



EUROPA-
KOMMISSIONEN

Bruxelles, den **XXX**
[...](2021) **XXX** draft

ANNEX

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

BILAG

til

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

UDKAST

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Retningslinjer for vertikale begrænsninger

* 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>

BILAG
MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN
MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN
Retningslinjer for vertikale begrænsninger
UDKAST

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN
Retningslinjer for vertikale begrænsninger

Indholdsfortegnelse

1.	Indledning	3
1.1.	Retningslinjernes formål og struktur.....	3
1.2.	Anvendelse af artikel 101 på vertikale aftaler.....	4
2.	Virkninger af vertikale aftaler	5
2.1.	Positive virkninger	6
2.2.	Negative virkninger.....	9
3.	Vertikale aftaler, der normalt ikke falder ind under artikel 101, stk. 1	10
3.1.	Ingen påvirkning af handelen, aftaler af ringe betydning og SMV'er.....	10
3.2.	Agenturaftaler	12
3.2.1.	Definition af agenturaftaler	12
3.2.2.	Anvendelse af artikel 101, stk. 1, på agenturaftaler	17
3.2.3.	Agenturaftaler og onlineplatformsøkonomien	18
3.3.	Underleveranceaftaler	19
4.	Gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde.....	19
4.1.	Legalitetsformodning efter gruppefritagelsesforordningen	19
4.2.	Definition af vertikale aftaler	20
4.2.1.	Ensidig adfærd falder uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde	20
4.2.2.	Virksomhederne opererer i forskellige led i produktions- eller distributionskæden..	21
4.2.3.	Aftalen vedrører køb, salg eller videresalg af varer eller tjenester	21
4.3.	Vertikale aftaler inden for onlineplatformsøkonomien.....	22
4.4.	Begrænsninger for anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen.....	23
4.4.1.	Sammenslutninger af detailhandlere	23
4.4.2.	Vertikale aftaler med bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (IPR) ...	24
4.4.3.	Vertikale aftaler mellem konkurrenter	27
4.5.	Forholdet til andre gruppefritagelsesforordninger	30

4.6.	Vigtigste typer distributionssystemer	31
4.6.1.	Systemer med eksklusiv distribution	32
4.6.2.	Systemer med selektiv distribution	38
4.6.3.	Franchiseaftaler	45
5.	Markedsafgrænsning og beregning af markedsandele	47
5.1.	Meddelelsen om markedsafgrænsning	47
5.2.	Beregning af markedsandele efter gruppefritagelsesforordningen	47
5.3.	Beregning af markedsandele efter gruppefritagelsesforordningen	48
6.	Anvendelse af gruppefritagelsesforordningen	48
6.1.	Alvorlige konkurrencebegrænsninger efter gruppefritagelsesforordningen	48
6.1.1.	Prisbinding	51
6.1.2.	Alvorlige begrænsninger, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d)....	56
6.1.3.	Begrænsninger af salg af reservedele	66
6.2.	Begrænsninger, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen	67
6.2.1.	Konkurrenceklausuler af en varighed på over fem år	67
6.2.2.	Konkurrenceklausuler, der gælder efter aftalens ophør	68
6.2.3.	Konkurrenceklausuler pålagt medlemmer af et selektivt distributionssystem.....	68
6.2.4.	Paritetsklausuler	68
7.	Inddragelse og ikkeanvendelse	69
7.1.	Inddragelse af gruppefritagelsen (artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003)	69
7.2.	Forordning, der fastsætter, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse (gruppefritagelsesforordningens artikel 6).....	72
8.	Håndhævelse af reglerne i konkrete tilfælde.....	73
8.1.	Analysegrundlaget.....	73
8.1.1.	Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 101, stk. 1	74
8.1.2.	Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 101, stk. 3	77
8.2.	Analyse af bestemte former for vertikale begrænsninger	79
8.2.1.	Mærkeeksklusivitet	79
8.2.2.	Eksklusiv levering.....	84
8.2.3.	Begrænsninger af anvendelsen af onlinemarkedspladser	86
8.2.4.	Begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester	89
8.2.5.	Paritetsklausuler	91
8.2.6.	Distributionsvederlag	96
8.2.7.	Aftaler om kategoristyring	97
8.2.8.	Kombinationsklausuler	98

1. INDLEDNING

1.1. Retningslinjernes formål og struktur

- (1) I disse retningslinjer fastsættes principperne for vurdering af vertikale aftaler og samordnet praksis efter artikel 101 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter "artikel 101")¹ og Kommissionens forordning (EU) [XX/2022 af XX 2022] om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (herefter "gruppefritagelsesforordningen")². For nemheds skyld, og medmindre andet er anført, dækker begrebet "aftale" i disse retningslinjer også samordnet praksis.
- (2) Med offentliggørelsen af disse retningslinjer ønsker Kommissionen at gøre det lettere for virksomhederne selv at vurdere deres vertikale aftaler i henhold til EU's konkurrenceregler. Hver aftale skal imidlertid vurderes på grundlag af dens konkrete omstændigheder³. Disse retningslinjer kan derfor ikke anvendes rent mekanisk. De berører heller ikke Rettens og Den Europæiske Unions Domstols praksis.
- (3) Der kan indgås vertikale aftaler om både mellemprodukter og mellemliggende tjenester og færdigprodukter og endelige tjenester. Medmindre andet er anført, gælder disse retningslinjer for alle typer varer og tjenester og alle omsætningsled.
- (4) Retningslinjerne er struktureret som følger:
 - Første afsnit indeholder indledningen, som omfatter en redegørelse for, hvorfor og i hvilket omfang Kommissionen udarbejder vejledning om vertikale aftaler. I resten af indledningen beskrives grundlaget for anvendelsen af artikel 101 på vertikale aftaler.
 - Andet afsnit indeholder en oversigt over de positive og negative virkninger af vertikale aftaler. Gruppefritagelsesforordningen i sin helhed, nærværende retningslinjer og Kommissionens håndhævelsespolitik i konkrete sager bygger på hensynet til disse virkninger.
 - Tredje afsnit vedrører vertikale aftaler, som normalt ikke falder ind under artikel 101, stk. 1. Skønt gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse på disse aftaler, er det nødvendigt at give vejledning om, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at vertikale aftaler ikke falder uden for artikel 101, stk. 1.
 - Fjerde afsnit indeholder nærmere vejledning om gruppefritagelsens anvendelsesområde. Det indeholder en redegørelse for legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen og en definition af vertikale aftaler. Dette afsnit vedrører også mere specifikt vertikale aftaler inden for onlineplatformsøkonomien, som spiller en stadig stigende rolle i distributionen af varer og tjenester, og hvor det kan være vanskeligt at kategorisere vertikale aftaler mellem virksomheder ud fra de begreber, der traditionelt forbindes med vertikale aftaler. Endvidere redegøres der for begrænsningerne af anvendelsen

¹ Disse retningslinjer erstatter Kommissionens meddelelse — Retningslinjer for vertikale begrænsninger (EUT C 130 af 19.5.2010, s. 1).

² EUT L X af X.X., s. [X].

³ Kommissionen vil fortsat holde opsyn med anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen og nærværende retningslinjer og vil eventuelt revidere denne meddelelse i lyset af den fremtidige udvikling.

af gruppefritagelsen, jf. forordningens artikel 2, stk. 2 og 4, samt for forbindelsen til andre gruppefritagelsesforordninger, jf. dens artikel 2, stk. 8. Afsnittet indeholder også en beskrivelse af de vigtigste typer distributionssystemer. Denne beskrivelse er relevant for adskillige bestemmelser i gruppefritagelsesforordningen, navnlig listen over alvorlige begrænsninger i dens artikel 4, litra b).

- Det femte afsnit indeholder vejledning om afgrænsning af det relevante marked samt om beregningen af markedsandele for de virksomheder, der deltager i en vertikal aftale. Dette indgår i vurderingen af, hvorvidt de markedsandelstærskler, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 3 vedrørende anvendelse af gruppefritagelsen, er overskredet.
- Det sjette afsnit vedrører de alvorlige begrænsninger, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, og de begrænsninger, der er udelukket fra gruppefritagelsen, jf. forordningens artikel 5, herunder en redegørelse for, hvorfor det er relevant at kvalificere en begrænsning som alvorlig eller udelukket.
- Det syvende afsnit indeholder vejledning om inddragelse af gruppefritagelsen i henhold til artikel 29 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (herefter "forordning (EF) 1/2003")⁴ eller forordninger, der fastsætter, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 6.
- I det ottende afsnit beskrives Kommissionens håndhævelsespolitik i konkrete tilfælde. I den forbindelse redegøres der for, hvordan vertikale aftaler vurderes efter artikel 101, stk. 1 og 3, uden for gruppefritagelsesforordningen, og der gives vejledning om en ikkeudtømmende liste over bestemte former for vertikale aftaler.

1.2. Anvendelse af artikel 101 på vertikale aftaler

- (5) Formålet med artikel 101 er at sikre, at virksomhederne ikke bruger aftaler — hvad enten de er af horisontal eller vertikal karakter⁵ — til at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på markedet, i sidste ende til skade for forbrugerne. Det mere overordnede mål med artikel 101 er at opnå et integreret indre marked⁶, som styrker konkurrencen i Den Europæiske Union. Virksomheder må ikke anvende vertikale aftaler til at genoprette private barrierer mellem medlemsstaterne, når det er lykkedes at afskaffe de statslige barrierer.

⁴ EUT L 1 af 4.1.2003, s. 1.

⁵ Med henblik på anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen defineres vertikale aftaler i dens artikel 1, stk. 1, litra a), som "en aftale eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis hver især opererer inden for forskellige led i produktions- eller distributionskæden, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester". Afsnit 4.2 i nærværende retningslinjer indeholder nærmere vejledning om denne definition.

⁶ Se f.eks. dom i sag 6/72, Europemballage Corporation og Continental Can Company mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1973:22, præmis 25-26, sag C-52/09, TeliaSonera Sverige, ECLI:EU:C:2011:83, præmis 22, sag C-209/10, Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2012:172, præmis 20-24 og sag C-413/14 P, Intel Corp. Inc. mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2017:632, præmis 133.

- (6) Artikel 101 finder anvendelse på vertikale aftaler og begrænsninger, der påvirker handelen mellem medlemsstater, og som hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen⁷. Den giver et retsgrundlag for vurderingen af vertikale begrænsninger⁸, som tager hensyn til sondringen mellem konkurrenceskadelige og konkurrencefremmende virkninger. Artikel 101, stk. 1, indeholder et forbud mod aftaler, der mærkbart begrænser eller fordrejer konkurrencen, mens artikel 101, stk. 3, fritager aftaler, der falder ind under artikel 101, stk. 1, men som medfører tilstrækkelige fordele til, at de konkurrenceskadelige virkninger opvejes, fra dette forbud⁹.
- (7) Selv om der ikke er nogen obligatorisk rækkefølge for vurderingen af vertikale aftaler, indebærer den normalt følgende trin:
- (a) Først skal de berørte virksomheder angive, hvor stor en markedsandel leverandøren og køberen har på de markeder, hvor de henholdsvis sælger og køber aftalevarerne eller -tjenesterne.
 - (b) Hvis både leverandørens og køberens relevante markedsandel ikke overstiger markedsandelstærsklen på 30 %, er den vertikale aftale omfattet af legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen, forudsat at den hverken indeholder alvorlige begrænsninger eller udelukkede begrænsninger, som ikke kan adskilles fra resten af den vertikale aftale.
 - (c) Hvis leverandørens og/eller køberens relevante markedsandel ligger over tærsklen på 30 %, må der tages stilling til, om den vertikale aftale falder ind under artikel 101, stk. 1.
 - (d) Hvis den vertikale aftale falder ind under artikel 101, stk. 1, må det undersøges, om den opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter artikel 101, stk. 3.

