, punkterna 56–57.

säljs för införlivande, från att återförsälja dem till leverantörens konkurrenter, vilka skulle använda dem för att tillverka samma typ av varor som de som tillverkas av leverantören. Med komponent avses alla mellanprodukter och med införlivande all användning av insatsvaror för att producera varor.

6.1.3. *Begränsning av försäljningen av reservdelar*

- (231) Den särskilt allvarliga begränsning som anges i artikel 4 e i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller avtal som hindrar eller begränsar slutanvändares, självständiga reparatörers, grossisters och tjänsteleverantörers tillgång till reservdelar direkt från tillverkaren. Ett avtal mellan en reservdelstillverkare och en köpare som införlivar dessa delar i sina egna produkter (t.ex. tillverkare av originalutrustning (OEM-tillverkare)), får varken direkt eller indirekt hindra eller begränsa OEM-tillverkarens försäljning av dessa reservdelar till slutanvändare, självständiga reparatörer, grossister eller tjänsteleverantörer. Indirekta begränsningar kan framför allt uppstå 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 emellertid innehålla begränsningar av leveranserna av reservdelar till de reparatörer eller tjänsteleverantörer som OEM-tillverkaren har anförtrott reparation eller underhåll av sina egna produkter. Detta innebär att OEM-tillverkaren kan kräva att få leverera reservdelar till det egna reparations- och servicenätet, antingen själv eller via andra medlemmar i dess selektiva distributionssystem om tillverkaren använder ett sådant system.

6.2. **Begränsningar som är undantagna från gruppundantagsförordningen för vertikala avtal**

- (232) Enligt artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är vissa skyldigheter i vertikala avtal undantagna från förordningens tillämpningsområde, oavsett om de tröskelvärden för marknadsandel som anges i artikel 3.1 i förordningen har överskridits eller ej. I artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal definieras skyldigheter för vilka det inte kan antas med tillräcklig visshet att de uppfyller villkoren i artikel 101.3. Det finns inte någon presumtion att de skyldigheter som anges i artikel 5 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattas av artikel 101.1 eller att de inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Undantagen för dessa skyldigheter från gruppundantagsförordningen för vertikala avtal innebär endast att de är föremål för en individuell bedömning enligt artikel 101. Till skillnad från artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är undantaget från gruppundantaget som föreskrivs genom artikel 5 i förordningen begränsat till den specifika skyldigheten om den skyldigheten inte kan avskiljas från resten av det vertikala avtalet. Detta innebär att den återstående delen av det vertikala avtalet fortfarande omfattas av gruppundantaget.

6.2.1. *Konkurrensklausuler med en giltighetstid som överstiger fem år*

- (233) Enligt artikel 5.1 a i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är konkurrensklausuler med en giltighetstid som överstiger fem år undantagna från gruppundantaget. Konkurrensklausuler är arrangemang som gör att köparen måste göra minst 80 % av sina totala inköp av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna och utbytbara varor eller tjänster hos leverantören eller hos ett annat företag som leverantören utsett, beräknat på grundval av inköpen under det föregående kalenderåret, enligt definitionen i artikel 1.1 e i gruppundantagsförordningen för

vertikala avtal. Detta innebär att köparen hindras från att köpa in konkurrerande varor eller tjänster eller att sådana inköp begränsas till mindre än 20 % av köparens totala inköp. Om det inte finns några relevanta uppgifter om köparens inköp under kalenderåret före ingåendet av det vertikala avtalet får köparens bästa uppskattning av de totala årliga behoven användas i stället. Verkliga inkösuppgifter bör emellertid användas så fort de finns tillgängliga.

- (234) Konkurrensklausuler omfattas inte av gruppundantaget om deras varaktighet är obegränsad eller överstiger fem år. Konkurrensklausuler som underförstått fortsätter att gälla efter femårsperiodens utgång omfattas av gruppundantaget under förutsättning att köparen kan omförhandla eller avsluta det vertikala avtal som omfattar skyldigheten med en rimlig uppsägningstid och till en rimlig kostnad, så att köparen på ett effektivt sätt kan byta leverantör när femårsperioden har löpt ut. Om det vertikala avtalet exempelvis innehåller en Konkurrensklausul med en varaktighet på fem år, och om 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.
- (235) Enligt artikel 5.2 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal gäller tidsgränsen på fem år inte om köparen säljer avtalsvarorna eller avtalstjänsterna ”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. 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 på ett rörligt försäljningsställe som leverantören äger eller hyr av en tredje part 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.

6.2.2. *Konkurrensklausuler som gäller efter det att avtalet löpt ut*

- (236) Enligt artikel 5.1 b, jämförd med artikel 5.3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, är Konkurrensklausuler som gäller för köparen efter det att avtalet löpt ut undantagna från förordningen, såvida inte klausulen är nödvändig för att skydda know-how som leverantören överfört till köparen, är begränsad till det försäljningsställe varifrån köparen har bedrivit verksamhet under avtalsperioden och är begränsad till en period om ett år. Detta är endast fallet om den know-how som överförts är väsentlig i den mening som avses i artikel 1.1 h i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Detta innebär att ifrågavarande know-how måste omfatta information som är betydelsefull och användbar för köparen när det gäller användning, försäljning eller återförsäljning av de varor eller tjänster som omfattas av avtalet.

6.2.3. *Konkurrensklausuler som ålagts medlemmar i ett selektivt distributionssystem*

- (237) I artikel 5.1 c i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal behandlas försäljningen av konkurrerande varor eller tjänster i ett selektivt distributionssystem. Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattar en kombination av selektiv distribution och en Konkurrensklausul, som ålägger auktoriserade återförsäljare att

inte sälja konkurrerande varumärken. Om leverantören hindrar sina auktoriserade återförsäljare, antingen direkt eller indirekt, från att köpa produkter för återförsäljning från en eller flera specifika konkurrerande leverantörer omfattas en sådan skyldighet emellertid inte av gruppundantaget. Syftet med att göra undantag för denna typ av skyldighet är att undvika en situation där ett antal leverantörer som använder samma försäljningsställen inom ett selektivt distributionssystem hindrar en eller flera specifika konkurrenter från att använda dessa försäljningsställen för att distribuera sina produkter. Ett sådant scenario skulle utgöra en utestängning av en konkurrerande leverantör genom en form av kollektiv bojkott.

6.2.4. *Paritetsklausuler*

- (238) Det fjärde undantaget från gruppundantaget, vilket fastställs i artikel 5.1 d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, gäller paritetsklausuler som införs av tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster för att köpare av dessa tjänster inte ska kunna erbjuda, sälja eller återförsälja varor eller tjänster till slutanvändare under mer gynnsamma förhållanden med användning av konkurrerande onlinebaserade förmedlingstjänster. Slut användarna kan vara företag eller slutkonsumenter. Villkoren kan gälla priser, lager, tillgänglighet eller andra villkor för erbjudande eller försäljning. Paritetsklausulen kan vara uttrycklig eller tillämpas med andra direkta eller indirekta metoder, däribland användningen av differentierad prissättning eller andra incitament eller åtgärder vars tillämpning beror på de villkor enligt vilka köparen av de onlinebaserade förmedlingstjänsterna erbjuder varor eller tjänster till slutanvändare med användning av konkurrerande tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster. Till exempel får en tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster ge köparna incitament att garantera paritet i förhållande till konkurrerande tillhandahållare av sådana tjänster genom att göra köparens varor eller tjänster mer synliga på sin webbplats eller genom att ta ut lägre provisionssatser.
- (239) Alla andra typer av paritetsklausuler omfattas av gruppundantaget i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. Detta omfattar till exempel paritetsklausuler vid detaljhandel avseende kanaler för direktförsäljning eller marknadsföring för leverantörer av varor eller tjänster (så kallad ”snäv paritet”), paritetsklausuler avseende de villkor enligt vilka varor eller tjänster erbjuds till företag som inte är slutanvändare samt paritetsklausuler avseende de villkor enligt vilka tillverkare, grossister eller detaljister köper varor eller tjänster som insatsvaror (se avsnitt 8.2.5 i dessa riktlinjer för bedömningen av paritetsklausuler i enskilda fall där gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte är tillämplig).

7. ÅTERKALLELSE OCH ICKE-TILLÄMPNING

7.1. Återkallelse av rätten att omfattas av gruppundantaget (artikel 29 i förordning (EG) nr 1/2003)

- (240) Kommissionen får återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget enligt artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 om den anser att ett vertikalt avtal på vilket gruppundantaget tillämpas i ett enskilt fall har verkningar som är oförenliga med artikel 101.3. Om ett sådant avtal i ett enskilt fall har verkningar som är oförenliga med artikel 101.3 inom en medlemsstats territorium, eller en del därav, som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad geografisk marknad får dessutom konkurrensmyndigheten i medlemsstaten även återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget enligt artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003. I artikel 29 i

förordning (EG) nr 1/2003 anges inte medlemsstaternas domstolar, vilka därför inte har befogenhet att återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget⁹⁸ såvida inte den berörda domstolen är en utsedd konkurrensmyndighet i en medlemsstat enligt artikel 35 i förordning (EG) nr 1/2003.

- (241) Kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna får återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget i två scenarier. För det första får de återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget om ett vertikalt avtal som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 *i sig självt* har verkningar på den relevanta marknaden som är oförenliga med artikel 101.3. För det andra får de även, såsom anges i skäl 18 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget om ett vertikalt avtal har verkningar *jämförda* med liknande avtal som ingåtts med konkurrerande leverantörer eller köpare. Detta beror på att parallella nät av liknande vertikala avtal kan få kumulativa effekter som är oförenliga med artikel 101.3. Begränsningen av tillträdet till den relevanta marknaden och begränsningen av konkurrens på denna är exempel på kumulativa effekter som kan motivera en återkallelse av rätten att omfattas av gruppundantaget.⁹⁹
- (242) Parallella nät av vertikala avtal anses liknande om de innehåller samma typ av begränsningar som ger liknande verkningar på marknaden. Sådana kumulativa effekter kan exempelvis uppstå i samband med delad ensamrätt eller selektiv distribution på grund av paritetsklausuler eller konkurrensklausuler. När det gäller selektiv distribution kan en situation med tillräckligt liknande parallella nät förekomma om vissa leverantörer på en viss marknad tillämpar rent kvalitativ selektiv distribution, medan andra leverantörer tillämpar kvantitativ selektiv distribution med liknande effekter på marknaden. Sådana kumulativa effekter kan även uppstå om parallella selektiva distributionsnät på en viss marknad tillämpar kvalitativa kriterier som utesluter återförsäljare. Under dessa förhållanden måste man vid bedömningen beakta de konkurrenshämmande effekter som kan hänföras till varje enskilt nät av avtal. Återkallelsen av rätten att omfattas av gruppundantaget får vid behov begränsas till särskilda kvalitativa kriterier eller särskilda kvantitativa kriterier som exempelvis begränsar antalet auktoriserade återförsäljare.
- (243) Det är enbart 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 101.1.¹⁰⁰ Därmed är de inte föremål för återkallelseförfarandet.¹⁰¹

⁹⁸ Medlemsstaternas domstolar får inte heller ändra gruppundantagets räckvidd genom att utvidga tillämpningsområdet till avtal som inte omfattas av gruppundantaget. En eventuell utvidgning skulle påverka på vilket sätt kommissionen utövar sin lagstiftande behörighet (dom i mål C-234/89 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, EU:C:1991:91, punkt 46).