2. VIRKNINGER AF VERTIKALE AFTALER

- (8) Ved vurderingen af vertikale begrænsninger efter artikel 101 og anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen skal alle relevante konkurrenceparametre såsom priser, output i henseende til produktionsmængde, produktkvalitet og produktudbud samt innovation tages med i betragtning. Der skal også tages hensyn til det forhold, at vertikale aftaler mellem virksomheder, som opererer i forskellige led i produktions- eller distributionskæden, generelt er mindre skadelige end horisontale aftaler mellem konkurrenter, som leverer substituerbare varer eller tjenester. Dette skyldes generelt, at parterne i en vertikal aftale har komplementære aktiviteter, hvilket normalt indebærer, at konkurrencefremmende tiltag i en af virksomhederne er til fordel for den anden part i aftalen og i sidste ende for brugerne. I modsætning til

⁷ Se bl.a. Domstolens dom i forenede sager 56/64 og 58/64, Grundig-Consten mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1966:41 og sag 56/65, Technique Minière mod Maschinenbau Ulm, ECLI:EU:C:1966:38 og Rettens dom i sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1994:85.

⁸ Med henblik på anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen defineres vertikale begrænsninger i dens artikel 1, stk. 1, litra b), som konkurrencebegrænsninger i en vertikal aftale, der *falder ind under* traktatens artikel 101, stk. 1" [fremhævelse tilføjet]. Afsnit 3 i disse retningslinjer indeholder nærmere vejledning om vertikale aftaler, der normalt *falder uden for* traktatens artikel 101, stk. 1.

⁹ Se Kommissionens meddelelse om anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97) med hensyn til Kommissionens generelle metodologi og fortolkning af betingelserne for anvendelse af artikel 101, stk. 1, og i særdeleshed artikel 101, stk. 3.

horisontale aftaler har parterne i en vertikal aftale ofte et incitament til at aftale lavere priser og bedre service, hvilket også er til gavn for forbrugerne. Denne komplementaritet mellem aktiviteterne hos parterne i en vertikal aftale i forbindelse med markedsføring af varer eller tjenester indebærer også, at vertikale begrænsninger kan give betydelige muligheder for effektivitetsgevinster, f.eks. ved at optimere fremstillings- eller distributionsprocesser eller tjenester.

- (9) Virksomheder med markedsstyrke kan forsøge at udnytte vertikale begrænsninger til at forfølge konkurrencebegrænsende mål, der i sidste ende er til skade for forbrugerne. Markedsstyrke består i evnen til at fastholde priserne på et niveau, som ligger over det, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, eller fastholde et output, som i henseende til produktionsmængder, produktkvalitet, produktudbud eller innovation ligger under det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, i en ikke ubetydelig periode. Den grad af markedsstyrke, der normalt skal til for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, er mindre end den grad af markedsstyrke, der skal til for at fastslå, at der foreligger en dominerende stilling efter artikel 102. I lyset af komplementariteten mellem aktiviteterne hos parterne i en vertikal aftale vil en virksomheds udnyttelse af markedsstyrke i enten det foregående eller det efterfølgende omsætningsled normalt svække efterspørgslen efter aftalevarerne eller -tjenesterne fra den anden virksomhed, som er part i aftalen. De virksomheder, der er parter i en vertikal aftale, har derfor normalt et incitament til at hindre den anden part i at udnytte sin markedsstyrke.

2.1. Positive virkninger

- (10) Vertikale aftaler kan have positive virkninger f.eks. i form af lavere priser eller ved at fremme konkurrencen på andet end prisparametre eller forbedre kvaliteten af de leverede tjenester. Armslængdetransaktioner mellem en leverandør og en køber, hvor kun pris og mængde er fastsat, kan ofte føre til suboptimale investerings- og salgsniveauer, da de ikke tager hensyn til eksternaliteter som følge af komplementariteten mellem leverandørens og forhandlernes aktiviteter. Disse eksternaliteter kan opdeles i to kategorier: vertikale eksternaliteter og horisontale eksternaliteter.
- (11) Vertikale eksternaliteter opstår, fordi de beslutninger og handlinger, der træffes og foretages i forskellige led i forsynings- og distributionskæden, har betydning for aspekter vedrørende salg af varer og tjenester, f.eks. pris, kvalitet, tilknyttede tjenester og markedsføring, som ikke alene påvirker den virksomhed, der træffer beslutningerne, men også andre virksomheder i andre led i forsynings- og distributionskæden. Eksempelvis nyder en forhandler måske ikke det fulde udbytte af sine bestræbelser på at øge salget, da en del af udbyttet i stedet vil gå til leverandøren. Det skyldes, at leverandøren for hver ekstra enhed, som forhandleren sælger ved at sænke videresalgsprisen eller øge sin salgsindsats, nyder en fordel, hvis hans engrospris er højere end hans marginale produktionsomkostninger. Forhandlerens indsats kan således være forbundet med positive eksternaliteter for leverandøren. Omvendt kan der være situationer, hvor leverandøren finder forhandlerens prissætning for høj og/eller salgsindsats for lav¹⁰.
- (12) Horisontale eksternaliteter kan opstå mellem forhandlere af de samme varer eller tjenester, hvis en forhandler ikke kan sikre sig det fulde udbytte af sin salgsindsats. Eksempelvis kan én forhandlers ydelse af førsalgsservice, som øger efterspørgslen,

¹⁰ Også kaldet "dobbeltmarginaliseringsproblemet".

f.eks. personlig rådgivning i forbindelse med bestemte varer eller tjenester, øge salget blandt konkurrerende forhandlere, som tilbyder de samme varer eller tjenester. Det kan således skabe et incitament for andre forhandlere til at køre frihjul på dyre tjenester, der leveres af andre. I et miljø med flere distributionskanaler (online og offline) kan sådanne frihjulsproblemer opstå i begge retninger¹¹. For eksempel kan kunder besøge en fysisk butik for at afprøve en vare eller en tjeneste eller indhente nyttige oplysninger, som de baserer købsbeslutningen på, for derefter at bestille produktet online hos en anden forhandler. På samme måde kan kunderne i faserne forud for køb indhente oplysninger (herunder inspiration, oplysninger og bedømmelser) i en onlinebutik, for derefter at besøge en fysisk butik og anmode om at afprøve en bestemt vare eller tjeneste på basis af de indhentede oplysninger og ende med at foretage købet offline i en fysisk butik. Når der er mulighed for således at køre på frihjul, og den forhandler, som tilbyder førsalgsservice, ikke er i stand til fuldt ud at tilegne sig alle gevinsterne, kan der opstå situationer med suboptimal levering af sådanne tjenester hvad angår kvantitet eller kvalitet.

- (13) Ved sådanne eksternaliteter har leverandørerne et incitament til at kontrollere visse aspekter af deres forhandlers transaktioner. Navnlig kan vertikale aftaler give leverandørerne mulighed for at internalisere ovennævnte eksterne virkninger og øge den fælles fortjeneste ved den vertikale forsynings- og distributionskæde og, i visse situationer, forbrugernes velfærd.
- (14) Disse retningslinjer giver sig ikke ud for at være udtømmende eller komplette, men har blot til formål at give et udførligt overblik over de forskellige forhold, der kan retfærdiggøre vertikale begrænsninger. De grunde, der er beskrevet nedenfor, kan retfærdiggøre anvendelsen af bestemte vertikale begrænsninger:
- (a) Spørgsmålet om vertikale eksternaliteter eller dobbeltmarginaliseringsproblemet: Det forhold, at en distributør fastsætter for høje priser uden at tage højde for sine beslutningers indvirkning for leverandøren, kan undgås, ved at leverandøren pålægger forhandleren en maksimal videresalgspris. For at øge forhandlerens salgsindsats kan leverandøren f.eks. anvende selektiv distribution eller eksklusiv distribution.
 - (b) Frihjulsproblemet: Frihjulsproblemer mellem købere kan opstå i såvel i engros- som i detailledet, navnlig når leverandøren ikke har mulighed for at forpligte alle køberne til at yde en effektiv salgsfremmeindsats eller service. I forholdet mellem købere kan der kun være tale om frihjulsproblemer i relation til førsalgsservice og andre salgsfremmeaktiviteter, men ikke eftersalgsservice, som forhandleren kan fakturere sine kunder individuelt. Den førsalgsservice, som kan blive genstand for frihjulsadfærd, kan være af stor betydning, f.eks. hvis varerne eller tjenesterne er relativt nye, teknisk komplekse eller af høj værdi, eller hvis varernes eller tjenesternes omdømme er en vigtig faktor for efterspørgslen. Konkurrenceklausuler kan hjælpe med at undgå frihjulsproblemer mellem leverandører.
 - (c) At åbne eller trænge ind på nye markeder: Hvis en leverandør ønsker at trænge ind på et nyt geografisk marked, f.eks. ved at eksportere til et andet land, kan det betyde, at forhandleren må afholde visse irreversible investeringer for at få

¹¹ Jf. Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene – "Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation" (SWD(2020) 172 final af 10.5.2017, p. 31) og den deri nævnte evaluering; Kommissionen, Endelig rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren (COM(2017) 229 final af 10.5.2017), punkt 11.

mærket etableret på markedet. For at få en lokal forhandler til at foretage disse investeringer kan det være nødvendigt at sikre forhandleren en områdebeskyttelse, således at denne kan tjene sine investeringer ind. Dette kan retfærdiggøre, at forhandlere etableret i andre geografiske markeder afskæres fra at sælge på det nye marked (se også punkt 167) i disse retningslinjer). Dette er en særlig variant af det frihjulsproblem, der er beskrevet under litra b) ovenfor.

- (d) Frihjulsproblemer baseret på forhandleromdømme: I nogle brancher har bestemte forhandlere ry for udelukkende at føre kvalitetsvarer eller yde kvalitetsservice (såkaldte "luksusforhandlere"). For at lancere et nyt produkt på markedet kan det i sådanne tilfælde være afgørende, at man kan sælge det via sådanne forhandlere. Hvis leverandøren ikke kan nøjes med at sælge til disse luksusforhandlere, løber han en risiko for, at de ikke vil føre hans produkt. Der kan derfor være tilfælde, hvor det er berettiget at tillade eksklusiv distribution eller selektiv distribution.
- (e) Det såkaldte "hold up-problem": Undertiden må enten leverandøren eller køberen foretage kundespecifikke investeringer, f.eks. i specialudstyr eller uddannelse. Der kan f.eks. være tale om en komponentfabrikant, der er nødt til at fremstille eller købe nye maskiner og nyt værktøj for at kunne levere et bestemt produkt til en af sine kunder. Når der ikke kan indgås en direkte aftale om disse kundespecifikke investeringer, eller hvis aftalen ikke indeholder konkrete bestemmelser om investeringerne, vil den pågældende virksomhed måske ikke forpligte sig til at sikre et i leverandørens øjne optimalt investeringsniveau, og når først den er udvalgt af leverandøren, risikerer køberen kun at foretage for få investeringer. Vertikale aftaler kan hjælpe med at fjerne eller afbøde et sådant tilsagnsproblem.
- (f) Det specifikke "hold up-problem, der kan opstå i forbindelse med overførsel af væsentlig knowhow: Når knowhow først er overført, kan den ikke tilbageføres, og den, der har overført den, ønsker måske ikke, at den udnyttes af eller til gavn for hans konkurrenter. Hvis den pågældende knowhow ikke umiddelbart var tilgængelig for køberen, og hvis den er væsentlig og uomgængeligt nødvendig for aftalens gennemførelse, kan knowhow-overførslen retfærdiggøre en begrænsning af konkurrenceklausulstypen, som normalt ikke vil falde ind under artikel 101, stk. 1.
- (g) For at opnå stordriftsfordele i distributionen: For at kunne udnytte stordriftsfordele og derigennem blive i stand til at sænke detailprisen på sine varer eller tjenester kan producenten have interesse i at koncentrere videresalget af sine varer eller tjenester på et begrænset antal forhandlere. Det kan gøres via eksklusiv distribution, mængdeforpligtelser i form af krav om mindstekøb, selektiv distribution, der omfatter et sådant krav, eller eksklusivt køb.
- (h) Ensartethed og kvalitetsstandardisering: En vertikal begrænsning kan bidrage til at skabe et godt mærkeomdømme og dermed øge varernes eller tjenesternes tiltrækningskraft over for de endelige forbrugere og øge salget ved at pålægge forhandlerne at sikre en vis ensartethed og kvalitetsstandardisering. Dette kan f.eks. være tilfældet inden for selektiv distribution og franchising.
- (i) Imperfektioner på kapitalmarkeder: Kapitaludbydere såsom banker og aktiemarkeder kan tilvejebringe kapital suboptimalt, hvis de kun har

mangelfuld information om låntagerens solvens, eller når der er utilstrækkeligt grundlag til sikring af lånet. Det kan være, at køberen eller leverandøren er bedre informeret og via en eksklusivklausul vil kunne skaffe sig ekstra sikkerhed bag investeringen. Hvis det er leverandøren, der yder lånet til køberen, kan der blive tale om, at køberen pålægges en konkurrenceklausul eller en mængdeforpligtelse. Hvis det er køberen, der yder lånet til leverandøren, kan der være grund til at pålægge leverandøren eksklusiv levering eller en mængdeforpligtelse.

- (15) Det fremgår af de ni situationer, der er nævnt i det foregående punkt, at vertikale aftaler generelt kan antages at medføre effektivitetsgevinster og udvikle nye markeder, og at det vil kunne opveje deres mulige negative virkninger. Dette er generelt navnlig tilfældet for vertikale begrænsninger, der gør det lettere at introducere nye, komplekse varer eller tjenester på markedet, eller som beskytter relationsspecifikke investeringer. En vertikal begrænsning er undertiden nødvendig i hele den periode, hvor leverandøren sælger sine varer eller tjenester til køberen (jf. især de situationer, der er beskrevet i litra a), b), f), g) og h), i det foregående punkt).
- (16) Der er en høj grad af substituerbarhed mellem de forskellige vertikale begrænsninger. Det betyder, at et og samme effektivitetsproblem kan løses ved hjælp af forskellige vertikale begrænsninger. F.eks. kan der opnås stordriftsfordele i distributionen ved at anvende eksklusiv distribution, selektiv distribution, mængdeforpligtelser eller eksklusive købsforpligtelser. De negative virkninger for konkurrencen kan dog være forskellige, alt efter hvilken type vertikal begrænsning der er tale om, hvilket spiller en rolle, når det på grundlag af artikel 101, stk. 3, skal afgøres, om begrænsningen er nødvendig.

2.2. Negative virkninger

- (17) De negative virkninger på markedet, som vertikale begrænsninger kan medføre, og som EU's konkurrenceret tager sigte på at forhindre, består navnlig i:
- (a) Konkurrencebegrænsende udelukkelse af andre leverandører eller andre kunder fra markedet gennem ved at øge hindringerne for adgang eller ekspansion (markedsafskærmning).
 - (b) Svækkelse af konkurrencen mellem leverandøren og dennes konkurrenter og/eller lettelse af (eksplicit eller stiltiende) samordning¹² mellem disse leverandører (mindskelse af interbrandkonkurrencen).
 - (c) Svækkelse af konkurrencen mellem køberen og dennes konkurrenter eller lettelse af (eksplicit eller stiltiende) samordning mellem disse købere. Svækkelse af intrabrandkonkurrencen (dvs. konkurrencen mellem forhandlere af varer og tjenester udbudt af den samme leverandør) vil sandsynligvis ikke medføre negative virkninger for forbrugerne, hvis der er en stærk interbrandkonkurrence (dvs. konkurrence mellem forhandlere af varer og tjenester udbudt af forskellige leverandører).
 - (d) Skabelse af hindringer for markedsintegrationen, herunder især begrænsninger af forbrugernes udvalg af varer og tjenester i en hvilken som helst medlemsstat.

¹² Hvad angår begreberne eksplicit og stiltiende samordning henvises til dom i forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1993:120.

- (18) Markedsafskærmning, svækkelse af konkurrencen og samordning på leverandørniveau kan skade forbrugerne, bl.a. gennem højere engrospriser på varerne og tjenesterne (hvilket kan føre til højere detailpriser), mindre udbud af varer og tjenester, forringelse af varernes og tjenesternes kvalitet og mindre innovation i leverandørleddet. Markedsafskærmning, svækkelse af konkurrencen og samordning på forhandlerniveau kan skade forbrugerne, bl.a. gennem højere detailpriser på varerne og tjenesterne, mindre udbud af forskellige pris-/servicekombinationer og distributionsformer, færre detailbutikker og ringere servicekvalitet samt mindre innovation i distributionsleddet.
- (19) På et marked, hvor de enkelte detailhandlere kun forhandler en enkelt leverandørs mærke(r), vil en svækkelse af konkurrencen mellem forhandlerne af det samme mærke resultere i en svækkelse af intrabrandkonkurrencen mellem disse forhandlere, men vil ikke nødvendigvis have negativ indvirkning på konkurrencen mellem forhandlerne generelt. Hvis der er hård konkurrence mellem de forskellige mærker, er det i en sådan situation usandsynligt, at en svækkelse af intrabrandkonkurrencen vil få negative virkninger for forbrugerne.
- (20) Vertikale begrænsningers eventuelle negative virkninger forstærkes, når flere leverandører og deres købere tilrettelægger deres relationer på samme måde, og der således opstår kumulative virkninger¹³.

3. VERTIKALE AFTALER, DER NORMALT IKKE FALDER IND UNDER ARTIKEL 101, STK. 1

3.1. Ingen påvirkning af handelen, aftaler af ringe betydning og SMV'er

- (21) Før der redegøres nærmere for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde, dens anvendelse og mere generelt vurderingen af vertikale aftaler efter artikel 101, stk. 1 og 3, er det vigtigt at minde om, at gruppefritagelsesforordningen alene finder anvendelse på aftaler, der *falder ind under* artikel 101, stk. 1.
- (22) Aftaler, der ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart (ingen påvirkning af handelen), eller der ikke begrænser konkurrencen mærkbart (aftaler af ringe betydning), falder ikke ind under artikel 101, stk. 1¹⁴. Kommissionen har udstedt vejledning om, hvornår der ikke er tale om påvirkning af handelen, i Kommissionens retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82 ("retningslinjerne om påvirkning af handelen")¹⁵ og om aftaler af ringe betydning i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ("bagatelmeddelelsen")¹⁶. Nærværende retningslinjer berører ikke retningslinjerne om påvirkning af handelen eller bagatelmeddelelsen eller Kommissionens fremtidige retningslinjer på området.
- (23) Retningslinjerne om påvirkning af handelen indeholder de principper, der er udviklet af EU-domstolene med henblik på fortolkning af begrebet "påvirkning af handelen", og der redegøres for, hvornår aftaler kan formodes ikke at ville påvirke handelen

¹³ Kumulative virkninger kan navnlig retfærdiggøre en inddragelse af gruppefritagelsen, jf. afsnit 7.1 i nærværende retningslinjer.

¹⁴ Se dom i sag C-226/11, Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2012:795, præmis 16 og 17 og den deri nævnte retspraksis.

¹⁵ EUT C 101 af 27.4.2004, s. 81.

¹⁶ EUT C 291 af 30.8.2014, s. 1.

mellem medlemsstaterne mærkbart. De omfatter en gendrivelig negativ formodning, der gælder for alle aftaler som omhandlet i artikel 101, stk. 1, uanset arten af de begrænsninger, der er indeholdt i disse aftaler, og den gælder således også for aftaler, der indeholder særligt alvorlige begrænsninger¹⁷. Ifølge denne formodning kan vertikale aftaler i princippet ikke påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, når i) parterne ikke på nogen af de relevante markeder inden for Unionen har en samlet markedsandel på over 5 %, og ii) leverandøren ikke genererer en samlet årlig omsætning inden for Unionen for de produkter, der er omfattet af aftalen, på over 40 mio. EUR¹⁸. Kommissionen kan afvise formodningen, hvis en undersøgelse af aftalens kendetegn og dens økonomiske sammenhæng viser det modsatte.

- (24) Det fremgår af bagatelmeddelelsen, at vertikale aftaler indgået mellem virksomheder, der ikke er konkurrenter, normalt anses for at falde uden for artikel 101, stk. 1, hvis de enkelte aftaleparterers markedsandel ikke overstiger 15 % på noget relevant marked, der er berørt af aftalen¹⁹. Der gælder dog to undtagelser til denne generelle regel. For det første finder artikel 101, stk. 1, anvendelse på særligt alvorlige begrænsninger, uanset aftaleparterernes markedsandel²⁰. Det skyldes, at en aftale, som kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, i sig selv og uanset dens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen²¹. For det andet sænkes markedsandelstærsklerne fra 15 % til 5 %, hvis konkurrencen på et relevant marked begrænses af den kumulative virkning af parallelle net af aftaler. Punkt 241)-243) i nærværende retningslinjer vedrører den kumulative virkning i forbindelse med inddragelse af gruppefritagelsen. I bagatelmeddelelsen præciseres det, at individuelle leverandører eller forhandlere med en markedsandel, der ikke overstiger 5 %, i almindelighed ikke kan antages at bidrage væsentligt til en kumulativ afskærmende virkning²².
- (25) Der gælder heller ikke nogen formodning om, at vertikale aftaler mellem virksomheder, hvoraf den ene eller flere har en individuel markedsandel på over 15 %, automatisk falder ind under artikel 101, stk. 1. Sådanne aftaler påvirker ikke nødvendigvis handelen mellem medlemsstaterne mærkbart, og de indebærer ikke nødvendigvis nogen mærkbare konkurrencebegrænsninger²³. De skal vurderes i deres retlige og økonomiske sammenhæng. Nærværende retningslinjer indeholder kriterierne for den individuelle vurdering af sådanne aftaler.
- (26) Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at vertikale aftaler mellem små og mellemstore virksomheder ("SMV'er")²⁴ sjældent kan påvirke handelen mellem

¹⁷ Punkt 50 i retningslinjer om påvirkning af handelen.

¹⁸ Punkt 52 i retningslinjer om påvirkning af handelen.

¹⁹ Punkt 8 i bagatelmeddelelsen, som også fastsætter en markedsandelstærskel for aftaler mellem faktiske eller potentielle konkurrenter, hvorunder sådanne aftaler ikke anses for at påvirke konkurrencen mærkbart efter artikel 101, stk. 1, hvis aftaleparterernes samlede markedsandel ikke overstiger 10 % på noget relevant marked, der er berørt af aftalen.

²⁰ Se dom i sag 5/69, Völk mod Vervaecke, ECLI:EU:C:1969:35, sag 1/71, Cadillon mod Höss, ECLI:EU:C:1971:47 og sag C-306/96, Javico mod Yves Saint Laurent, ECLI:EU:C:1998:173, præmis 16 og 17.

²¹ Se dom i sag C-226/11, Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2012:795, præmis 37.

²² Punkt 8 i bagatelmeddelelsen.

²³ Se dom i sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1995:98, præmis 98.

²⁴ Som defineret i bilaget til Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder (EUT L 124 af 20.5.2003, s. 36).

medlemsstaterne mærkbart. Kommissionen finder desuden, at sådanne aftaler sjældent begrænser konkurrencen mærkbart, jf. artikel 101, stk. 1, medmindre de har et konkurrencebegrænsende formål, jf. artikel 101, stk. 1. Derfor falder vertikale aftaler mellem SMV'er normalt ikke ind under artikel 101, stk. 1. I tilfælde hvor sådanne aftaler alligevel opfylder betingelserne for anvendelse af artikel 101, stk. 1, vil Kommissionen normalt ikke indlede en procedure, idet der ikke foreligger en tilstrækkelig EU-interesse, medmindre virksomhederne tilsammen eller hver især indtager en dominerende stilling i en væsentlig del af det indre marked.