⁹⁹ En kumulativ uteslutningseffekt är dock osannolik om de parallella näten av vertikala avtal omfattar mindre än 30 % av den relevanta marknaden, se punkt 10 i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

¹⁰⁰ Enskilda leverantörer eller återförsäljare med en marknadsandel som inte överstiger 5 % anses i allmänhet inte bidra i betydande utsträckning till en kumulativ uteslutningseffekt, se punkt 10 i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, och domen i mål C-234/89 Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, EU:C:1991:91, punkterna 24–27.

¹⁰¹ Bedömningen av ett sådant bidrag görs i enlighet med de kriterier som fastställs i verkställighetspolicyen i enskilda fall enligt avsnitt 8 i dessa riktlinjer.

- (244) Enligt artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 får kommissionen återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget på eget initiativ eller på grundval av ett klagomål. Detta innebär möjligheten för de nationella konkurrensmyndigheterna att begära att kommissionen ska återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget i ett visst fall, utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna om fördelning av ärenden och stöd inom det europeiska konkurrensnätverket,¹⁰² och utan att det påverkar deras egen återkallelsebefogenhet enligt artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003. Om minst tre nationella konkurrensmyndigheter begär att kommissionen ska tillämpa artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 i ett visst fall kommer kommissionen att diskutera ärendet inom ramen för europeiska konkurrensnätverket för att besluta om rätten att omfattas av gruppundantaget ska återkallas eller ej. I detta sammanhang kommer kommissionen att ta största möjliga hänsyn till synpunkterna från de nationella konkurrensmyndigheter som har begärt att kommissionen ska återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget för att i god tid komma fram till en slutsats om huruvida villkoren för en återkallelse i det specifika fallet är uppfyllda.
- (245) Det framgår av artikel 29.1 och 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003 att kommissionen har exklusiv behörighet att återkalla unionsomfattande rättigheter, eftersom den kan återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget när det gäller vertikala avtal som begränsar konkurrensen på en relevant geografisk marknad som är större än en enda medlemsstats territorium, medan de nationella konkurrensmyndigheterna endast kan återkalla sådana rättigheter i förhållande till sin respektive medlemsstats territorium.
- (246) En enskild nationell konkurrensmyndighets återkallelsebefogenhet gäller därför fall där den relevanta marknaden omfattar en enda medlemsstat, eller en region som är belägen uteslutande i respektive medlemsstat. I ett sådant fall har konkurrensmyndigheten i den aktuella medlemsstaten befogenhet att återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget när det gäller vertikala avtal som har verkningar som är oförenliga med artikel 101.3 på denna nationella eller regionala marknad. Detta är en parallell behörighet eftersom artikel 29.1 i gruppundantagsförordningen även ger kommissionen befogenhet att återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget när det gäller en nationell eller regional marknad, förutsatt att det vertikala avtalet i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstater.
- (247) Om flera enskilda nationella eller regionala marknader berörs kan flera behöriga nationella konkurrensmyndigheter återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget parallellt.
- (248) Det framgår av artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 att kommissionen, när den återkallar rätten att omfattas av gruppundantaget, har bevisbördan för att för det första bevisa att gruppundantagsförordningen är tillämplig på det aktuella vertikala avtalet, vilket innebär att det måste omfattas av artikel 101.1,¹⁰³ och för det andra att avtalet har verkningar som är oförenliga med artikel 101.3, vilket innebär att det inte

¹⁰² Se kapitel IV i förordning (EG) nr 1/2003.

¹⁰³ Om ett vertikalt avtal inte omfattas av artikel 101.1 enligt avsnitt 3 i dessa riktlinjer uppstår inte frågan om tillämpningen av gruppundantagsförordningen, eftersom gruppundantagsförordningen är avsedd att fastställa kategorier av vertikala avtal som normalt uppfyller villkoren i artikel 101.3, vilket förutsätter att ett vertikalt avtal omfattas av artikel 101.1, se den uttryckliga hänvisningen i artikel 101.3 avseende avtal, beslut och samordnade förfaranden, samt artikel 101.1.

uppfyller minst ett av de fyra villkoren i artikel 101.3.¹⁰⁴ Enligt artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003 ska samma krav tillämpas om en nationell konkurrensmyndighet återkallar rätten att omfattas av gruppundantaget när det gäller den egna medlemsstaten. När det gäller bevisbördan för att det andra kravet är uppfyllt krävs enligt artikel 29 att den behöriga konkurrensmyndigheten styrker att minst ett av de fyra villkoren i artikel 101.3 inte är uppfyllt.¹⁰⁵

- (249) Om kraven i artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 är uppfyllda får kommissionen återkalla rätten att omfattas av gruppundantaget i ett enskilt fall. En sådan återkallelse, och de krav som anges i de föregående punkterna, måste särskiljas från de avgöranden som görs i ett kommissionsbeslut i enlighet med kapitel III i förordning (EG) nr 1/2003. En återkallelse kan dock kombineras med t.ex. ett avgörande om en överträdelse och ett påförande av ett rättsmedel, och även med interimistiska åtgärder, vilket har skett i tidigare kommissionsbeslut.¹⁰⁶
- (250) Om kommissionen återkallar rätten att omfattas av gruppundantaget enligt artikel 29.1 i förordning (EG) nr 1/2003 ska den beakta att återkallelsen endast kan ha ex nunc-effekt, vilket innebär att avtalens status som undantagna inte påverkas förrän den dag då beslutet träder i kraft. Vid ett återkallande enligt artikel 29.2 i förordning (EG) nr 1/2003 måste de berörda nationella konkurrensmyndigheterna även beakta sina skyldigheter enligt artikel 11.4 i förordning (EG) nr 1/2003, särskilt att underrätta kommissionen om alla relevanta planerade beslut.

7.2. Förordning om att gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte är tillämplig (artikel 6 i gruppundantagsförordningen)

- (251) I enlighet med artikel 1a i befogenhetsförordningen får kommissionen genom förordning och med stöd av artikel 6 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal 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 riktas inte mot enskilda företag, utan gäller alla företag vars avtal uppfyller de villkor som fastställs i en förordning som avses i artikel 6 i gruppundantagsförordningen. Vid bedömningen av behovet av att anta en sådan förordning kommer kommissionen att överväga om en individuell återkallelse skulle vara en lämpligare åtgärd. Antalet konkurrerande företag som bidrar till en kumulativ effekt på en marknad och antalet geografiska marknader inom unionen som påverkas är två aspekter som är särskilt relevanta i bedömningen.

¹⁰⁴ Det räcker att kommissionen kan styrka att ett av de fyra villkoren i artikel 101.3 inte är uppfyllt. Detta beror på att alla fyra villkor måste vara uppfyllda för att undantaget enligt artikel 101.3 ska kunna tillämpas.

¹⁰⁵ Kravet enligt artikel 29 i förordning (EG) nr 1/2003 avseende den behöriga konkurrensmyndighetens bevisbörda följer av den situation där gruppundantagsförordningen inte är tillämplig och ett företag åberopar artikel 101.3 i ett enskilt fall. I en sådan situation ligger bevisbördan hos företaget enligt artikel 2 i förordning (EG) nr 1/2003 för att påvisa att alla fyra villkor i artikel 101.3 är uppfyllda. För detta ändamål måste företaget styrka sina påståenden, se t.ex. kommissionens beslut i AT.39226 Lundbeck, vilket fastställdes genom domarna i mål T-472/13 Lundbeck mot kommissionen, EU:T:2016:449 och mål C-591/16 P Lundbeck mot kommissionen.

¹⁰⁶ Kommissionen har använt sin befogenhet att återkalla rätten att omfattas av ett av de tidigare tillämpliga gruppundantagsförordningarna i kommissionens beslut av den 25 mars 1992 (interimistiska åtgärder) och av den 23 december 1992 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget i mål IV/34.072 – Mars/Langnese och Schöller, vilket fastställdes genom domen i mål C-279/95 P Langnese-Iglo mot kommissionen, EU:C:1998:447, och kommissionens beslut av den 4 december 1991 (interimistiska åtgärder) och av den 4 december 1991 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget i mål IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

- (252) Kommissionen kommer att överväga antagandet av en förordning enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen om det är sannolikt att liknande begränsningar som omfattar mer än 50 % av den relevanta marknaden märkbart begränsar tillträdet till marknaden eller konkurrensen på denna. Detta kan särskilt vara fallet om parallella 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 tjänsterna eller som diskriminerar vissa former av distribution av dessa varor eller tjänster. Vid 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. Enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal är kommissionen emellertid inte skyldig att vidta åtgärder om marknadstäckningsgraden på 50 % överskrids.
- (253) En förordning som antas enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen medför att gruppundantagsförordningen inte längre är tillämplig på de begränsningar och marknader som berörs, och att artikel 101.1 och 101.3 därför ska tillämpas fullt ut.
- (254) I förordningar som avses i artikel 6 i gruppundantagsförordningen ska ett tydligt tillämpningsområde anges. Kommissionen måste därför först definiera en eller flera relevanta produktmarknader och geografiska marknader och i ett andra steg identifiera vilken typ av vertikal begränsning som inte längre ska omfattas av gruppundantagsförordningen. När det gäller den senare aspekten kan kommissionen anpassa förordningens tillämpningsområde till de konkurrensproblem som förordningen är avsedd att åtgärda. Till exempel kan kommissionen vid fastställandet av marknadstäckningsgraden på 50 % beakta alla parallella nät av avtal som endast rör ett enda varumärke och samtidigt begränsa tillämpningsområdet för en förordning som antas enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen till 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. Om företag på en viss marknad använder selektiv distribution i kombination med ytterligare begränsningar, såsom konkurrensklausuler eller kvantitetsbegränsningar, kan en förordning som antas enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen endast avse dessa ytterligare begränsningar. Om det är lämpligt kan kommissionen även 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.
- (255) Enligt artikel 1a i befogenhetsförordningen ska en förordning som antas enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfatta en övergångsperiod på minst sex månader innan den börjar gälla. Denna period ska göra det möjligt för de berörda företagen att anpassa sina vertikala avtal på ett lämpligt sätt.
- (256) En förordning som antas enligt artikel 6 i gruppundantagsförordningen påverkar inte de berörda avtalens status som undantagna under perioden innan den förordningen börjar gälla.

8. TILLÄMPNING I ENSKILDA FALL

8.1. Analysstruktur

- (257) Om den safe harbour-regel som föreskrivs i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal inte är tillämplig på ett vertikalt avtal är det relevant att undersöka om

det vertikala avtalet, i det enskilda fallet, 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, i synnerhet särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar, finns det inte någon presumtion om att vertikala avtal som inte omfattas av gruppundantagsförordningen på grund av att tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids omfattas av artikel 101.1 eller inte uppfyller villkoren i artikel 101.3. Sådana avtal kräver en individuell bedömning. Avtal som antingen 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.