3.2. Agenturaftaler

3.2.1. Definition af agenturaftaler

- (27) En agent er en juridisk eller fysisk person, der bemyndiges til på en anden persons vegne (agenturgiveren) enten i agentens eget navn eller i agenturgivers navn at forhandle og/eller indgå kontrakter om agenturgivers køb af varer eller tjenester eller om salg af varer eller tjenester, der leveres af agenturgiver.
- (28) Forholdet mellem agent og agenturgiver kan i visse situationer karakteriseres som et forhold, hvor agenten ikke længere optræder som en selvstændig økonomisk aktør. Det er tilfældet, hvis agenten ikke eller kun i ubetydeligt omfang bærer den økonomiske eller kommercielle risiko, der er forbundet med de kontrakter, der indgås eller forhandles på vegne af agenturgiveren, som nærmere beskrevet nedenfor²⁵. I dette tilfælde falder agenturaftalen uden for artikel 101, stk. 1. Det har ikke nogen større betydning for vurderingen, hvad parterne kalder deres aftale, eller hvordan den betegnes i national lovgivning. Eftersom agenturaftaler udgør en undtagelse fra den generelle anvendelse af artikel 101 på aftaler mellem virksomheder, bør betingelserne for at betegne en aftale som en agenturaftale med henblik på artikel 101, stk. 1, fortolkes meget snævert.
- (29) Der er tre typer økonomiske eller kommercielle risici, som er afgørende for, hvorvidt en aftale kan betegnes som en agenturaftale med henblik på artikel 101, stk. 1.
- For det første er der de kontraktsspecifikke risici, der er direkte forbundet med de kontrakter, som agenten indgår og/eller forhandler på agenturgivers vegne, f.eks. risici i forbindelse med finansiering af lagre.
 - For det andet er der risiciene i forbindelse med markedsspecifikke investeringer. Der er her tale om investeringer, der særligt er nødvendige for den type aktivitet, som agenten af agenturgiver er blevet udpeget til at udøve, dvs. nødvendige for at agenten kan indgå og/eller forhandle den pågældende type kontrakter. Sådanne investeringer er normalt irreversible ("sunk costs"), såfremt de ikke kan anvendes til andre aktiviteter eller alene kan sælges med betydeligt tab i det tilfælde, at den pågældende aktivitet opgives.
 - For det tredje er der risiciene i forbindelse med andre aktiviteter på det samme produktmarked, dvs. hvis agenturgiveren i forbindelse med agenturforholdet forlanger, at agenten varetager sådanne aktiviteter — ikke som agent på agenturgiverens vegne, men for egen regning.

²⁵ Se dom i sag T-325/01, Daimler Chrysler mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2005:322, sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio mod CEPESA, ECLI:EU:C:2006:784 og sag C-279/06, CEPESA Estaciones de Servicio SA mod LV Tobar e Hijos SL, ECLI:EU:C:2008:485.

- (30) En aftale vil være at betragte som en agenturaftale i forbindelse med anvendelsen af artikel 101, stk. 1, hvis agenten ikke eller kun i ubetydeligt omfang bærer de tre nævnte typer risici. Spørgsmålet om, hvorvidt de risici, som agenten bærer, er ubetydelige, vurderes normalt i forhold til de indtægter, som agenten genererer ved at optræde som agent, og ikke i forhold til de indtægter, der genereres ved salget af de varer eller tjenester, der er omfattet af agenturaftalen. Risici, som er knyttet til selve den virksomhed, der består i at optræde som agent i almindelighed, og som f.eks. beror på, at agentens indkomst afhænger af, hvor godt han udfører sit arbejde som agent, eller på generelle investeringer i f.eks. lokaler eller personale, som kan anvendes i forbindelse med enhver form for virksomhed, er imidlertid ikke relevant for denne vurdering.
- (31) I lyset heraf indeholder følgende liste med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, eksempler på elementer, der typisk kendetegner agenturaftaler. Agenten:
- (a) har ikke ejendomsretten til de købte eller solgte varer og leverer ikke selv aftaletjenesterne. Det forhold, at agenten midlertidigt i en meget kort periode kan have ejendomsretten til aftalevarerne, mens de sælges på vegne af agenturgiveren, udelukker ikke, at der er tale om en agenturaftale, forudsat at agenten ikke bærer nogen omkostninger eller risici i forbindelse med overdragelsen af ejendomsretten
 - (b) bidrager ikke til at dække omkostningerne ved levering/køb af aftalevarerne eller -tjenesterne, herunder omkostninger ved transport af varerne. Dette udelukker ikke agenten fra at udføre transporten, hvis omkostningerne derved dækkes af agenturgiver
 - (c) lagerfører ikke for egen regning og risiko aftalevarerne og dækker ikke omkostningerne ved finansiering af og tab på lagre, men kan omkostningsfrit returnere usolgte varer til agenturgiver, medmindre agenten har pådraget sig et erstatningsansvar (f.eks. fordi han ikke har truffet rimelige sikkerhedsforanstaltninger for at undgå tab af lagre)
 - (d) påtager sig ikke ansvaret for en kundes manglende opfyldelse af kontrakten (f.eks. for kundens manglende betaling), med undtagelse af tab af agentens provision, medmindre agenten har pådraget sig et erstatningsansvar (f.eks. ved at undlade at træffe rimelige sikkerheds- eller tyverisikringsforanstaltninger eller indberette tyveri til agenturgiver eller politiet eller videregive alle tilgængelige oplysninger om kundens finansielle soliditet til agenturgiver)
 - (e) påtager sig ikke ansvaret over for kunder eller tredjemand for tab eller skade, der følger af leveringen af aftalevarerne eller -tjenesterne, medmindre han som agent har pådraget sig et erstatningsansvar herfor
 - (f) er ikke, hverken direkte eller indirekte, forpligtet til at investere i salgsfremmende foranstaltninger, f.eks. ved at bidrage til agenturgivers reklamebudget eller til reklameaktiviteter eller salgsfremmende aktiviteter, som specifikt vedrører aftalevarerne eller -tjenesterne
 - (g) foretager ikke markedsspecifikke investeringer i udstyr, lokaler, uddannelse af personale eller reklame, som specifikt vedrører aftalevarerne eller -tjenesterne, som f.eks. en benzinopbevaringstank i forbindelse med detailsalg af benzin eller særligt software til en forsikringsagents salg af forsikringspolicer eller reklame vedrørende ruter eller destinationer til en rejseagents salg af flyvninger

eller hotelindkvartering, uden at omkostningerne refunderes til fulde af agenturgiveren

- (h) udøver ikke andre aktiviteter på det samme produktmarked på agenturgivers forlangende inden for rammerne af agentforholdet (såsom levering af varer), uden at omkostningerne refunderes til fulde af agenturgiveren.
- (32) Såfremt agenten påtager sig en eller flere af de risici eller omkostninger, der er nævnt i punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer, vil aftalen mellem agenten og agenturgiveren ikke blive betragtet som en agenturaftale. Risikospørgsmålet må vurderes fra sag til sag og ud fra de økonomiske realiteter frem for den juridiske form. Af praktiske grunde kan risikoanalysen starte med en vurdering af de aftalespecifikke risici. Hvis agenten bærer aftalespecifikke risici, som ikke er ubetydelige, er det tilstrækkeligt til at drage den konklusion, at agenten er en selvstændig forhandler. Bærer agenten derimod ingen aftalespecifikke risici, er det nødvendigt at fortsætte analysen med en vurdering af risiciene i forbindelse med markedsspecifikke investeringer. Hvis agenten ikke bærer nogen aftalespecifikke risici eller risici i forbindelse med markedsspecifikke investeringer, kan det endelig blive nødvendigt at vurdere risici i forbindelse med andre aktiviteter, agenten udfører på forlangende i henhold til agentforholdet på det samme produktmarked.
- (33) En agenturgiver kan godtgøre de relevante risici på forskellige måder, for så vidt som disse sikrer, at agenten ikke eller kun i ubetydeligt omfang bærer risici af den type, der er beskrevet i punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer. En agenturgiver kan f.eks. beslutte at refundere de nøjagtigt afholdte omkostninger, eller han kan dække omkostningerne i form af et fast beløb, eller han kan betale agenten en fast procentdel af indtægterne fra salget af varer eller tjenester under agenturaftalen. For at sikre, at alle relevante risici er dækket, kan det være nødvendigt, at agenten anvender en simpel metode til at anmelde og anmode om refusion af de omkostninger, der overstiger det aftalte faste beløb eller den aftalte procentdel. Det kan også være nødvendigt for agenturgiveren systematisk at overvåge eventuelle ændringer i de relevante omkostninger og at tilpasse det faste beløb eller den faste procentdel derefter. Såfremt de relevante omkostninger refunderes, ved at agenten modtager en procentdel af prisen på de solgte produkter under agenturaftalen, bør agenturgiveren også tage hensyn til, at agenten kan pådrage sig relevante markedsspecifikke investeringsomkostninger, selv om han kun foretager begrænset eller slet intet salg i en vis periode. Sådanne omkostninger skal refunderes af agenturgiveren.
- (34) En selvstændig forhandler af nogle af en leverandørs varer eller tjenester kan også optræde som agent for andre af den pågældende leverandørs varer eller tjenester, forudsat at de aktiviteter og risici, der er omfattet af agenturaftalen, effektivt kan afgrænses (f.eks. fordi de vedrører varer eller tjenester, der indeholder nye funktionaliteter eller nye egenskaber). Hvis aftalen skal kunne betragtes som en agenturaftale i forbindelse med artikel 101, skal den selvstændige forhandler reelt frit kunne beslutte at deltage i agenturaftalen (agenturgiveren må f.eks. ikke de facto pålægge agentforholdet ved at true med at opsiges eller forringe vilkårene for distributionsforholdet) og, som det fremgår af punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer, alle relevante risici i forbindelse med salget af varer eller tjenester, der er omfattet af agenturaftalen, herunder markedsspecifikke investeringer, skal bæres af agenturgiveren.

- (35) Hvis en agent for egen regning udfører andre aktiviteter for den samme eller andre leverandører, er der risiko for, at de vilkår, der er pålagt agenten for hans agentvirksomhed, vil påvirke hans incitament og beslutningsfrihed i forbindelse med salget af produkter som selvstændig virksomhed. Der er navnlig risiko for, at agenturgiverens prispolitik for de solgte produkter under agenturaftalen vil påvirke agentens/forhandlerens incitament til selv at fastsætte prisen på de produkter, han sælger som selvstændig forhandler. Desuden kan det at kombinere agentvirksomhed og selvstændig distribution for den samme leverandør gøre det vanskeligt at adskille investeringer og omkostninger i forbindelse med agentvirksomheden, herunder markedsspecifikke investeringer, fra omkostninger, der udelukkende vedrører den selvstændige virksomhed. I dette tilfælde kan vurderingen af, hvorvidt et agentforhold opfylder betingelserne i punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer, derfor vise sig at være særlig kompleks²⁶.
- (36) De risici, der er beskrevet i nærværende retningslinjers punkt 28)-31), er særligt relevante, hvis agenten udfører andre aktiviteter som selvstændig forhandler for den samme agenturgiver på det samme produktmarked. Til gengæld er der mindre sandsynlighed for, at de opstår, hvis agentens øvrige aktiviteter som selvstændig forhandler vedrører et andet produktmarked²⁷. Mere generelt kan det siges, at jo mindre indbyrdes ombyttelige produkterne er, des mindre er sandsynligheden for disse risici. Det forekommer vanskeligere at foretage denne afgrænsning på produktmarkeder, som omfatter produkter, der ikke udviser objektivt særskilte karakteristika såsom bedre kvalitet, nye egenskaber eller yderligere funktioner, og der kan derfor være en betydelig risiko for, at agenten påvirkes af vilkårene i agenturaftalen, navnlig hvad angår prisfastsættelse, for de produkter, han selvstændigt forhandler.
- (37) Med henblik på at identificere de markedsspecifikke investeringer, der skal refunderes i forbindelse med en agenturaftale med en selvstændig forhandler, der allerede er aktiv på det relevante marked, bør agenturgiveren tage hensyn til den hypotetiske situation, hvor agenten endnu ikke er aktiv på det relevante marked, i forbindelse med vurderingen af, hvilke investeringer der er relevante for den type aktivitet, som agenten skal udøve. De eneste markedsspecifikke investeringer, som agenturgiveren ikke vil skulle dække, er de omkostninger, der udelukkende vedrører salg af differentierede produkter på samme produktmarked, som ikke sælges inden for rammerne af agenturaftalen, men forhandles selvstændigt, og der adskiller sig fra de markedsspecifikke investeringer, som er nødvendige for at operere på det relevante produktmarked, og som agenturgiveren vil skulle dække under alle omstændigheder. Det skyldes, at agenten ikke ville pådrage sig de markedsspecifikke omkostninger i forbindelse med de differentierede produkter, hvis han ikke også optrådte som selvstændig forhandler af de samme produkter foruden de produkter, han forhandler som agent, forudsat at han kan operere på det relevante marked uden at sælge førstnævnte. Hvis de relevante investeringer allerede er blevet afskrevet (f.eks. investeringer i aktivitetsspecifikt inventar), kan refusionen tilpasses proportionelt herefter.

²⁶ Domstolens dom af 16. december 1975 , Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, forenede sager cases 40 til 48, 50, 54 til 56, 111, 113 og 114-73., ECLI:EU:C:1975:174, præmis 537-557.

²⁷ Dom afsagt af Retten i Første Instans (Femte Afdeling) af 15. september 2005, DaimlerChrysler AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, sag T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, præmis 100 og 113.

- (38) Eksempel på, hvordan omkostningerne kan fordeles, hvis forhandleren også optræder som agent for visse produkter fra samme leverandør.

En selvstændig forhandler sælger produkt A, B og C. Produkt A og B tilhører samme produktmarked, som omfatter differentierede produkter med objektivt forskellige egenskaber. Produkt C tilhører et andet produktmarked.

En leverandør af produkt B distribuerer normalt sine produkter gennem selvstændige forhandlere. I forbindelse med distributionen af en bestemt type af samme produkt, nemlig produkt A med en ny funktionalitet, ønsker han imidlertid at benytte en agenturaftale, som han tilbyder sine eksisterende selvstændige forhandlere på det samme produktmarked, uden de jure eller de facto at forpligte dem til at indgå denne aftale.

Hvis agenturaftalen skal falde uden for artikel 101, stk. 1, og opfylde betingelserne i punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer, skal agenturgiveren dække alle relevante investeringer i forbindelse med salg af både produkt A og produkt B (og ikke kun produkt A), eftersom de tilhører samme produktmarked. Eksempelvis vil alle omkostninger til tilpasning eller indretning af en butik med henblik på at udstille og sælge produkt A og B sandsynligvis være markedsspecifikke. Ligeledes vil omkostninger til uddannelse af personale med henblik på salg af produkt A og B samt omkostninger i forbindelse med specifikt lagerudstyr, der kræves for produkt A og B, sandsynligvis også være markedsspecifikke. Disse relevante investeringer, som normalt er nødvendige, for at en agent kan gå ind på det relevante marked og begynde at sælge produkt A og B, bør bæres af agenturgiveren, selv om den pågældende agent allerede er etableret på markedet som selvstændig forhandler.

Agenturgiveren vil imidlertid ikke skulle dække investeringer relateret til salg af produkt C, der ikke tilhører det samme produktmarked som produkt A og B. Endvidere gælder, at såfremt salget af produkt B kræver specifikke investeringer, som ikke er nødvendige for salget af produkt A (f.eks. særligt inventar eller uddannelse af personale), er disse investeringer ikke relevante og skal derfor ikke dækkes af agenturgiveren, forudsat at en forhandler kan operere på det relevante marked, som omfatter både produkt A og B, og kun sælge produkt A.

Hvad angår reklame vil investeringer i reklamering for agentens butik (og ikke specifik reklamering for produkt A) være til fordel for såvel agentens butik generelt som for salget af produkt A, B og C, selv om kun produkt A sælges under agenturaftalen. Disse omkostninger vil derfor være delvist relevante for vurderingen af agenturaftalen, for så vidt som de er relateret til salget af produkt A, som sælges under agenturaftalen, mens de også er relevante for den generelle aktivitet med at sælge produkt A og B. Omkostninger i forbindelse med en reklamekampagne, som udelukkende vedrører produkt B eller C, vil imidlertid ikke være relevante og vil derfor ikke skulle dækkes af agenturgiveren, forudsat at en forhandler kan operere på det relevante ved kun at sælge produkt A.

Samme principper gør sig gældende ved investeringer i et websted eller en onlinebutik, eftersom en del af disse investeringer ikke vil være relevante, da de vil skulle foretages, uanset hvilke produkter der sælges under agenturaftalen. Derfor skal generelle investeringer i design af et websted ikke refunderes, for så vidt som webstedets struktur som sådan kan anvendes til at sælge andre produkter, end dem der tilhører det relevante produktmarked (f.eks. produkt C eller generelt andre produkter end produkt A og B). Investeringer relateret til salg af eller reklamering for produkter

på det relevante produktmarked (dvs. både produkt A og B) på webstedet vil imidlertid være relevante. Derfor skal agenturgiveren, afhængigt af omfanget af investeringer, der kræves for at reklamere for og sælge produkt A og B på webstedet, dække en del af omkostningerne til oprettelse af webstedet eller onlinebutikken. Eventuelle specifikke investeringer i reklamering for eller salg af udelukkende produkt B vil ikke skulle dækkes, for så vidt som en forhandler kan operere på det relevante marked ved kun at sælge produkt A.

3.2.2. *Anvendelse af artikel 101, stk. 1, på agenturaftaler*

- (39) Når en aftale opfylder betingelserne for at kunne betegnes som en agenturaftale med henblik på anvendelse af artikel 101, stk. 1, anses agents salg- eller købsaktiviteter for at udgøre en del af agenturgiverens virksomhed. Eftersom agenturgiveren bærer den kommercielle og økonomiske risiko ved køb og salg af aftalevarerne eller -tjenesterne, falder alle forpligtelser pålagt agenten i forbindelse med de kontrakter, vedkommende forhandler og/eller indgår på vegne af agenturgiveren, uden for artikel 101, stk. 1. De nedenfor angivne forpligtelser påhvilende agenten anses for at indgå som en integreret del af agenturaftalen, da disse forpligtelser vedrører agenturgiverens mulighed for at bestemme omfanget af agents aktiviteter i forbindelse med aftalevarerne eller -tjenesterne. Dette er afgørende, hvis agenturgiveren skal bære risiciene i forbindelse med de kontrakter, som agenten har forhandlet og/eller indgået på agenturgiverens vegne. Agenturgiveren kan således fastlægge forretningsstrategien for så vidt angår:
- (a) begrænsninger med hensyn til det område, hvor agenten kan sælge disse varer eller tjenester
 - (b) begrænsninger med hensyn til, hvilke kundegrupper agenten må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til eller
 - (c) den pris og de vilkår, agenten skal anvende ved salg eller køb af disse varer eller tjenester.
- (40) Når agenten bærer en eller flere af de relevante risici beskrevet i punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer, er aftalen mellem agenten og agenturgiveren til gengæld ikke en agenturaftale i relation til artikel 101, stk. 1. I den situation vil agenten blive betragtet som en selvstændig virksomhed, og aftalen mellem agenten og agenturgiveren vil være omfattet af artikel 101, stk. 1, på samme måde som enhver anden vertikal aftale. Derfor præciseres det i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra k), at en virksomhed, som i henhold til en aftale, der falder ind under artikel 101, stk. 1, sælger varer eller tjenester på en anden virksomheds vegne, er en køber.
- (41) Selv om agenten ikke eller kun i ubetydeligt omfang bærer de risici, der er beskrevet i punkt 28)-31) i nærværende retningslinjer, er han stadig en særskilt virksomhed i forhold til agenturgiveren, og derfor kan bestemmelser vedrørende forholdet mellem agenten og agenturgiveren være i strid med artikel 101, stk. 1, uanset om de er en del af aftalen om salg eller køb af aftaleprodukterne eller en særskilt aftale. Sådanne bestemmelser kan være omfattet af gruppefritagelsesforordningen, navnlig hvis betingelserne i forordningens artikel 5 er opfyldt, eller de kan, uden for forordningens anvendelsesområde, opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, i konkrete tilfælde som beskrevet i afsnit 8.1.2 i nærværende retningslinjer. Agenturaftaler kan eksempelvis indeholde en bestemmelse om, at agenturgiver ikke må udpege andre agenter i relation til en bestemt transaktionstype eller kundegruppe

eller et bestemt område (eneagentur), og/eller en bestemmelse om, at agenten ikke må optræde som agent eller forhandler for virksomheder, der konkurrerer med agenturgiver (mærkeeksklusivitet). Bestemmelser om eneagentur vil normalt ikke have konkurrencebegrænsende virkninger. Bestemmelser om mærkeeksklusivitet eller forbud mod konkurrence efter aftalens ophør, påvirker konkurrencen mellem forskellige mærker (interbrandkonkurrencen) og kan være i strid med artikel 101, stk. 1, hvis de bidrager til en (kumulativ) afskærmning af det relevante marked for salg eller køb af aftalevarerne (jf. navnlig afsnit 8.2.1 og 6.2.2 i nærværende retningslinjer).

- (42) En agenturaftale kan også falde ind under artikel 101, stk. 1, selv om agenturgiver bærer alle de relevante økonomiske og kommercielle risici, når aftalen letter en ulovlig samordning. Dette kan f.eks. være tilfældet, når en række agenturgivere benytter de samme agenter og kollektivt udelukker andre fra at benytte disse agenter, eller når de benytter agenterne til at foretage samordning af markedsføringsstrategierne eller udveksle følsomme markedsoplysninger mellem agenturgiverne.
- (43) Hvis en selvstændig forhandler også optræder som agent for visse varer eller tjenester fra den samme leverandør, skal der foretages en nøje vurdering af overholdelsen af betingelserne i punkt 34)-37) i nærværende retningslinjer. Dette er nødvendigt for at undgå misbrug af agenturkonceptet i de tilfælde, hvor leverandøren ikke bliver reelt aktiv i detailledet og træffer alle de dermed forbundne distributionsbeslutninger og bærer alle relaterede risici i overensstemmelse med principperne i punkt 28)-31), men i stedet etablerer en nem måde at kontrollere detailpriserne for disse produkter, som medfører høje avancer på videresalg. Eftersom prisbinding er en alvorlig begrænsning i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, som beskrevet i afsnit 6.1.1 i disse retningslinjer, bør agenturkonceptet ikke blive misbrugt af leverandører med henblik på at omgå anvendelsen af artikel 101, stk. 1.