- (258) Enligt artikel 1.2 i förordning (EG) nr 1/2003 behöver företag inte anmäla ett vertikalt avtal för att omfattas av ett individuellt undantag enligt artikel 101.3. Om kommissionen gör en individuell granskning kommer bevisbördan för att det vertikala avtalet i fråga strider mot artikel 101.1 att ligga hos kommissionen. Det åligger de företag som åberopar bestämmelserna i artikel 101.3 att visa att villkoren i bestämmelserna 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.
- (259) Bedömningen av om ett vertikalt avtal har till resultat att konkurrensen begränsas kommer att göras genom att jämföra situationen på den relevanta marknaden med de vertikala begränsningarna med den situation som skulle råda om det vertikala 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 negativa effekter på priser, produktion, innovation, utbud av varor och tjänster samt varornas eller tjänsternas kvalitet kan förväntas med en rimlig grad av sannolikhet på den relevanta marknaden. De sannolika negativa effekterna på konkurrensen måste vara märkbara.¹⁰⁷ Märkbara konkurrenshämmande effekter är mer sannolika när minst en av avtalsparterna har eller erhåller en viss grad av marknadsstyrka och avtalet bidrar till att skapa, upprätthålla eller förstärka denna marknadsstyrka eller ger avtalsparterna möjlighet att utnyttja den. Marknadsstyrka 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 eller innovation ligga under den nivå som råder vid normala konkurrensförhållanden. Det krävs i regel en mindre grad av marknadsstyrka 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.

8.1.1. *Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.1*

- (260) Vid bedömningen av enskilda vertikala avtal mellan företag med marknadsandelar över tröskelvärdet på 30 % genomför kommissionen en fullständig undersökning 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.

¹⁰⁷ Se avsnitt 3.1 i dessa riktlinjer.

- (b) Parternas marknadsställning.
 - (c) Konkurrenternas marknadsställning (föregående och efterföljande marknadsled).
 - (d) Den marknadsställning som innehas av köparna av avtalsvarorna eller avtalstjänsterna.
 - (e) Det handelsled som påverkas.
 - (f) Produktens beskaffenhet.
 - (g) Marknadens dynamik.
- (261) Andra faktorer kan också beaktas beroende på om de är av betydelse för bedömningen av det berörda vertikala avtalet.
- (262) Enskilda faktorerers betydelse kan variera beroende på omständigheterna i ärendet. Om parterna till exempel har en stor marknadsandel är det i allmänhet ett tecken på marknads-makt, men om inträdeshindren är låga kan marknads-makten vara tillräckligt begränsad genom faktiska eller potentiella marknadsinträden. Det är därför inte möjligt att ge bestämda allmänna tillämplighetsregler för betydelsen av enskilda faktorer.
- (263) Vertikala avtal kan vara utformade på många olika sätt. Därför är det viktigt att analysera avtalets art genom att fastställa vilka begränsningar det innehåller, begränsningarnas varaktighet och hur stor procentandel av den totala försäljningen på marknaden (i det efterföljande ledet) som påverkas av begränsningarna. Det kan vara nödvändigt att gå djupare än till de villkor som uttryckligen fastställs i avtalet. Förekomsten av underförstådda begränsningar kan framgå av det sätt på vilket parterna tillämpar avtalet och de incitament de ställs inför.
- (264) Parternas marknadsställning ger en uppfattning om leverantörens, köparens eller båda parternas eventuella marknads-makt. Ju större marknadsandel desto större är sannolikt marknads-makten. 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 affärs-läget osv.), inneha viktiga patent, ha en överlägsen teknik, vara varumärkesledare eller ha en överlägsen portfölj. Graden av produkt-differentiering kan också vara en relevant indikator för förekomsten av marknads-makt.
- (265) Konkurrenternas marknadsställning är också viktig. Ju starkare konkurrenternas marknadsställning och ju 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. Det är även viktigt att bedöma om det finns effektiva och lägliga motstrategier som konkurrenterna sannolikt skulle använda. Om antalet företag på marknaden är förhållandevis litet och deras marknadsställningar (i fråga om t.ex. storlek, kostnader och FoU-potential) är jämförbara kan vertikala begränsningar emellertid öka risken för samverkan. Fluktuerande eller snabbt föränderliga marknadsandelar är i allmänhet ett tecken på stark konkurrens.
- (266) Den marknadsställning som innehas av avtalsparternas kunder i efterföljande led ger en fingervisning om huruvida en eller flera kunder har någon köp-makt. Det är kundens andel av köpmarknaden som är det primära tecknet på en sådan köp-makt. Denna andel återspeglar hur viktig kundens efterfrågan är för de eventuella leverantörerna. Andra indikatorer gäller kundens ställning på den

återförsäljningsmarknad där den är aktiv, däribland faktorer som en stor geografisk spridning av kundens försäljningsställen, egna varumärken och kundens varumärkesimage hos slutkunderna. Under vissa omständigheter kan köparmakt förhindra att ett annars problematiskt vertikalt avtal skadar konsumenterna. Detta gäller särskilt när starka kunder har kapacitet och incitament att föra in nya leverantörer på marknaden vid en liten men bestående höjning av relativpriserna.

- (267) 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. I allmänhet kan inträdeshindren sägas vara låga när de etablerade aktörernas utövande av marknads-makt kan förväntas förhindras eller urholkas av ett faktiskt och troligt inträde inom ett eller två år. Inträdeshinder kan vara följden av en mängd faktorer, såsom stordriftsfördelar (inklusive nätverkseffekter från flersidiga företag), offentliga regleringar (särskilt avseende exklusiva rättigheter), statligt stöd, importtariffer, immateriella rättigheter, ägande av resurser där tillgången är begränsad (till exempel på grund av naturliga begränsningar), oundgängliga resurser, fördelen av att vara först på marknaden samt konsumenternas varumärkeslojalitet som skapats genom intensiv reklam under en längre tid. Frågan om huruvida vissa av dessa omständigheter bör definieras som inträdeshinder beror framför allt på om de omfattar oåterkalleliga kostnader. Oåterkalleliga kostnader är kostnader som är nödvändiga för att träda in på eller utöva verksamhet på en marknad, men som inte kan krävas tillbaka 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 använda det någon annanstans utan förlust. Om inträdet kräver höga oåterkalleliga kostnader kan hotet om hård konkurrens från de etablerade aktörerna efter inträdet avskräcka från inträde, eftersom potentiella nya aktörer inte kan motivera risken att förlora sina oåterkalleliga investeringar. Inträdeshinder kan antingen förekomma endast på leverantörs- eller köarnivå eller på båda nivåerna.
- (268) Eftersom ett inträde i regel kräver åtminstone vissa oåterkalleliga kostnader är den verkliga konkurrensen i allmänhet effektivare och väger tyngre än den potentiella konkurrensen vid bedömningen av ett ärende.
- (269) Vertikala begränsningar och vertikal integration kan också utgöra ett inträdeshinder genom att tillträdet till marknaden försvåras och (potentiella) konkurrenter utestängs. En konkurrensklausul som knyter återförsäljare till en leverantör kan t.ex. ha en betydande utestängningseffekt om etableringen av egna återförsäljare medför oåterkalleliga kostnader för den potentiella nya aktören.
- (270) Handelsledet avser skillnaden mellan mellanprodukter eller tjänster i mellanledet samt slutprodukter eller tjänster i slutledet. Mellanprodukter eller tjänster i mellanledet säljs till företag för att användas som insatsvaror för att producera andra varor eller tjänster och kan i allmänhet inte kännas igen i slutprodukten eller tjänsten i slutledet. Köpare av mellanprodukter eller tjänster i mellanledet är i regel upplysta kunder som kan bedöma kvaliteten och som därför är mindre beroende av varumärkesimagen. Slutprodukter eller tjänster i slutledet säljs, direkt eller indirekt, till slutkunder, som ofta förlitar sig mer på varumärke och image.
- (271) Produktens art spelar en roll i fråga om slutprodukten eller tjänsten i slutledet vid bedömningen av de sannolika negativa såväl som de sannolika positiva effekterna. Vid bedömningen av de sannolika negativa effekterna har det stor betydelse om varorna eller tjänsterna som säljs på marknaden är mer eller mindre likartade eller

snarare differentierade, om produkten är dyr och 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.

- (272) Marknadens dynamik måste bedömas noggrant från fall till fall. På vissa dynamiska marknader kan potentiella negativa effekter av vissa vertikala begränsningar vara oproblematiske, eftersom konkurrensen mellan varumärken från dynamiska och innovativa konkurrenter fungerar som en tillräcklig begränsning. I andra fall kan vertikala begränsningar ge en etablerad aktör på en dynamisk marknad en varaktig konkurrensfördel och därmed medföra långsiktiga effekter för konkurrensen. Detta kan vara fallet om en vertikal begränsning hindrar konkurrenter från att dra nytta av nätverkseffekter eller när en marknad är benägen att tippa.
- (273) Vid bedömningen av en särskild vertikal begränsning enligt artikel 101 kan andra faktorer också behöva beaktas. Det kan handla om kumulativa effekter till följd av marknadstäckningen för andra leverantörers liknande avtal, om avtalet är ”påtvingat” i den bemärkelse att främst en avtalspart är föremål för begränsningar eller skyldigheter, eller ”överenskommet” i den bemärkelse att båda avtalsparterna godtar begränsningar eller skyldigheter, offentliga regleringar och beteenden som kan tyda på eller underlätta samverkan såsom prisledarskap, förhandsanmällda prisändringar och prisdiskussioner, prisstelhet vid alltför stor kapacitet, prisdiskriminering samt tidigare samverkan.

8.1.2. *Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.3*

- (274) Begränsande vertikala avtal kan även medföra konkurrensfrämjande effekter i form av effektivitetsvinster, vilka kan uppväga deras konkurrenshämmande effekter. En sådan bedömning görs inom ramen för artikel 101.3, som innehåller ett individuellt undantag från det förbud som fastställs i artikel 101.1. För att detta undantag ska vara tillämpligt måste det vertikala avtalet uppfylla följande fyra villkor: i) avtalet måste medföra objektiva ekonomiska fördelar, ii) konkurrensbegränsningarna ska vara nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinsterna, iii) konsumenterna ska få en skälig andel av dessa effektivitetsvinster, och iv) avtalet får inte ge parterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna eller tjänsterna i fråga.¹⁰⁸
- (275) Enligt artikel 101.3 görs bedömningen av vertikala avtal i det sammanhang där de faktiskt förekommer¹⁰⁹ och på grundval av sakförhållandena vid en viss tidpunkt. Bedömningen kan ändras om det sker betydande förändringar av sakförhållandena. Det individuella undantag som fastställs i artikel 101.3 gäller så länge de fyra villkoren är uppfyllda och upphör att gälla när detta inte längre är fallet.¹¹⁰ Vid tillämpning av artikel 101.3 i enlighet med dessa principer måste hänsyn tas till de investeringar som avtalsparterna gjort samt till den tid det tar och de begränsningar som krävs för att sätta i verket och ta igen en effektivitetsfrämjande investering.
- (276) Enligt det första villkoret i artikel 101.3 krävs en bedömning av vilka de objektiva fördelarna är när det gäller effektivitetsvinster som det vertikala avtalet ger upphov till. I detta hänseende kan vertikala avtal ofta bidra till effektivitetsvinster, vilket

¹⁰⁸ Se Meddelande från kommissionen – Tillkännagivande – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 101, 27.4.2004, s. 97.