3.2.3. *Agenturaftaler og onlineplatformsøkonomien*

- (44) Virksomheder, der leverer onlineformidlingstjenester, kategoriseres som leverandører i gruppefritagelsesforordningen (se også punkt 60)-64) i nærværende retningslinjer) og kan derfor i princippet ikke betragtes som agenter ved anvendelsen af artikel 101, stk. 1. Udbydere af onlineformidlingstjenester optræder desuden normalt som selvstændige økonomiske aktører og ikke som en del af virksomheden for de sælgere, som de leverer onlineformidlingstjenester til. Stærke netværkseffekter og andre kendetegn ved onlineplatformsøkonomien kan være med til at skabe en betydelig ubalance i aftaleparternes størrelse og forhandlingsposition og resultere i en situation, hvor det er udbyderen af onlineformidlingstjenester, der fastsætter salgsvilkårene for aftalevarerne eller -tjenesterne og forretningsstrategien, og ikke sælgerne af de varer eller tjenester, der formidles. Samtidig betjener udbydere af onlineformidlingstjenester ofte mange forskellige sælgere på samme tid, hvilket forhindrer dem i effektivt at indgå som en del af sælgernes virksomhed. Endelig foretager udbydere af onlineformidlingstjenester typisk betydelige markedsspecifikke investeringer i f.eks. software, annoncering og eftersalgsservice, hvilket er tegn på, at disse virksomheder bærer betydelige økonomiske eller kommercielle risici i forbindelse med de kontrakter, der forhandles på vegne af de sælgere, der benytter deres onlineformidlingstjenester.

3.3. Underleveranceaftaler

- (45) Underleveranceaftaler som defineret i Kommissionens meddelelse af 18. december 1978 om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten ("underleverancemeddelelsen")²⁸ falder normalt uden for artikel 101, stk. 1. Underleverancemeddelelsen er stadig gældende og indeholder yderligere vejledning om anvendelsen af denne generelle regel. Det fremgår navnlig af underleverancemeddelelsen, at hvis ordregiveren pålægger begrænsninger af anvendelsen af teknologi eller udstyr, som han leverer til en underleverandør, skal denne teknologi eller dette udstyr være nødvendigt for at sætte underleverandøren i stand til at fremstille de berørte produkter²⁹. Samtidig præciseres anvendelsesområdet for den generelle regel, og navnlig at andre begrænsninger, der pålægges underleverandøren, normalt falder ind under artikel 101, f.eks. en forpligtelse til ikke at udføre eller udnytte egen forskning og udvikling eller til ikke at producere for tredjemand³⁰.

4. GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGENS ANVENDELSESOMRÅDE

4.1. Legalitetsformodning efter gruppefritagelsesforordningen

- (46) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 1, gælder der en legalitetsformodning for vertikale aftaler som defineret i forordningen, forudsat at leverandørens og køberens markedsandel på deres respektive relevant(e) marked(er) ikke overstiger tærsklerne i gruppefritagelsesforordningens artikel 3 (se afsnit 5.2 i nærværende retningslinjer)³¹, og at aftalen ikke indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 4 (se afsnit 6.1 i nærværende retningslinjer)³². Denne legalitetsformodning gælder, så længe Kommissionen eller en medlemsstats konkurrencemyndighed ikke har inddraget gruppefritagelsen i et konkret tilfælde, jf. artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003 (se afsnit 7.1 i nærværende retningslinjer).
- (47) I gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 1, fastsættes der desuden en legalitetsformodning for de tilfælde, hvor en leverandør anvender den eller de samme aftaler til at distribuere flere typer varer eller tjenester. Ved en sådan porteføljefordeling gælder gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler under forudsætning af at, og for de varer og tjenester, for hvilke betingelserne for anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen er opfyldt. Til gengæld finder artikel 101 anvendelse på vertikale aftaler vedrørende de varer og tjenester, som gruppefritagelsen ikke omfatter. Det betyder, at der ikke er nogen fritagelse efter forordningens artikel 2, stk. 1, men også, at der ikke gælder nogen illegalitetsformodning for sådanne aftaler.

²⁸ EFT C 1 af 3.1.1979, s. 2. Heri defineres underleveranceaftaler som aftaler, uanset om de står i forbindelse med en bestilling fra tredjemand, hvorved en virksomhed, "ordregiveren", overdrager en anden virksomhed, "underleverandøren", det hverv, efter ordregiverens anvisninger, at fremstille varer, levere tjenester eller udføre arbejder, som skal leveres til ordregiveren eller udføres for dennes regning.

²⁹ Jf. punkt 2 i underleverancemeddelelsen, som indeholder yderligere præciseringer om navnlig anvendelsen af industriel ejendomsret og knowhow.

³⁰ Jf. punkt 3 i underleverancemeddelelsen.

³¹ Over markedsandelstærsklen på 30 % er der ingen formodning for, at en vertikal aftale falder ind under artikel 101, stk. 1, eller ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

³² Hvad angår udelukkede begrænsninger og betydningen af gruppefritagelsens artikel 5 henvises til afsnit 6.2 i nærværende retningslinjer.

4.2. Definition af vertikale aftaler

- (48) Artikel 101, stk. 1, vedrører aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis. Der skelnes ikke mellem, hvorvidt disse virksomheder opererer i samme led eller i forskellige led i produktions- eller distributionskæden. Artikel 101, stk. 1, finder således anvendelse på såvel horisontale aftaler og samordnet praksis som på vertikale aftaler og samordnet praksis³³.
- (49) Ved Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis³⁴, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1215/1999 af 10. juni 1999³⁵ ("bemyndigelsesforordningen"), bemyndiges Kommissionen i overensstemmelse med artikel 101, stk. 3, til ved forordning at gruppefritage vertikale aftaler og samordnet praksis.
- (50) I overensstemmelse med bemyndigelsesforordningens artikel 1 og 3 defineres vertikale aftaler i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a), som "en aftale eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis hver især opererer inden for forskellige led i produktions- eller distributionskæden, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester"³⁶. Denne definition afspejler mindst tre hovedbetingelser, som der redegøres nærmere for nedenfor.

4.2.1. Ensidedig adfærd falder uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde

- (51) Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på vertikale aftaler og samordnet praksis. Den finder ikke anvendelse på virksomhedernes ensidige adfærd. En sådan ensidig adfærd kan falde ind under artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ("artikel 102"), der indeholder et forbud mod misbrug af dominerende stilling³⁷. For at der er tale om en aftale som omhandlet i artikel 101, er det tilstrækkeligt, at parterne har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (en såkaldt "samstemmende vilje"). Det er uden betydning, i hvilken form denne hensigt er udtrykt, når bare formen loyalt gengiver parternes hensigt.
- (52) Hvis der ikke foreligger nogen udtrykkelig aftale, som afspejler parternes samstemmende vilje, skal Kommissionen med henblik på artikel 101 bevise, at den ene parts ensidige handlemåde foregår med den anden parts samtykke. Når der er tale om vertikale aftaler, er der to måder, hvorpå det kan fastslås, om der er samtykke til en konkret ensidig handlemåde.
- (a) For det første kan eksplicit samtykke udledes af de beføjelser, som parterne måtte have i henhold til en på forhånd indgået generel aftale. Hvis en sådan generel aftale bestemmer, at en part siden kan eller skal anlægge en konkret ensidig handlemåde, som er bindende for den anden part, kan det danne

³³ Se dom i sag 56/65, *Technique Minière mod Maschinenbau Ulm*, ECLI:EU:C:1966:38, s. 240.

³⁴ EFT 36 af 6.3.1965, s. 35.

³⁵ EFT L 148 af 15.6.1999, s. 1.

³⁶ Ligesom i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a), omfatter begrebet "vertikal aftale" i nærværende retningslinjer også vertikal samordnet praksis, medmindre andet er angivet.

³⁷ Hvis der til gengæld er tale om en aftale efter artikel 101 berører gruppefritagelsesforordningen og nærværende retningslinjer ikke en mulig parallel anvendelse af artikel 102 på denne vertikale aftale.

grundlag for at fastslå, at den anden part har givet sit samtykke til denne handlemåde³⁸.

- (b) For det andet er det ved stiltiende samtykke nødvendigt først at bevise, at den ene part eksplicit eller implicit har brug for den anden parts samarbejde for at kunne gennemføre sin ensidige handlemåde, og derefter at den anden part har opfyldt dette krav ved at iværksætte denne ensidige handlemåde i praksis³⁹. Hvis f.eks. en leverandør meddeler, at han ensidigt vil indskrænke leverancerne for at forhindre parallelhandel, og forhandlerne omgående reducerer deres ordrer og ophører med parallelhandel, må disse forhandlere anses for stiltiende at have givet samtykke til leverandørens ensidige handlemåde. Den konklusion kan imidlertid ikke drages, hvis forhandlerne fortsætter deres parallelhandel eller søger at finde nye måder at drive parallelhandel på.

- (53) I lyset af ovenstående udgør generelle salgsbetingelser, selv om de fastsættes af en af parterne og stiltiende accepteres af den anden part, en aftale med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 101, stk. 1⁴⁰.

4.2.2. *Virksomhederne opererer i forskellige led i produktions- eller distributionskæden*

- (54) Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder uanset deres forretningsmodel. Eftersom endelige forbrugere ikke fungerer som virksomheder, omfatter gruppefritagelsesforordningen ikke vertikale aftaler eller samordnet praksis med forbrugere.

- (55) For at en aftale er omfattet af definitionen i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a), skal den desuden være indgået mellem virksomheder, der i relation til aftalen opererer i forskellige led i produktions- eller distributionskæden. Der er f.eks. tale om en vertikal aftale, når den ene af virksomhederne fremstiller et råmateriale eller yder en tjeneste, som den sælger til en anden virksomhed, der benytter det som input. På samme måde er der f.eks. tale om en vertikal aftale, når en producent sælger et produkt til en grossist, der sælger det videre til en detailhandler.

- (56) Eftersom definitionen i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a), henviser til den specifikke aftales formål, udelukker det forhold, at en virksomhed, som er part i aftalen, opererer i mere end et led i forsynings- eller distributionskæden ikke anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen. I forbindelse med aftaler mellem konkurrerende virksomheder skal gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, imidlertid tages i betragtning. Afsnit 4.4.3 i nærværende retningslinjer indeholder nærmere vejledning om gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4.

4.2.3. *Aftalen vedrører køb, salg eller videresalg af varer eller tjenester*

- (57) Det fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a), at en vertikal aftale for at være omfattet af forordningen skal vedrøre de betingelser, hvorpå leverandøren og køberen "kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester". I overensstemmelse med det overordnede formål med en gruppefritagelsesforordning, hvilket er at skabe retssikkerhed, skal artikel 1, stk. 1, litra a), fortolkes bredt, således at den omfatter alle vertikale aftaler, uanset om de vedrører mellemprodukter og mellemliggende tjenester eller færdigprodukter og endelige tjenester. Både de leverede varer og tjenester og, i forbindelse med

³⁸ Dom i sag C-74/04 P, Kommissionen mod Volkswagen AG, ECLI:EU:C:2006:460.

³⁹ Dom i sag T-41/96, Bayer AG mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2000:242.

⁴⁰ Se Kommissionens afgørelser i sag AT.40182, Guess, punkt 97 og den deri nævnte retspraksis.

mellemprodukter eller mellemliggende tjenester, de deraf følgende færdigvarer og endelige tjenester betragtes som aftalevarer og -tjenester med henblik på gruppefritagelsesforordningens anvendelse på den pågældende aftale.

- (58) Vertikale aftaler inden for onlineplatformsøkonomien, herunder aftaler indgået med udbydere af onlineformidlingstjenester som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), er omfattet af forordningens artikel 1, stk. 1, litra a). Både levering af onlineformidlingstjenester og de varer og tjenester, der er genstand for den transaktion, der faciliteres derved, betragtes som aftalevarer og -tjenester med henblik på gruppefritagelsesforordningens anvendelse på den aftale, som onlineformidlingstjenesterne leveres på grundlag af, og den aftale, som de formidlede varer eller tjenester leveres på grundlag af.
- (59) Gruppefritagelsesforordningen omfatter ikke vertikale begrænsninger, der ikke er knyttet til betingelserne for køb, salg og videresalg af bestemte aftalevarer og -tjenester. Disse aftaler skal gøres til genstand for en individuel vurdering med henblik på navnlig at undersøge, om de i det konkrete tilfælde falder ind under artikel 101, stk. 1, og om de i givet fald opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Gruppefritagelsesforordningen finder eksempelvis ikke anvendelse på en klausul, som parterne kan have medtaget i deres vertikale aftale, og som hindrer dem i at udføre uafhængig forskning og udvikling. Et andet eksempel vedrører leje- og leasingaftaler. Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på varer, der sælges og købes med henblik på udlejning til tredjemand, men egentlige leje- og leasingaftaler er ikke omfattet, da der ikke er tale om, at leverandøren sælger varer eller tjenester til køberen.

4.3. Vertikale aftaler inden for onlineplatformsøkonomien

- (60) Onlineplatformsøkonomien spiller en stadig større rolle i distributionen af varer og tjenester. Virksomheder, som er aktive inden for onlineplatformsøkonomien, gør det muligt at drive forretning på nye måder, som i flere tilfælde kan være vanskelige at kategorisere ved hjælp af de begreber, der traditionelt forbindes med vertikale forbindelser mellem leverandører og forhandlere med en fysisk tilstedeværelse.
- (61) I henhold til gruppefritagelsesforordningen betragtes virksomheder, der opererer i forsynings- eller distributionskæden, som leverandører eller købere. Bestemmelserne i gruppefritagelsesforordningen anvendes forskelligt, afhængigt af hvilken kategori virksomhederne hører ind under, navnlig på følgende områder:
- (a) fritagelse for ikke-gensidige vertikale aftaler mellem konkurrenter efter gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4 (se afsnit 4.4 i nærværende retningslinjer)
 - (b) beregning af markedsandel med henblik på tærsklerne i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 1 (se afsnit 5 i nærværende retningslinjer)
 - (c) inddragelse af fritagelsen efter gruppefritagelsesforordningen, jf. forordningens artikel 4 (se afsnit 6.1 i nærværende retningslinjer) og
 - (d) udelukkelse af visse begrænsninger fra legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen, jf. forordningens artikel 5 (se afsnit 6.2 i nærværende retningslinjer).
- (62) Gruppefritagelsesforordningen indeholder definitioner af begreberne "leverandør", jf. artikel 1, stk. 1, litra d), og "køber", jf. artikel 1, stk. 1, litra j). For at afstemme

vanskeligheden ved at fastlægge en udtømmende definition af disse begreber med gruppefritagelsesforordningens mål om at sikre størst mulig retssikkerhed er disse bestemmelser begrænset til at præcisere, at visse typer virksomheder henhører under den ene eller den anden kategori.

- (63) Det fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), at en virksomhed, som udbyder onlineformidlingstjenester, betragtes som en leverandør efter gruppefritagelsesforordningen. Det følger af sondringen mellem leverandører og købere i gruppefritagelsesforordningen, at en virksomhed ikke kan betragtes som køber, jf. artikel 1, stk. 1, litra j), i forbindelse med den transaktion, som den formidler. Det præciseres endvidere i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), at en udbyder af onlineformidlingstjenester er en leverandør i henhold til gruppefritagelsesforordningen, også når den er part i den transaktion, som den faciliterer. Det betyder, at en virksomhed, der leverer onlineformidlingstjenester og dermed er omfattet af definitionen i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), ikke kan undgå at blive betragtet som leverandør med hensyn til de leverede onlineformidlingstjenester ved f.eks. at blive part i den transaktion, den faciliterer, eller ved kontraktligt at fastsætte, at den er køber af de varer eller tjenester, der leveres på grundlag af en sådan transaktion.
- (64) Definitionen af udbyder af onlineformidlingstjenester i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), tager udgangspunkt i definitionen i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/1150 af 20. juni 2019 om fremme af retfærdighed og gennemsigtighed for brugere af onlineformidlingstjenester (P2B-forordningen)⁴¹. Den bygger på den opfattelse, at en virksomhed, som leverer onlineformidlingstjenester, udbyder disse for at facilitere transaktioner mellem sælgere og købere eller mellem sælgere og forbrugere, som benytter de pågældende onlineformidlingstjenester. Udgangspunktet for gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), er, at en udbyder af onlineformidlingstjenester typisk stiller infrastruktur til rådighed for virksomhederne, så de kan mødes og handle med andre virksomheder eller forbrugere online, uden at den retligt eller faktisk er ansvarlig for disse transaktioner.

4.4. Begrænsninger for anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen

4.4.1. Sammenslutninger af detailhandlere

- (65) Ifølge gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 2, omfatter gruppefritagelsen også vertikale aftaler, der indgås af en sammenslutning af virksomheder, som opfylder visse betingelser, hvilket betyder, at vertikale aftaler, der indgås af alle andre sammenslutninger, er udelukket fra legalitetsformodningen. Vertikale aftaler mellem en sammenslutning og individuelle medlemmer eller mellem en sammenslutning og individuelle leverandører falder således kun ind under gruppefritagelsesforordningen, hvis samtlige medlemmer af sammenslutningen er detailhandlere, som sælger varer (ikke tjenester) til endelige forbrugere, og ingen af medlemmerne har en omsætning, der overstiger 50 mio. EUR⁴². Hvis det kun er et begrænset antal medlemmer af sammenslutningen, der har en årsomsætning, der overstiger tærsklen på 50 mio. EUR, og disse medlemmer tilsammen tegner sig for

⁴¹ EUT L 186 af 11.7.2019, s. 57.

⁴² Tærsklen for årsomsætningen på 50 mio. EUR er baseret på tærsklerne for SMV'ers omsætning i artikel 2 i bilaget til Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder (EUT L 124 af 20.5.2003, s. 39).

mindre end 15 % af alle medlemmernes omsætning tilsammen, vil dette normalt ikke påvirke vurderingen efter artikel 101.

- (66) I en virksomhedssammenslutning kan der være tale om såvel horisontale som vertikale aftaler. De horisontale aftaler skal vurderes efter principperne i retningslinjerne for anvendelsen af traktatens artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler ("de horisontale retningslinjer")⁴³. Hvis det på grundlag af denne vurdering konkluderes, at et samarbejde mellem virksomheder om køb eller salg kan accepteres, fordi det opfylder de specifikke betingelser i nævnte retningslinjer for indkøbs- og/eller markedsføringsaftaler, skal der foretages en yderligere vurdering af de vertikale aftaler, som sammenslutningen har indgået med individuelle leverandører eller individuelle medlemmer, på grundlag af reglerne i gruppefritagelsesforordningen og navnlig betingelserne i dens artikel 3-5 og i nærværende retningslinjer. For eksempel skal horisontale aftaler indgået mellem medlemmerne af sammenslutningen eller beslutninger truffet af sammenslutningen, f.eks. en beslutning om at forpligte medlemmerne til at foretage deres indkøb hos sammenslutningen eller en beslutning om at tildele medlemmerne eksklusivområder, i første omgang vurderes som horisontale aftaler. Hvis det på grundlag af denne vurdering konkluderes, at den horisontale aftale ikke er konkurrencebegrænsende, er det nødvendigt at vurdere de vertikale aftaler mellem sammenslutningen og individuelle medlemmer eller mellem sammenslutningen og individuelle leverandører.

4.4.2. *Vertikale aftaler med bestemmelser om intellektuelle ejendomsrettigheder (IPR)*

- (67) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 3, kan vertikale aftaler indeholdende visse bestemmelser vedrørende overdragelsen eller anvendelsen af IPR falde ind under gruppefritagelsesforordningen. Til gengæld udelukkes alle andre vertikale aftaler med IPR-bestemmelser i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 3, fra dens anvendelsesområde.
- (68) Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på vertikale aftaler med IPR-bestemmelser, når følgende fem betingelser er opfyldt:
- (a) IPR-bestemmelserne skal være en del af en vertikal aftale, dvs. en aftale, der vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester
 - (b) IPR skal være overdraget eller licenseret til køberen
 - (c) IPR-bestemmelserne må ikke være aftalens hovedformål
 - (d) IPR-bestemmelserne skal være direkte forbundet med køberens eller hans kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. I tilfælde af franchising, hvor udnyttelsen af IPR sker i markedsføringsøjemed, forhandles varerne eller tjenesterne af hovedfranchisetageren eller franchisetagerne
 - (e) IPR-bestemmelserne må ikke i forhold til aftalevarerne eller -tjenesterne indeholde konkurrencebegrænsninger, der har samme formål som vertikale begrænsninger, der ikke er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen.
- (69) Disse betingelser sikrer, at gruppefritagelsesforordningen kun kan finde anvendelse på vertikale aftaler, hvor anvendelsen, salget eller videresalget af varer eller tjenester

⁴³ EUT C 11 af 14.1.2011, s. 1, som berigtiget i EUT C 33 af 2.2.2011, s. 20. Retningslinjerne er ved at blive revideret.

kan gennemføres mere effektivt, fordi der overdrages eller licenseres IPR til køberen. Med andre ord kan begrænsninger vedrørende overdragelsen eller udnyttelsen af IPR være omfattet af gruppefritagelsesforordningen, når aftalens hovedformål er køb eller distribution af varer eller tjenester.

- (70) Den første betingelse gør det klart, at tilførslen af IPR skal indgå i en aftale om køb eller distribution af varer eller en aftale om køb eller levering af tjenester og ikke i en aftale om overdragelse eller licensering af IPR med henblik på fremstilling af varer eller en ren licensaftale. Gruppefritagelsen omfatter f.eks. ikke:
- (a) aftaler, hvorved den ene part giver den anden en opskrift på en bestemt drikkevarer samt licens til produktion heraf
 - (b) aftaler, hvorved den ene part giver den anden en form eller original kopi samt licens til at fremstille og distribuere kopier
 - (c) rene licenser på et varemærke eller logo med henblik på marketing
 - (d) sponsoraftaler om retten til at reklamere med, at man er officiel sponsor for en begivenhed
 - (e) licenser på ophavsrettigheder, såsom radio- og tv-kontrakter om retten til at optage og/eller transmittere en begivenhed.
- (71) Den anden betingelse gør det klart, at gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse, når det er køberen, der overdrager IPR til leverandøren, uanset om de vedrører produktion eller distribution. En aftale om overdragelse af IPR til leverandøren, eventuelt med begrænsninger i leverandørens salg, er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Dette betyder især, at underleverancer, der indebærer overførsel af knowhow til en underleverandør, ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen (se også afsnit 3.3 i nærværende retningslinjer). Vertikale aftaler, hvorved køberen kun giver leverandøren specifikationer, der beskriver de varer eller tjenester, der skal leveres, er dog omfattet af gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde.
- (72) Den tredje betingelse gør det klart, at overdragelsen eller licenseringen af IPR ikke må være aftalens hovedformål, hvis gruppefritagelsesforordningen skal finde anvendelse. Hovedformålet skal være køb, salg eller videresalg af varer eller tjenester, og IPR-bestemmelserne skal blot bidrage til gennemførelsen af den vertikale aftale.
- (73) Den fjerde betingelse kræver, at IPR-bestemmelserne skal lette køberens eller dennes kunders anvendelse, salg eller videresalg af varer eller tjenester. Varerne eller tjenesterne til brug eller videresalg leveres normalt af licensgiver, men kan også indkøbes af licenstagere fra tredjemand. IPR-bestemmelserne vedrører normalt markedsføringen af varer og tjenester. Dette er f.eks. tilfældet ved en franchiseaftale, hvor franchisegiveren sælger varer til franchisetageren med henblik på videresalg og giver franchisetageren licens til udnyttelse af sit varemærke og sin knowhow ved markedsføringen af varerne, eller hvor leverandøren af en koncentreret ekstrakt giver køberen licens til at fortynde og aftappe ekstrakten, inden produktet sælges som drikkevarer.
- (74) Den femte betingelse understreger, at IPR-bestemmelserne ikke må have samme formål som nogen af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er opregnet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, eller nogen af de begrænsninger, der er

udelukket fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde i medfør af forordningens artikel 5 (se afsnit 6 i nærværende retningslinjer).