¹⁰⁹ Se domen i de förenade målen 25/84 och 26/84 Ford EU:C:1985:340, punkterna 24 och 25.

¹¹⁰ Se till exempel kommissionens beslut 1999/242/EG (ärenden nr IV/36.237 – *TPS*), EGT L 90, 2.4.1999, s. 6. Det förbud som fastställs i artikel 101.1 gäller endast så länge avtalet har till syfte att begränsa konkurrensen eller till resultat att konkurrensen begränsas.

förklaras i avsnitt 2.1 i dessa riktlinjer, genom att avtalsparterna kan förbättra sitt sätt att driva kompletterande verksamheter.

- (277) Vid bedömningen av om begränsningen är nödvändig enligt det andra villkoret i artikel 101.3 kommer kommissionen framför allt att granska om en enskild begränsning gör det möjligt att producera, köpa och/eller (återför-)sälja avtalsprodukterna effektivare än vad som skulle varit fallet utan den berörda begränsningen. Vid bedömningen måste hänsyn tas till marknadsvillkoren och den verklighet som avtalsparterna 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 inte skulle ge samma effektivitetsvinster. 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.
- (278) Enligt det tredje villkoret i artikel 101.3 ska konsumenterna få en skälig andel av fördelarna. Detta innebär att konsumenterna av de varor eller tjänster som köps och/eller (återför-)säljs enligt det vertikala avtalet åtminstone måste kompenseras för avtalets negativa effekter.¹¹¹ Med andra ord måste effektivitetsvinsterna helt uppväga den negativa påverkan som det vertikala avtalet sannolikt har på priser, produktion och andra relevanta faktorer.
- (279) Enligt det fjärde villkoret i artikel 101.3 får det vertikala avtalet inte ge avtalsparterna möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna eller tjänsterna i fråga. Detta förutsätter en analys av det återstående konkurrenstrycket på marknaden och avtalets inverkan på sådana återstående konkurrenskillor. Vid bedömningen av detta villkor ska förhållandet mellan artikel 101.3 och artikel 102 beaktas. Enligt fast rättspraxis får tillämpningen av artikel 101.3 inte hindra tillämpningen av artikel 102.¹¹² 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 detta undantag tillämpas på begränsande vertikala avtal som utgör missbruk av dominerande ställning.¹¹³ Detta villkor innebär att vertikala avtal inte får 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. Ett begränsande avtal som upprätthåller, skapar eller stärker en marknadsställning som börjar närma sig en monopolställning kan i regel inte motiveras med att det även leder till effektivitetsvinster.

¹¹¹ 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.

¹¹² Se domen i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, EU:C:2000:132, punkt 130. På samma sätt hindrar tillämpningen av artikel 101.3 inte tillämpningen av fördragets regler om fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Dessa bestämmelser kan under vissa omständigheter tillämpas på avtal, beslut och samordnade förfaranden enligt artikel 101.1; se angående detta domen i mål C-309/99 *Wouters*, EU:C:2002:98, punkt 120.

¹¹³ Se angående detta domen i mål T-51/89 *Tetra Pak (I)*, EU:T:1990:41. 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.

8.2. **Analys av särskilda vertikala begränsningar**

- (280) De föregående delarna av dessa riktlinjer, särskilt del 6, innefattar vägledning om bedömningen av vertikala begränsningar som uppgår till särskilt allvarliga begränsningar enligt artikel 4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal, uteslutna begränsningar enligt artikel 5 i samma förordning och relaterade begränsningar. I följande punkter ges vägledning om andra specifika vertikala begränsningar. När det gäller vertikala begränsningar som inte specifikt tas upp i dessa riktlinjer kommer kommissionen att hantera dessa vertikala begränsningar enligt samma principer med beaktande av de relevanta faktorer som anges i denna del 8 av dessa riktlinjer.

8.2.1. *Avtal om försäljning av ett enda varumärke*

- (281) I gruppen avtal om försäljning av ett enda varumärke ingår sådana avtal vars huvudsyfte är att köparen ska vara skyldig eller förmås att koncentrera sina beställningar av en viss produkt till en enda leverantör. Detta krav finns bland annat i konkurrens- och kvantitetsbegränsningsklausuler 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 faktiskt inte kommer att köpa och återförsälja eller införliva konkurrerande varor eller tjänster. Kvantitetsbegränsningar som åläggs köparen är en lindrigare form av konkurrensklausul där incitament eller skyldigheter som överenskommits mellan leverantören och köparen innebär att den sistnämnda i stor utsträckning ska 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.
- (282) 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 mellan varumärken i butikerna. Sådana begränsande effekter har en direkt inverkan på konkurrensen mellan varumärken.
- (283) Avtal om försäljning av ett enda varumärke undantas med stöd av gruppundantagsförordningen om varken köparens eller leverantörens marknadsandel överstiger 30 % och om en tidsgräns på fem år gäller för konkurrensklausulen. Om tröskelvärde för marknadsandelar eller tidsfristen på fem år överskrids omfattas avtal om försäljning av ett enda varumärke inte längre av gruppundantaget och måste därför bedömas individuellt. I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av enskilda ärenden där tröskelvärde för marknadsandelar eller tidsfristen på fem år överskrids.
- (284) Avtal om försäljning av ett enda varumärke kan leda till konkurrenshämmande avskärmning särskilt om det, utan avtalet, skulle 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 fråga¹¹⁴. Leverantörens marknadsställning är av stor betydelse för bedömningen av eventuella konkurrenshämmande effekter av avtal om försäljning av ett enda varumärke.

- (285) 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 del av dess marknadsandel som säljs inom ramen för ett avtal om försäljning av ett enda varumärke och/eller ju längre avtalet gäller, desto större än sannolikheten för betydande utestängning. 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.
- (286) 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 särskilt 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 omfattas av gruppundantagsförordningen individuellt 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.
- (287) 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

¹¹⁴ Dom i mål T-65/98 Van den Bergh Foods mot Europeiska kommissionen, EU:T:2003:281, punkterna 104 och 156.

lönsam verksamhet beror det sannolikt på andra faktorer än avtal om försäljning av ett enda varumärke, till exempel konsumenternas preferenser.

- (288) 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 skapa sina egna integrerade distributionsnätverk eller hitta alternativa köpare för sin produkt. Det finns dock ofta inträdeshinder, såväl i produktions- som distributionsledet.
- (289) Utjämnande marknadsmakt 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. Om 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.
- (290) Slutligen är "handelsledet" relevant. 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. 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 uppbunden.
- (291) 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 sitt eget grossistsystem. Huruvida inträdeshindren är låga beror delvis på vilken typ av grossistsystem leverantören effektivt kan etablera. På en marknad där grossistverksamhet kan fungera effektivt med endast den produkt som berörs av avtalet (t.ex. glass) ligger det i tillverkarens intresse att inrätta ett eget grossistsystem, och denne kommer sannolikt inte att utestängas från marknaden. På en marknad där det är mer effektivt att sälja ett helt produktsortiment i parti (till exempel frysta livsmedel) är det däremot inte effektivt för en tillverkare som endast säljer en produkt att upprätta en egen grossistverksamhet. Utan tillgång till etablerade grossister kommer tillverkaren sannolikt att utestängas från marknaden. I det fallet kan konkurrenshämmande effekter uppstå. Kumulativa effekter kan uppstå även om flera leverantörer knyter till sig de flesta tillgängliga grossisterna.
- (292) I fråga om slutprodukter är det i allmänhet mer sannolikt att utestängning förekommer på detaljistnivå, med tanke på de betydande inträdeshindren för de flesta tillverkare som vill öppna försäljningsställen enbart för sina egna produkter. Dessutom är det på detaljistnivå som avtal om försäljning av ett enda varumärke kan leda till minskad konkurrens mellan varumärken i butikerna. Därför kan betydande konkurrenshämmande effekter uppkomma i fråga om slutprodukter på detaljistnivå, 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.

- (293) En kumulativ utestängningseffekt kan uppstå också på detaljnivå. Om 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 %.
- (294) 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.
- (295) 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.
- (296) Om det konstateras att märkbara konkurrenshämmande effekter kommer att uppstå väcks frågan om ett eventuellt undantag enligt artikel 101.3. För avtal med konkurrensklausuler kan de effektivitetsvinster som beskrivs i led b (snålskjuts mellan leverantörer), e och f (hold-up-problem) samt (i) (imperfektioner på kapitalmarknaden) i punkt 14 i dessa riktlinjer vara särskilt relevanta.
- (297) I händelse av en effektivitetsvinst som beskrivs i punkterna 14 b, 14 e och 14 (i) i dessa riktlinjer kan en kvantitetsbegränsning som åläggs köparen vara ett mindre begränsande alternativ. En konkurrensklausul kan vara det enda möjliga sättet att uppnå en effektivitetsvinst enligt punkt 14 f i dessa riktlinjer (hold-up-problem i samband med överföring av know-how).
- (298) Om leverantören gör avtalsspecifika investeringar (se punkt 14 e i dessa riktlinjer) medför ett avtal med konkurrensklausuler 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 konkurrensklausul som gäller längre än fem år. En avtalsspecifik investering skulle till exempel kunna föreligga när leverantören installerar eller anpassar utrustning, om denna utrustning efteråt endast kan användas 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.
- (299) 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 14 (i) i dessa riktlinjer). 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.

- (300) Överföring av väsentlig know-how (punkt 14 f i dessa riktlinjer) berättigar i allmänhet en konkurrensklausul under leveransavtalets hela löptid, exempelvis i samband med franchising.

- (301) 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 effektivitetsvinsterna 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. Effektivitetsvinsterna 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.

- (302) Exempel på kvantitetsbegränsningar

Tillverkare X innehar en marknadsandel på 40 % och 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, och 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 uppsägningsvillkor. 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 effektivitetsvinsterna 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.

8.2.2. *Exklusiva leverantörsavtal*

- (303) Exklusiva leverantörsavtal avser bestämmelser som gör leverantören skyldig eller förmår denne att sälja avtalsprodukter endast eller huvudsakligen till en köpare, antingen i allmänhet eller för ett visst användningsområde. Sådana begränsningar kan ha formen av exklusiva leverantörsavtal, som ålägger leverantören att endast sälja till en köpare för återförsäljning eller ett visst användningsområde, men det kan även 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 denna köpare. Med exklusiv leverans av mellanprodukter och tjänster i mellanledet avses ofta leveranser för industriella ändamål.
- (304) Exklusiva leverantörsavtal undantas med stöd av gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om varken leverantörens eller köparens marknadsandel överstiger tröskelvärdet på 30 %, 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.
- (305) 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 särskilt punkt 113 i dessa riktlinjer). 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 utesluter andra köpare från tillgången till leveranser. Köparens betydelse i det efterföljande marknadsledet är dock den viktigaste faktorn för att avgöra 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 om 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 utestängningseffekter 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 sannolikt få betydande konkurrenshämmande effekter.

- (306) Det är inte endast köparens marknadsställning i det föregående och efterföljande marknadsledet som är viktig, utan även i vilken omfattning och hur länge det exklusiva leverantörsavtalet tillämpas. Ju större andel av leveranserna som är bunden och ju längre tid det exklusiva leverantörsavtalet varar, desto mer betydande blir sannolikt utestängningseffekten. 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.
- (307) De konkurrerande köparnas marknadsställning i det föregående marknadsledet är också viktig, eftersom det är sannolikt att exklusiva leverantörsavtal kommer att utestänga konkurrerande köpare av konkurrenshämmande orsaker, t.ex. på grund av ökade kostnader, särskilt om de är betydligt mindre än den avskärmande köparen. Utestängning av konkurrerande köpare är inte särskilt sannolik om konkurrenterna har ett motsvarande marknadsinflytande som den köpande avtalsparten 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.
- (308) Förekomsten av inträdeshinder på leverantörsnivå, såväl som deras storlek, är relevanta för att bedöma 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.
- (309) Leverantörernas utjämnande marknadsmakt bör också beaktas, eftersom viktiga leverantörer inte lättvindigt kommer att låta en köpare skära av dem från alternativa köpare. Utestängning utgör därför främst en risk om leverantörerna är svaga och köparna starka. Om leverantörerna är starka kan exklusiva leverantörsavtal påträffas i kombination med avtal med konkurrensklausuler. En sådan kombination aktualiserar de regler som utvecklats för 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.

- (310) Slutligen är handelsledet och produktens karaktär relevanta för att bedöma den eventuella utestängningseffekten. 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 efterfrågan från slutkonsumenterna, 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 sistnämnda inte har en dominerande ställning i det efterföljande marknadsledet.
- (311) Effektivitetsvinster kan förväntas om ett hold-up-problem föreligger (punkterna 14 e och 14 f i dessa riktlinjer). Sådana effektivitetsvinster är mer sannolika i fråga om mellanprodukter än för slutprodukter. Andra effektivitetsvinster är mindre sannolika. Det förefaller inte sannolikt att eventuella stordriftsfördelar inom distributionen (punkt 14 g i dessa riktlinjer) motiverar exklusiva leverantörsavtal.
- (312) 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.

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 ta fram en ny version av komponenten, med hjälp av egen know-how och betydande investeringar i nya maskiner och med hjälp av specifikationer som tillhandahållits av köpare B. B kommer att behöva göra betydande investeringar för att integrera 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 effektivitetsvinsterna 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 %, men andra komponentleverantörer 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.

8.2.3. Begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser

- (313) Onlinebaserade marknadsplatser är onlineplattformar som för samman säljare och potentiella konsumenter i syfte att möjliggöra direktköp. Onlineplattformar som inte erbjuder någon direkt köpfunktion, utan omdirigerar konsumenterna till andra webbplatser där varor och tjänster kan köpas betraktas inte som onlinebaserade marknadsplatser i den mening som avses i dessa riktlinjer, utan som reklamplattformar.
- (314) Onlinebaserade marknadsplatser har blivit en viktig försäljningskanal för leverantörer och detaljister, som får tillgång till ett stort antal konsumenter, och för slutanvändare. Onlinebaserade marknadsplatser kan ge detaljister möjlighet att börja sälja online med lägre startinvesteringar. De kan dessutom underlätta gränsöverskridande försäljning och öka synligheten för detaljister, särskilt små och medelstora, som inte driver sin egen nätbutik eller är välkända för slutanvändare.
- (315) Leverantörer kan vilja begränsa sina köparens användning av onlinebaserade marknadsplatser¹¹⁵, t.ex. för att skydda varumärkesprofilen och varumärkespositioneringen, förhindra försäljning av förfälskade produkter, säkerställa tillräckliga tjänster före och efter försäljning eller säkerställa att återförsäljaren upprätthåller en direkt relation med konsumenterna. Begränsningarna kan handla om ett totalt förbud mot att använda sig av onlinebaserade marknadsplatser eller vissa kvalitativa krav som marknadsplatsen måste uppfylla. Leverantörerna får exempelvis förbjuda användningen av marknadsplatser där produkterna säljs via auktion, eller kräva att köparna använder specialiserade marknadsplatser, för att säkerställa vissa miljö kvalitetsstandarder och parametrar för försäljningen av sina varor och tjänster. Vissa kvalitativa krav kan *de facto* förbjuda användningen av onlinebaserade marknadsplatser om ingen marknadsplats kan uppfylla kravet, till exempel om leverantören kräver att marknadsplatsens logotyp inte ska synas eller att domännamnet för en webbplats som används av detaljisten ska innehålla namnet på detaljistens företag.
- (316) En begränsning av försäljning på onlinebaserade marknadsplatser i ett vertikalt avtal undantas från gruppundantagsförordningen för vertikala avtal om leverantörens och köparens marknadsandelar underskrider 30 % och det vertikala avtalet inte innefattar några särskilt allvarliga begränsningar enligt gruppundantagsförordningen eller uteslutna begränsningar enligt gruppundantagsförordningen som inte kan skiljas från resten av det vertikala avtalet. Som fastställs i artikel 1 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och i avsnitt 6.1.2 i dessa riktlinjer avser en begränsning av eller ett förbud mot försäljning på onlinebaserade marknadsplatser det sätt på vilket köparen bedriver nätförsäljning och begränsar inte försäljningen till ett specifikt territorium eller en specifik konsumentgrupp. Även om användningen av en specifik onlinekanal begränsas har köparen fortfarande tillgång till andra onlinekanaler¹¹⁶. Köparen får till exempel, trots en begränsning av eller ett förbud mot försäljning på onlinebaserade marknadsplatser, fortfarande sälja

¹¹⁵ Slutlig rapport om utredningen av e-handelsbranschen, COM(2017) 229 final, den 10 maj 2017, avsnitt 4.4.

¹¹⁶ Dom i mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, punkterna 64–69.

avtalsvarorna eller avtalstjänsterna genom sin egen webbplats och använda nätreklamkanaler för att locka kunder till sin webbplats¹¹⁷.

- (317) Begränsningar av nätförsäljning som direkt eller indirekt har till syfte att hindra köparen eller dess kunder från att använda internet i syfte att sälja sina varor eller tjänster på nätet utgör en särskilt allvarlig begränsning i den mening som avses i artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och en begränsning av artikel 101.1 genom syfte, men en begränsning av användningen av onlinebaserade marknadsplatser kan generellt gynnas av den säkerhet som gruppundantagsförordningen ger. Som fastställs i punkt 194 har en begränsning av användningen av onlinebaserade marknadsplatser i allmänhet inte någon inverkan på en grupp av nätanvändare som kan avgränsas inom gruppen av nätköpare. Den hindrar inte köparen från att sälja avtalsvarorna eller avtalstjänsterna genom sin egen webbplats, att under vissa omständigheter bedriva marknadsföring via internet på tredjepartsplattformar eller att använda sökmotorer för att locka till sig kunder till sin webbplats. Den utgör därför inte någon särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal i den mån den inte hindrar köparna eller deras kunder från att använda internet på ett effektivt sätt för att sälja online.
- (318) I återstoden av detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser i enskilda fall där tröskelvärdet överskrider 30 %. De allmänna principer som anges i avsnitt 8.1 utgör den relevanta ramen för denna bedömning. Begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser för försäljning till områden eller kundkategorier som en annan köpare förbehållit sig själv eller har tilldelats exklusivt till andra återförsäljare utgör ett system med ensamåterförsäljning och bör bedömas tillsammans med det systemet.
- (319) Begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser införs ofta för selektiva distributionssystem. I avsnitt 4.6.2 anges de kriterier enligt vilka ett selektivt distributionssystem inte omfattas av artikel 101.1, nämligen då i) återförsäljare väljs utifrån objektiva kriterier av kvalitativ karaktär, vilka fastställs på ett enhetligt sätt för alla potentiella återförsäljare och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, ii) avtalsvarornas eller avtalstjänsternas kännetecken fordrar ett selektivt distributionsnätverk för att bevara deras kvalitet och säkerställa att de handhas på ett riktigt sätt och iii) de fastställda kriterierna inte går utöver vad som är nödvändigt¹¹⁸. Särskilt i fall där leverantören inte ingår ett avtal med den onlinebaserade marknadsplatsen, och därmed inte har möjlighet att säkerställa att marknadsplatsen uppfyller urvalskriterierna, kan en begränsning eller ett förbud mot användningen av onlinebaserade marknadsplatser uppfylla ovan nämnda kriterier och därmed vara lämpligt och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att bevara kvaliteten och säkerställa att avtalsvarorna eller avtalstjänsterna handhas på ett riktigt sätt. Om en leverantör inkluderar operatören av en onlinebaserad marknadsplats som en auktoriserad återförsäljare i sitt selektiva distributionssystem, eller, om leverantören begränsar användningen av onlinebaserade marknadsplatser för vissa auktoriserade återförsäljare men inte för andra, eller om leverantören begränsar användningen av en onlinebaserad marknadsplats, men själv använder

¹¹⁷ Dom i mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, punkterna 52–54.

¹¹⁸ Dom i mål C-230/16 Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzente GmbH ECLI:EU:C:2017:941, punkterna 24–36.

marknadsplatsen för att distribuera avtalsvaror eller avtalstjänster, skulle begränsningar av användningen av sådana onlinebaserade marknadsplatser sannolikt inte uppfylla kraven på nödvändighet och lämplighet.

- (320) De möjliga riskerna för konkurrensen till följd av begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser är minskad konkurrens mellan varumärken på distributionsnivån och utestängning av distributörer, särskilt små och medelstora, till den grad att distributörerna berövas en potentiellt viktig försäljningskanal.
- (321) För att bedöma de möjliga konkurrenshämmande effekterna av begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser är det nödvändigt att först bedöma graden av konkurrens mellan varumärken. Som fastställs i avsnitt 8.1.1 i dessa riktlinjer kan tillräcklig konkurrens mellan varumärken i princip mildra eventuell förlust av konkurrens inom varumärken. Leverantören och dess konkurrenters marknadsställningar bör därför beaktas. För det andra måste hänsyn tas till typen och omfattningen av begränsningarna av användningen av onlinebaserade marknadsplatser. Till exempel är ett förbud mot all försäljning via onlinebaserade marknadsplatser mer begränsande än en begränsning av användningen av särskilda onlinebaserade marknadsplatser eller ett krav på att endast använda marknadsplatser som uppfyller vissa kvalitativa kriterier. För det tredje bör hänsyn tas till den relativa betydelsen av de begränsade onlinebaserade marknadsplatserna som en försäljningskanal på de relevanta produktmarknaderna och geografiska marknaderna. Slutligen måste hänsyn tas till den kumulativa effekten av andra begränsningar av onlineförsäljning eller marknadsföring online som införs av leverantören.
- (322) Enligt vad som fastställs i punkt 314 i dessa riktlinjer kan begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser leda till effektivitetsvinster, särskilt med koppling till säkerställandet av varumärkesskydd eller en viss nivå av tjänstekvalitet eller minskade möjligheter till förfalskning. Om begränsningarna inte redan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1 måste bedömningen ta hänsyn till om sådana effektivitetsvinster kan uppnås genom mindre begränsande åtgärder, i linje med villkoren i artikel 101.3. Detta skulle kunna vara fallet om onlinebaserade marknadsplatserna gör att detaljisterna kan skapa sin egen varumärkesbutik på marknadsplatsen. Kvalitetsrelaterade motiveringar som förs fram av leverantören kommer sannolikt inte att uppfylla villkoren i artikel 101.3 om leverantören själv använder de onlinebaserade marknadsplatser som omfattas av begränsningarna eller om leverantören inför begränsningar för vissa leverantörer men inte andra, eller om marknadsplatsens operatör själv är en auktoriserad medlem av selektiva distributionssystemet.

8.2.4. *Begränsning av användningen av prisjämförelseverktyg*

- (323) Prisjämförelseverktyg, till exempel webbplatser eller appar för prisjämförelse, ger detaljister möjlighet att öka sin synlighet och skapa trafik till sin webbplats. De kan även ge konsumenter möjlighet att hitta detaljister samt jämföra olika produkter och erbjudanden för samma produkt. Prisjämförelseverktyg ökar prisöppenheten och intensifierar den faktiska och potentiella konkurrensen mellan varumärken mellan detaljister.
- (324) Till skillnad från onlinebaserade marknadsplatser erbjuder prisjämförelseverktyg vanligtvis inte någon köp- och säljfunktion, utan omdirigerar i stället kunder till återförsäljarens webbplats där en direkt transaktion mellan kunden och

återförsäljaren kan göras¹¹⁹. Prisjämförelseverktyg är därför inte en separat kanal för onlineförsäljning, utan snarare en kanal för onlineannonsering.

- (325) Leverantörer kan vilja begränsa användningen av prisjämförelseverktyg¹²⁰, till exempel för att skydda sin varumärkesimage, eftersom prisjämförelseverktyg vanligtvis är inriktade på pris och inte alltid gör det möjligt för detaljister att urskilja sig genom andra funktioner, såsom sortiment eller kvaliteten på avtalsvarorna eller avtalstjänsterna. Andra skäl till att begränsa användningen av prisjämförelseverktyg kan vara att minska möjligheten till förfalskning eller för att skydda den affärsmodell som de använder, till exempel specialisering eller kvalitet snarare än pris.
- (326) Begränsningar av användningen av prisjämförelseverktyg kan sträcka sig från ett direkt eller indirekt förbud till begränsningar på grundval av kvalitetskrav eller krav om att inkludera specifikt innehåll i de erbjudanden som marknadsförs av prisjämförelseverktyget. Till exempel kan en begränsning av tillhandahållandet av prisinformation till prisjämförelseverktygen, ett krav om att inhämta tillstånd från leverantören innan prisjämförelseverktyget används eller en begränsning av användningen av leverantörens varumärke i prisjämförelseverktyget utgöra ett indirekt förbud mot att använda prisjämförelseverktyg.
- (327) Begränsningar av användningen av prisjämförelseverktyg kan öka konsumentens sökkostnader och därmed minska konkurrensen om detaljhandelspriset. Precis som med andra begränsningar av onlinemarknadsföring kan begränsningar av köparens möjligheter att använda prisjämförelseverktyg begränsa köparen från att sälja till kunder som befinner sig utanför dess fysiska handelsområde och som önskar handla på nätet. Om användningen av prisjämförelseverktyg i ett vertikalt avtal förhindras begränsas köparens möjligheter att rikta in sig på potentiella kunder, informera dem om sina erbjudanden och hänvisa dem till sin webbplats. Så länge användningen av prisjämförelseverktyg i sig inte utgör en riktad form av marknadsföring, enligt vad som anges i punkt 200 i dessa riktlinjer, kan ett förhållande av att använda prisjämförelseverktyg som en kanal för onlineannonsering begränsa den passiva försäljningen till kunder som önskar handla på nätet och befinner sig utanför återförsäljarens fysiska handelsområde. Detta utgör en särskilt allvarlig begränsning enligt artikel 4 b–d i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal. De huvudsakliga riskerna för konkurrenshämmande effekter i detta fall är uppdelning av marknaden, vilket kan underlätta prisdiskriminering, och minskad konkurrens inom varumärken. Om begränsningen däremot är begränsad till användningen av prisjämförelseverktyg för att rikta in sig på kunder i ett område eller en kundkategori som en annan köpare har tilldelats exklusivt eller som förbehållits andra återförsäljare (ensamåterförsäljaravtal), till exempel om prisjämförelseverktyget är på ett språk som vanligtvis inte används eller har ett domännamn som inte används i det område där köparen är etablerad, omfattas begränsningen av undantaget i artikel 4 b i i gruppundantagsförordningen.
- (328) Begränsningar av användningen av prisjämförelseverktyg som inte direkt eller indirekt förhindrar att de används, till exempel krav på att prisjämförelseverktygen

¹¹⁹ I dessa riktlinjer avser prisjämförelseverktyg onlineplattformar där användare inte kan slutföra en köpransaktion på plattformen. Plattformar där användare kan slutföra köpransaktioner på plattformen betraktas som onlinebaserade marknadsplatser i dessa riktlinjer. Begränsningar av användningen av onlinebaserade marknadsplatser tas upp i avsnitt 8.2.3 i dessa riktlinjer.

¹²⁰ Slutlig rapport om utredningen av e-handelsbranschen, COM(2017) 229 final, den 10 maj 2017, avsnitt B.4.5.

ska uppfylla vissa kvalitetsstandarder, begränsar inte försäljningen till kunder i ett specifikt område eller en specifik kundkategori, utan bestämmer snarare försäljningsmetoderna och omfattas därmed av gruppundantaget i gruppundantagsförordningen. Följande vägledning tillhandahålls för bedömningen av sådana begränsningar i fall där gruppundantagsförordningen inte gäller.

- (329) Begränsningar av användningen av prisjämförelseverktyg införs ofta för selektiva distributionssystem. I avsnitt 4.6.2 i dessa riktlinjer fastställs kriterierna enligt vilka ett selektivt distributionssystem omfattas av tillämpningsområdet för artikel 101.1. Det är emellertid inte sannolikt att ett förhinder av användningen av prisjämförelseverktyg kommer att vara lämpligt eller nödvändigt för att bevara kvaliteten eller säkerställa att avtalsvarorna eller avtalstjänsterna handhas på ett riktigt sätt, eftersom dessa verktyg vanligtvis omdirigerar potentiella kunder till den auktoriserade återförsäljarens webbplats för att genomföra köpet. Leverantören kan kontrollera återförsäljarens webbplats genom sina urvalskriterier och genom att ålägga krav i sitt vertikala avtal med återförsäljaren.
- (330) Begränsningar av användningen av prisjämförelseverktyg som inte direkt eller indirekt förhindrar att de används, t.ex. ett krav på att endast använda prisjämförelseverktyg som uppfyller vissa kvalitetsstandarder kan, om de inte omfattas av gruppundantagsförordningen, väsentligt begränsa köparens möjligheter att använda sig av prisjämförelseverktyg. I sådana fall kan en bedömning behöva göras för att se om begränsningen medför effekter liknande de som följer av ett förhinder av användningen av prisjämförelseverktyg, dvs. skada för kunden i form av ökade sökkostnader för kunden och minskad priskonkurrens eller uppdelning av marknaden, vilket kan leda till prisdiskriminering och i slutändan påverka konkurrensen mellan varumärken och möjligen även konkurrensen inom varumärken. Sådana begränsningar kan även begränsa konkurrensen inom varumärken om en leverantör inte inför begränsningar för alla sina återförsäljare eller om leverantören själv använder sig av de prisjämförelseverktyg som omfattas av begränsningarna. Om återförsäljarna hindras från att använda sig av en potentiellt viktig nätmarknadsföringskanal skulle de endast utöva ett begränsat konkurrenstryck på leverantören eller andra återförsäljare som inte omfattas av denna begränsning.
- (331) Relevanta faktorer för bedömning enligt artikel 101.1 innefattar leverantörens och dess konkurrenters marknadsställningar, prisjämförelseverktygens betydelse som marknadsföringskanal på produktmarknaderna och de geografiska marknaderna för avtalsvarorna eller avtalstjänsterna, begränsningarnas typ och omfattning samt den relativa betydelsen av ett specifikt prisjämförelseverktyg vars användning har begränsats eller förbjudits, samt om leverantören även inför begränsningar för återförsäljarens möjligheter att använda sig av andra former av nätmarknadsföring. Den kumulativa effekten av sådana andra begränsningar med begränsningen av användningen av prisjämförelseverktyg bör beaktas.
- (332) Enligt vad som fastställs i punkt 323 i dessa riktlinjer kan begränsningar av användningen av prisjämförelseverktyg leda till effektivitetsvinster, särskilt med koppling till säkerställandet av varumärkesskydd eller en viss nivå av tjänstekvalitet eller minskade möjligheter till förfalskning. I linje med villkoren i artikel 101.3 ska bedömningen ta hänsyn till huruvida sådana effektivitetsvinster även skulle kunna uppnås genom mindre begränsande åtgärder. Detta skulle kunna vara fallet om prisjämförelseverktyget även tillhandahåller jämförelser eller recensioner med avseende på de berörda varornas eller tjänsternas kvalitet, kundtjänsten, återförsäljarens pålitlighet eller andra funktioner som återförsäljaren erbjuder. I

bedömningar av kvalitetsrelaterade motiveringar enligt artikel 101.3 bör hänsyn tas till att försäljningen inte sker genom själva prisjämförelseverktyget, utan på återförsäljarens webbplats, som, på grundval av det återförsäljaravtal som ingåtts med leverantören, bör uppfylla leverantörens kvalitetskrav.

8.2.5. *Paritetsklausuler*

- (333) Paritetsklausuler, även kallade klausuler om mest gynnade nation eller paritetsavtal som omfattar flera plattformar, kräver att en leverantör av varor och tjänster erbjuder dem till en annan part på villkor som inte är mindre fördelaktiga än de villkor som leverantören erbjuder vissa andra parter eller i vissa andra kanaler. Villkoren kan gälla priser, lager, tillgänglighet eller andra villkor för erbjudande eller försäljning. Avtalet kan vara uttryckligt eller tillämpas med andra direkta eller indirekta medel, såsom differentierade priser eller andra incitament eller åtgärder vars tillämpning beror på de villkor på vilka leverantören erbjuder sina varor eller tjänster till vissa parter eller i vissa kanaler.
- (334) Paritetsklausuler som införs av leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster (t.ex. marknadsplatser eller prisjämförelseverktyg) och som avser de villkor på vilka varor eller tjänster erbjuds till slutanvändare (slutkonsumenter eller andra företag) hänvisas vanligtvis till som paritetsklausuler på detaljistnivå. För att denna typ av avtal ska fungera effektivt måste den leverantör av varor och tjänster som godtar avtalet i allmänhet kunna kontrollera priset och andra villkor på vilka dess varor eller tjänster erbjuds till detaljistkanaler som omfattas av avtalet. Liknande paritetsklausuler kan användas av leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster i föregående marknadsled avseende de villkor på vilka varor eller tjänster erbjuds till företag som inte är slutanvändare (t.ex. detaljister). Paritetsklausuler som används av köpare innefattar skyldigheter som införts av tillverkare, grossister eller detaljister med avseende på de villkor på vilka de köper in insatsvaror från leverantörer.
- (335) En ytterligare åtskillnad gäller de kanaler som omfattas av paritetsklausulen. Avtalet kan avse försäljningskanaler som bedrivs av en leverantör av varor eller tjänster (direkta kanaler), kanaler som drivs av tredje parter (indirekta kanaler) eller alla kanaler. Paritetsklausuler som enbart avser direkta kanaler kallas ofta ”snäva”, medan de som avser alla kanaler ofta kallas för ”breda”.
- (336) Med undantag av paritetsklausuler på detaljistnivå som omfattar flera plattformar som definieras i artikel 5.1.d i gruppundantagsförordningen gäller gruppundantaget för alla typer av paritetsklausuler inom ramen för vertikala avtal, förutsatt att leverantörens och köparens marknadsandel inte överskrider 30 %. Följande vägledning tillhandahålls för bedömningen av paritetsklausuler på detaljistnivå som omfattar flera plattformar enligt definitionen i artikel 5.1 d i gruppundantagsförordningen och för andra typer av paritetsklausuler i enskilda fall där tröskelvärdet för marknadsandelar överskrids.

8.2.5.1. Paritetsklausuler på detaljistnivå som omfattar flera plattformar

- (337) Paritetsklausuler på detaljistnivå som förmår en köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster att inte erbjuda, sälja eller återsälja varor eller tjänster till slutanvändare till mer fördelaktiga villkor med hjälp av onlinebaserade förmedlingstjänster, enligt vad som anges i artikel 5.1 d i gruppundantagsförordningen, har större sannolikhet att skapa konkurrenshämmande nettoeffekter än andra typer av paritetsklausuler. Paritetsklausuler på detaljistnivå som omfattar flera plattformar kan begränsa konkurrensen på följande sätt:

- (a) De kan minska konkurrensen eller underlätta samverkan mellan leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster. I synnerhet är det mer sannolikt att en leverantör som inför denna typ av paritetsklausul kommer att kunna höja priset eller minska kvaliteten på sina förmedlingstjänster utan att förlora marknadsandelar. Oavsett priset eller kvaliteten på tjänsterna är säljare av varor eller tjänster som väljer att använda dess plattform skyldiga att erbjuda villkor på plattformen som är minst lika fördelaktiga som de villkor som de erbjuder på konkurrerande plattformar.
 - (b) De kan förhindra tillträde eller expansion av nya eller mindre leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster genom att begränsa deras möjligheter att erbjuda köpare och slutanvändare differentierade kombinationer av priser och tjänster.
- (338) Vid bedömningen av denna typ av paritetsklausul är huvudfaktorerna andelen köpare av de onlinebaserade förmedlingstjänsterna som omfattas av avtalet, basbeteendet hos köpare av de onlinebaserade förmedlingstjänsterna och slutanvändare (hur många förmedlingsplattformar de använder sig av), marknadsställningen för den leverantör som inför avtalet och dess konkurrenter, förekomsten av hinder för tillträde till den relevanta marknaden för onlinebaserade förmedlingstjänster och effekten av direktförsäljning genom de köpare som köper tjänsterna.
- (339) Andelen köpare av de onlinebaserade förmedlingstjänsterna som omfattas av paritetsklausulerna och basbeteendet hos dessa köpare är viktiga faktorer, eftersom de kan tyda på att en leverantörs paritetsklausuler begränsar konkurrensen när det gäller en andel av efterfrågan som överstiger leverantörens marknadsandel. En tillhandahållare av onlinebaserade förmedlingstjänster kan till exempel innehålla en andel på 20 % av de totala transaktioner som gjorts med hjälp av sådana tjänster, medan de köpare för vilken den ålägger paritetsklausuler som omfattar flera plattformar kan – eftersom de använder sig av flera plattformar – stå för mer än 50 % av de totala plattformstransaktionerna. I sådana fall begränsar leverantörens paritetsklausuler konkurrensen med avseende på mer än hälften av den totala relevanta efterfrågan.
- (340) Köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster har ofta flera baser för att nå konsumenter med endast en bas (som endast använder en plattform) och inte växlar mellan plattformar. Flera baser för köpare uppmuntras genom plattformsaaffärsmodeller genom vilka köparen endast behöver betala för att använda sig av förmedlingstjänsten när den skapar en transaktion. Så som förklaras ovan kan flera baser för köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster öka andelen total efterfrågan på sådana tjänster som påverkas av en leverantörs paritetsklausuler. För det andra kan en enda bas för slutanvändare betyda att varje leverantör av förmedlingstjänster kontrollerar tillgången till en viss grupp av slutanvändare. Detta kan öka leverantörens förhandlingskraft och dess förmåga att införa paritetsklausuler.
- (341) De begränsande effekterna av paritetsklausuler på detaljistnivå över flera plattformar kommer generellt att ha störst inverkan då de används av en eller flera ledande leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster. Om leverantörerna har en liknande affärsmodell kommer paritetsklausulerna sannolikt att minska utrymmet för avbrott i modellen. Denna typ av skyldighet kan också ge marknadsledaren möjlighet att bevara sin ställning gentemot mindre leverantörer.
- (342) Marknader för tillhandahållande av onlinebaserade förmedlingstjänster kännetecknas ofta av betydande hinder för tillträde och expansion, vilket kan förvärra de negativa

effekterna av paritetsklausulerna. Dessa marknader innebär ofta positiva indirekta nätverkseffekter: nya eller mindre leverantörer av sådana tjänster som har svårt att locka till sig köpare på grund av att deras plattformar ger tillgång till för få slutanvändare. Om slutanvändarna är slutkonsumenter kan även varumärkeslojalitet, embssystem och inlåsningsstrategier från utsedda leverantörer av förmedlingstjänster skapa hinder.

- (343) Köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster får även sälja sina varor eller tjänster direkt till slutanvändare. Sådana direktförsäljningar kan hindra leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster från att höja priserna på sina tjänster. Därför är det nödvändigt att bedöma andelen försäljning av förmedlade varor eller tjänster som görs genom de direkta och indirekta kanalerna, och dessa kanalers utbytbarhet, utifrån varu- och tjänsteleverantörernas och slutanvändarnas perspektiv.
- (344) Paritetsklausuler på detaljistnivå som omfattar flera plattformar kan ge upphov till märkbara begränsande effekter om de införs för köpare som utgör en betydande andel av den totala efterfrågan på de relevanta onlinebaserade förmedlingstjänsterna. Om en kumulativ effekt uppstår kommer de begränsande effekterna generellt att tillskrivas paritetsklausulerna för de leverantörer vars marknadsandel överstiger 5 %.
- (345) Paritetsklausuler på detaljistnivå kan i princip även införas av detaljister med avseende på de villkor på vilka en leverantörs varor eller tjänster erbjuds till slutanvändare av konkurrerande detaljister. Om denna typ av paritetsklausul avser priser krävs det i allmänhet att leverantören av varorna eller tjänsterna som godtar avtalet inför en minsta prisbindning för de konkurrerande detaljister som omfattas av avtalet. Prisbindning är en särskilt allvarlig begränsning i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal och en begränsning genom syfte enligt artikel 101.1. Om företagen kan genomföra sådana paritetsklausuler på detaljistnivå i överensstämmelse med reglerna om lägsta prisbindning omfattas avtalen av gruppundantaget. Om tröskelvärde för marknadsandelar för gruppundantag överskrids gäller den vägledning som tillhandahålls i punkterna 337–344 i tillämpliga delar.

8.2.5.2. Paritetsklausuler på detaljistnivå avseende direkta försäljningskanaler

- (346) Paritetsklausuler på detaljistnivå som införs av leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster och som avser de villkor på vilka köpare av tjänsterna kan erbjuda varor eller tjänster till slutanvändare via sina direkta försäljningskanaler ("snäv" paritet) förhindrar sådana köpare från att förmå slutanvändare att byta till den direkta kanalen genom att erbjuda mer fördelaktiga villkor (prisunderskridande). På vissa villkor, särskilt om konkurrensen när det gäller tillhandahållandet av onlinebaserade förmedlingstjänster är begränsad, kan snäva paritetsklausuler ge leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster möjlighet att upprätthålla ett högre pris för sina tjänster, vilket leder till högre detaljistpriser för förmedlade varor eller tjänster i alla försäljningskanaler. Vid bedömningen av denna typ av begränsning omfattar de relevanta faktorerna marknadsställningen för den leverantör som inför paritetsklausulen, den relativa storleken på de direkta försäljningskanaler som omfattas av avtalet, de direkta och indirekta försäljningskanalernas utbytbarhet utifrån varu- eller tjänsteleverantörernas och slutanvändarnas perspektiv samt huruvida begränsningarna införs av flera leverantörer av förmedlingstjänster (kumulativa effekter).
- (347) Paritetsklausuler som avser kanaler för direktförsäljning kan dessutom, under vissa villkor, indirekt ge upphov till begränsande effekter motsvarande de som skapas av

paritetsklausuler på detaljistnivå över flera plattformar. I princip kan en köpare av onlinebaserade förmedlingstjänster som omfattas av en snäv paritetsklausul på detaljistnivå variera sina erbjudanden mellan de förmedlingsplattformar som den använder (flera baser). För att göra detta måste köparen emellertid erbjuda villkor i sina direkta kanaler som inte är mer fördelaktiga än de villkor som den erbjuder på den dyraste förmedlingsplattform med vilken den har ett paritetsavtal om direkta kanaler. Beroende på faktorer såsom andelen försäljningar som gjorts genom varje kanal, kostnaden för att använda varje kanal och elasticiteten på efterfrågesidan när det gäller förmedlade varor och tjänster i olika försäljningskanaler räcker kanske inte incitamenten för köpare och leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster till för att ingå kompromisser med avseende på priset på dessa tjänster och de villkor på vilka varor eller tjänster förmedlas via tjänsten. Detta utfall är generellt mer sannolikt om en betydande andel av försäljningen äger rum genom den direkta kanalen och om paritetsklausuler på detaljistnivå med avseende på direkta kanaler införs av flera leverantörer.

- (348) Paritetsklausuler på detaljistnivå som införs av leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster avseende direkta försäljningskanaler kan ge upphov till märkbara begränsande effekter om köpare som står för en betydande andel av den totala efterfrågan på onlinebaserade förmedlingstjänster omfattas av ett sådant avtal eller paritetsklausuler på detaljistnivå som omfattar flera plattformar. En liknande bedömning, efter en bedömning av återkallelsen av gruppundantaget, kan behöva utföras av kommissionen eller en nationell konkurrensmyndighet om de relevanta leverantörernas marknadsandelar understiger tröskelvärde på 30 %.

8.2.5.3. Paritetsklausuler som avser förhållanden utanför detaljhandeln

- (349) Paritetsklausuler som införs av leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster i föregående marknadsled och som avser de villkor på vilka varor eller tjänster erbjuds till företag som inte är slutanvändare omfattas av gruppundantaget. Denna typ av avtal kan ha en avskräckande effekt på konkurrensen mellan leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster på samma sätt som paritetsklausuler på detaljistnivå. Vägledningen i punkterna 337–348 i dessa riktlinjer är därför fortfarande relevant. Detta gäller i synnerhet om det inte finns någon betydande skillnad mellan priserna eller andra villkor på vilka förmedlade varor eller tjänster erbjuds i det föregående marknadsledet och detaljistledet, vilket kan vara fallet om förmedlingen avser slutvaror eller sluttjänster¹²¹. Vid bedömningen av denna typ av paritetsklausul är det emellertid även nödvändigt att ta hänsyn till villkoren för konkurrens i det efterföljande marknadsledet, dvs. mellan de företag som köper de förmedlade varorna eller tjänsterna.
- (350) Däremot har paritetsklausuler som avser de villkor på vilka varor eller tjänster köps som insatsvaror av tillverkare, grossister eller detaljister inte någon direkt inverkan på de villkor på vilka dessa företag konkurrerar i efterföljande marknadsled. Den vägledning som ges för bedömningen av paritetsklausuler på detaljistnivå kommer därför sannolikt att vara mindre relevant. Det huvudsakliga problemet med paritetsklausuler som rör villkor på vilka varor eller tjänster köps som insatsvaror är att de kan minska incitamenten för leverantörer av insatsvaror att konkurrera och därmed höja priserna för insatsvaror. Relevanta faktorer för bedömningen innefattar

¹²¹ I vissa fall kan paritetsklausulen avse villkor som erbjuds i både det föregående marknadsledet och detaljistledet.

den relativa storleken och marknadsställningen för leverantören och köparen som ingår paritetsavtalet, andelen av den relevanta marknad som omfattas av liknande avtal och kostnaden för insatsvaran i fråga i förhållande till köparens totala kostnader.

8.2.5.4. Bedömning enligt artikel 101.3

- (351) Om paritetsklausuler ger upphov till märkbara begränsande effekter måste eventuella motiveringar av effektivitetsvinster bedömas enligt artikel 101.3. Den vanligaste motiveringen för leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster att använda sig av dessa avtal är att ta itu med snålskjutsproblem. Leverantörerna kan till exempel sakna incitament att investera i utvecklingen av sin plattform, tjänster före försäljning eller insatser för främjande av efterfrågan om fördelarna med sådana investeringar vad gäller ökad försäljning tillfaller konkurrerande plattformar eller direkta försäljningskanaler som erbjuder samma varor eller tjänster till mer fördelaktiga villkor.
- (352) Relevanta faktorer innefattar huruvida investeringarna från leverantören av onlinebaserade förmedlingstjänster medför objektiva fördelar, dvs. om de tillför ett mervärde för konsumenterna, om risken för snålskjuts är verklig och betydande, och om den särskilda typen och omfattningen av paritetsklausulen är nödvändig för att uppnå de objektiva fördelarna. Den sannolika nivån av snålskjuts måste vara tillräcklig för att ha en betydande inverkan på incitamenten att investera i den onlinebaserade förmedlingstjänsten. Bevis för den utsträckning i vilken användare av förmedlingstjänster har flera baser är särskilt relevant, men det är även nödvändigt att överväga om detta beteende påverkas av effekterna av paritetsklausuler. Om leverantören av onlinebaserade förmedlingstjänster eller dess konkurrenter bedriver sin verksamhet på andra jämförbara marknader med mindre begränsande eller inga paritetsskyldigheter kan detta tyda på att skyldigheterna inte är nödvändiga. Om tillhandahållandet av onlinebaserade förmedlingstjänster är kraftigt koncentrerat och omfattar betydande inträdeshinder kan behovet att skydda den resterande konkurrensen uppväga potentiella effektivitetsvinster. Andra motiveringar som rör de allmänna fördelarna med transaktionsplattformar, såsom sammanslagning av leverantörernas marknadsföringskostnader, ökad prisöppenheten eller lägre transaktionskostnader, kommer endast att uppfylla villkoren i artikel 101.3 om leverantören av onlinebaserade förmedlingstjänster kan uppvisa ett direkt orsakssamband mellan de påstådda fördelarna och användningen av den särskilda typen av paritetsklausul.
- (353) Paritetsklausuler på detaljistnivå som avser direkta försäljningskanaler har i allmänhet större sannolikhet att uppfylla villkoren i artikel 101.3. Detta beror främst på att deras begränsande effekter i allmänhet är mindre ingripande än för paritetsklausuler som omfattar flera plattformar och därför mer sannolikt uppvägs av effektivitetsvinster. Risken för att leverantörer av varor eller tjänster åker snålskjuts på deras direkta försäljningskanaler kan vara större, eftersom dessa leverantörer i allmänhet har en högre försäljningsmarginal per enhet i sina direkta kanaler än på indirekta försäljningar.

8.2.6. Förskottsbetalning för tillträde

- (354) 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.

hyllavgifter¹²², s.k. pay-to-stay-avgifter¹²³, betalningar för att få tillgång till en distributörs reklamkampanjer osv. I detta avsnitt ges vägledning för bedömningen av förskottsbetalning för tillträde i enskilda fall där tröskelvärde för marknadsandelar överskrider enligt artikel 3 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal.

- (355) Förskottsbetalningar för tillträde kan ibland leda till konkurrenshämmande utestängning av andra återförsäljare. En hög avgift kan till exempel uppmuntra en leverantör att kanalisera en stor del av sin försäljningsvolym via en eller ett begränsat antal 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. För att bedöma sannolikheten för denna typ av negativ effekt kan vägledningen för exklusiva leverantörsavtal tillämpas i analogi (särskilt punkterna 305–310).
- (356) I undantagsfall kan förskottsbetalning för tillträde även leda till konkurrenshämmande utestängningseffekter i det föregående marknadsledet. Om återförsäljaren har en stark förhandlingsposition eller om användningen av förskottsbetalning för tillträde kan sådana betalningar skapa större hinder för tillträde för små leverantörer. För att bedöma sannolikheten för denna typ av negativ effekt kan vägledningen för avtal om försäljning av ett enda varumärke tillämpas i analogi (särskilt punkterna 284–293 i dessa riktlinjer). I bedömningen måste hänsyn även tas till om återförsäljaren i fråga säljer konkurrerande produkter under sitt eget varumärke. I detta fall kan det även uppstå horisontella problem som leder till att gruppundantaget inte är tillämpligt enligt artikel 2.4 i gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (se avsnitt 4.4.3 i dessa riktlinjer).
- (357) 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 sådana förskottsbetalningar. 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.
- (358) Användning av förskottsbetalningar för tillträde kan dock i många fall bidra till en effektiv tilldelning av hyllutrymme för nya produkter. När leverantörer lanserar nya produkter har återförsäljare ofta mindre information än leverantören om huruvida produkten förväntas bli framgångsrik och om de, som en följd av detta, kan lagra produktkvantiteter under det optimala. 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 således få en förhandsvarning om vilka produkter som kan förväntas bli framgångsrika, eftersom en leverantör normalt endast kommer att betala en förskottsbetalning för tillträde om denne anser att sannolikheten för att marknadsintroduktionen av produkten ska misslyckas är liten.

¹²²

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

¹²³

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

- (359) På grund av den asymmetri i information som nämns i föregående punkt 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 lanseras på marknaden.

8.2.7. *Kategoriförvaltningsavtal*

- (360) Kategoriförvaltningsavtal är avtal genom vilka återförsäljaren, inom ramen för ett återförsäljaravtal, anförtrot leverantören (kategorikaptenen) uppgiften att marknadsföra en kategori produkter som i allmänhet inte bara omfattar leverantörens produkter utan också konkurrenternas produkter. Kategorikaptenen kan således påverka exempelvis var produkten placeras, hur den marknadsförs i butiken och vilka produkter som väljs till butiken. Kategoriförvaltningsavtal omfattas av gruppundantag om varken kategorikaptenens eller återförsäljarens marknadsdelar överstiger 30 % och förutsatt att avtalet inte innefattar allvarliga begränsningar, till exempel begränsningar av återförsäljarens möjligheter att bestämma försäljningspriset i den mening som avses i artikel 4 a i gruppundantagsförordningen.
- (361) Kategoriförvaltningsavtal ger i de flesta fall inte upphov till sådana frågor som avses i artikel 101. De kan dock ibland snedvrider konkurrensen mellan leverantörer och leda till konkurrenshämmande utestängning av andra leverantörer, om kategorikaptenen på grund av sitt inflytande över återförsäljarens marknadsföringsbeslut kan begränsa eller skada distributionen av konkurrerande leverantörers produkter.
- (362) Återförsäljare kommer i allmänhet inte att vara intresserade av att begränsa sitt produktsortiment. De kan emellertid ha incitament att utestänga vissa leverantörer, särskilt om återförsäljaren även säljer konkurrerande produkter under sitt eget varumärke. För att bedöma sannolikheten för en sådan utestängningseffekt i det föregående marknadsledet kan vägledningen för avtal om försäljning av ett enda varumärke tillämpas i analogi (särskilt punkterna 284–293 i dessa riktlinjer). I denna bedömning ska hänsyn särskilt tas till, å ena sidan, kategoriförvaltningsavtalens marknadstäckning och den möjliga kumulativa användningen av sådana avtal och, å andra sidan, de konkurrerande leverantörernas och återförsäljarnas marknadsställning.
- (363) Kategoriförvaltningsavtal kan också underlätta samverkan mellan återförsäljare om samma leverantör fungerar som kategorikapten för alla eller de flesta konkurrerande återförsäljarna på en marknad och ger dessa återförsäljare en gemensam referenspunkt för deras marknadsföringsbeslut.
- (364) Kategoriförvaltningsavtal kan även underlätta samverkan mellan leverantörer genom ökade möjligheter att utbyta känsliga uppgifter om marknaden genom detaljister, t.ex. uppgifter om framtida prissättning, säljfrämjande åtgärder eller reklamkampanjer. Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal omfattar inte sådana direkta informationsutbyten mellan konkurrenter, se punkt 83 i dessa riktlinjer.
- (365) Användningen av kategoriförvaltningsavtal kan emellertid även 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. I allmänhet gäller att ju hårdare konkurrens mellan varumärken och ju lägre byteskostnader för konsumenterna, desto större är de ekonomiska fördelarna med ett kategoriförvaltningsavtal.

8.2.8. *Kopplingsförbehåll*

- (366) 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 102¹²⁴. Kopplingsförbehåll kan även utgöra en vertikal begränsning i den mening som avses i artikel 101, om det leder till en skyldighet av typen avtal om försäljning av ett enda varumärke (se punkterna 281–302 i dessa riktlinjer) för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet. Endast den sistnämnda situationen behandlas i dessa riktlinjer.
- (367) 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 sig¹²⁵. 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 produkten¹²⁶, eller bevis på att företag med liten marknadsmakt, särskilt på konkurrensutsatta marknader, tenderar att inte använda sig av kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudanden 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.
- (368) 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

¹²⁴ Dom i mål C-333/94 P Tetrapak mot kommissionen, EU:C:1996:436, 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.

¹²⁵ Dom i mål T-201/04 Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, punkterna 917, 921 och 922.

¹²⁶ Dom i mål T-30/89 Hilti mot kommissionen, EU:T:1991:70, punkt 67.

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.

- (369) 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 insatsvaror i en produktionsprocess kan kunderna reagera på en höjning av priset på den kopplande produkten genom att öka efterfrågan på den kopplade produkten och samtidigt 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.
- (370) 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.
- (371) 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.
- (372) 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.
- (373) 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.

- (374) 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 14 h). 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.