- (75) IPR, der er relevant for gennemførelsen af vertikale aftaler som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 3, vedrører normalt følgende tre hovedområder: varemærker, ophavsrettigheder og knowhow.

4.4.2.1. Varemærker

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

4.4.2.2. Ophavsrettigheder

- (77) Forhandlere af varer eller tjenester, der er omfattet af ophavsrettigheder (bøger, software osv.), kan af rettighedshaveren forpligtes til kun at videresælge på betingelse af, at køberen, der kan være en anden forhandler eller den endelige bruger, ikke krænker ophavsretten. Sådanne forpligtelser for videreforhandleren er omfattet af gruppefritagelsen, i det omfang de i det hele taget falder ind under artikel 101, stk. 1.

- (78) Aftaler om levering af fysiske kopier af softwareprodukter til videresalg, hvor forhandleren ikke opnår licens for nogen rettighed over softwareprodukterne, men kun har ret til at videresælge kopien, betragtes i relation til gruppefritagelsesforordningen som aftaler om levering af varer til videresalg. Ved denne distributionsform meddeles der kun licens for softwareprodukterne mellem rettighedshaveren og brugeren af softwareprodukterne. Det sker eventuelt i form af en såkaldt "shrink wrap"-licens, dvs. at pakken med den fysiske kopi indeholder en række betingelser, som den endelige forbruger anses for at have accepteret, når han har åbnet pakken.

- (79) Købere af hardware, der indeholder ophavsretligt beskyttet software, kan af rettighedshaveren blive pålagt ikke at krænke ophavsretten, og må derfor ikke tage kopier og videresælge den pågældende software eller tage kopier og bruge dem i forbindelse med anden hardware. Sådanne brugsrestriktioner er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, i det omfang de overhovedet falder ind under artikel 101, stk. 1.

4.4.2.3. Knowhow

- (80) Franchiseaftaler, med undtagelse af produktionsfranchiseaftaler, er det mest oplagte eksempel på, at en køber får overført knowhow til markedsføringsformål⁴⁴. Franchiseaftaler omfatter IPR-licenser vedrørende varemærker eller logoer og knowhow med henblik på anvendelse og distribution af varer eller levering af tjenester. Foruden IPR-licenser yder franchisegiveren normalt franchisetageren kommerciel eller teknisk bistand i hele aftalens løbetid, eksempelvis leveringsservice, uddannelse, rådgivning om fast ejendom og finansiell planlægning. Licensen og bistanden udgør en integrerende bestanddel af det forretningskoncept, der er omfattet af franchisen.
- (81) Licenser i franchiseaftaler er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, hvis alle fem betingelser i punkt 70) i nærværende retningslinjer er opfyldt. Betingelserne er

⁴⁴ Punkt 43)-45) finder tilsvarende anvendelse på andre typer distributionsaftaler, som indebærer overførsel af væsentlig knowhow fra leverandør til køber.

normalt opfyldt, eftersom franchisegiveren i henhold til de fleste franchiseaftaler, også i hovedfranchiseaftaler, normalt leverer varer og/eller tjenester, navnlig tjenester i form af kommerciel eller teknisk bistand, til franchisetageren. IPR gør det lettere for franchisetageren at videresælge de produkter, der leveres af franchisegiveren eller en af denne udpeget leverandør, eller at udnytte disse produkter og sælge de produkter og tjenester, der følger heraf. Hvis franchiseaftalen kun eller primært vedrører IPR-licenser, er den ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen, men Kommissionen vil som hovedregel anvende de principper, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningen og i nærværende retningslinjer, på aftalen.

(82) Følgende IPR-relaterede forpligtelser anses normalt for at være nødvendige for at beskytte franchisegiverens IPR og, hvis de falder ind under artikel 101, stk. 1, er de også omfattet af gruppefritagelsesforordningen:

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

4.4.3. *Vertikale aftaler mellem konkurrenter*

(83) Mens gruppefritagelsesforordningen i henhold til dens artikel 2, stk. 8 — som afsnit 4.5 i nærværende retningslinjer indeholder vejledning om — ikke finder anvendelse på vertikale aftaler, hvis deres genstand er omfattet af anvendelsesområdet for en anden gruppefritagelsesforordning, medmindre andet er fastsat i den pågældende forordning, udelukker gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, første punktum, også udtrykkeligt vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder fra gruppefritagelsen, medmindre disse vertikale aftaler hører ind under de undtagelser, der er nævnt i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) og b). Vertikale aftaler mellem konkurrenter, som er udelukket fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde, skal derfor vurderes på grundlag af de horisontale retningslinjer, herunder retningslinjerne for informationsudveksling inden for rammerne af en vertikal aftale mellem konkurrerende virksomheder. Når en vertikal aftale falder ind

under en af undtagelserne i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) eller b), og den ikke har horisontale konkurrencebegrænsende formål, skal den udelukkende vurderes på grundlag af nærværende retningslinjer.

- (84) I gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra c), defineres en konkurrerende virksomhed som en "faktisk eller potentiel konkurrent". Hvis to virksomheder er aktive på det samme relevante produktmarked eller geografiske marked, betragtes de som faktiske konkurrenter. En virksomhed betragtes som en potentiel konkurrent til en anden virksomhed, hvis det er sandsynligt, at førstnævnte virksomhed i tilfælde af en mindre, men varig stigning i de relative priser, inden for et kort tidsrum på normalt ikke over et år ville foretage de nødvendige ekstra investeringer eller afholde de andre omkostninger, der måtte være nødvendige for at gå ind på det relevante marked, som den anden virksomhed operer på, hvis aftalen ikke havde fandtes. Denne vurdering skal foretages på et realistisk grundlag og tage hensyn til markedets struktur og den økonomiske og retlige situation, som virksomheden befinder sig i. Det betyder, at en rent teoretisk mulighed for at trænge ind på markedet ikke er tilstrækkelig. Der skal være en reel og konkret mulighed for, at virksomheden kan trænge ind på markedet uden uoverstigelige adgangsbarrierer. Det er til gengæld ikke nødvendigt med sikkerhed at påvise, at den pågældende virksomhed rent faktisk vil trænge ind på det berørte marked og derefter vil være i stand til at bevare sin position på markedet.⁴⁵
- (85) En forhandler, der giver en producent specifikationer til fremstilling af bestemte varer under forhandlerens mærke, er ikke at betragte som en producent af de varer, der sælges under forhandlerens mærke, og dermed som en konkurrent til producenten. Fritagelsen efter forordningens artikel 2, stk. 1, gælder således på aftaler mellem en forhandler, der sælger varer produceret af tredjepart under sit eget mærke, og en leverandør af mærkevarer på det samme relevante marked. Derimod betragtes forhandlere, der selv producerer varer under eget mærke, som producenter. Det betyder, at fritagelsen efter forordningens artikel 2, stk. 1, ikke anvendes på aftaler mellem sådanne forhandlere og leverandører af mærkevarer på det samme relevante marked. En sådan aftale skal derfor først vurderes i henhold til de horisontale retningslinjer.
- (86) Gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, andet punktum, indeholder to undtagelser til den generelle regel om, at vertikale aftaler mellem konkurrenter er udelukket fra legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen. Begge undtagelser, dvs. artikel 2, stk. 4, litra a) og b), vedrører aftaler om parallel distribution mellem en leverandør af varer eller tjenester, som også opererer på detailmarkedet, og dennes forhandlere. Det er typisk tilfældet, når leverandøren hovedsagelig er aktiv i de første led af produktions- eller distributionskæden og har begrænsede tilknyttede aktiviteter i detailledet. Når leverandøren og køberen tilsammen har en markedsandel på det relevante detailmarked på højst [10] %, er det usandsynligt, at der vil opstå horisontale konkurrenceproblemer, og en eventuel

⁴⁵ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret ("Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning") (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5, punkt 20-24). Der vil snart blive foretaget en revision af Kommissionens meddelelse om markedsafgrænsning. Se også Kommissionens trettende beretning om konkurrencepolitikken, punkt 55, og Domstolens dom i sag C-307/18, Generics (UK) Ltd m.fl. mod Competition and Markets Authority, ECLI:EU:C:2020:52, præmis 36-45 og dom i sag C-591/16 P, H. Lundbeck A/S og Lundbeck Ltd mod Europa-Kommissionen, ECLI:EU:C:2021:243, præmis 54-57.

virkning på den horisontale konkurrence mellem parterne på detailmarkedet anses for at være af mindre betydning end den potentielle virkning af parternes vertikale aftale for konkurrencen generelt i forsynings- eller distributionsleddet.

- (87) Derfor er en vertikal aftale mellem konkurrenter, som falder ind under gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) eller b), fritaget efter samme forordnings artikel 2, stk. 1, hvis følgende betingelser er opfyldt:
- (a) aftalens genstand er ikke omfattet af en anden gruppefritagelsesforordning, jf. artikel 2, stk. 8
 - (b) leverandøren og køberen har tilsammen en markedsandel på det relevante detailmarked på højst [10] % og begrænser dermed ikke mærkbart konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1⁴⁶, og aftalen indeholder ikke alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4.
 - (c) betingelserne i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) eller b), er opfyldt
 - (d) aftalen har ikke til formål at begrænse den horisontale konkurrence, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 6.

Denne fritagelse vedrører alle aspekter af den ikke-gensidige vertikale aftale og alle dens følger i form af horisontale begrænsninger, herunder de der følger af informationsudvekslingen mellem konkurrerende virksomheder. Aftaler, der har horisontale konkurrencebegrænsende formål, er ikke omfattet af undtagelserne i artikel 2, stk. 4, litra a) eller b)⁴⁷. Spørgsmålet om, hvorvidt en aftale kan betragtes som en aftale om parallel distribution med henblik på gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) eller b), bør fortolkes snævert som følge af denne bestemmelses ekstraordinære karakter.

- (88) Undtagelsen efter gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a), vedrører de situationer, hvor leverandøren er enten producent, grossist eller importør og samtidig er forhandler af varer, mens køberen udelukkende er en forhandler, der ikke konkurrerer med producenten i de foregående omsætningsled.
- (89) Undtagelsen i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra b), vedrører de situationer, hvor leverandøren er tjenesteudbyder, der opererer i flere omsætningsled, mens køberen udelukkende opererer i detailledet og ikke konkurrerer med leverandøren i det omsætningsled, hvor han køber aftaletjenesterne.
- (90) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 5, er en vertikal aftale mellem konkurrerende virksomheder, som tilsammen har en markedsandel på detailmarkedet på over [10] %, stadig fritaget efter gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 1, såfremt følgende betingelser er opfyldt:
- (a) aftalens genstand er ikke omfattet af en anden gruppefritagelsesforordning, jf. artikel 2, stk. 8
 - (b) markedsandelstærsklen i gruppefritagelsesforordningens artikel 3 er overholdt, og aftalen indeholder ikke alvorlige begrænsninger, jf. artikel 4

⁴⁶ Bagatelmeddelelsen, punkt 8.

⁴⁷ Se dom i sag C-226/11, Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m.fl., ECLI:EU:C:2012:795, præmis 37.

- (c) betingelserne i gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, litra a) eller b), er opfyldt
 - (d) enhver informationsudveksling mellem parterne er forenelig med det relevante kapitel i de horisontale retningslinjer, der vedrører konkurrencevurderingen af informationsudveksling
 - (e) aftalen har ikke til formål at begrænse den horisontale konkurrence, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 6.
- (91) I henhold til artikel 2, stk. 7, kan leverandører af onlineformidlingstjenester, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), som har en hybrid funktion, dvs. de leverer onlineformidlingstjenester og sælger varer eller tjenester i konkurrence med virksomheder, som de leverer disse formidlingstjenester til, ikke være omfattet af undtagelserne vedrørende parallel distribution. Eftersom den detailaktivitet, som udbydere af onlineformidlingstjenester med en sådan hybrid funktion varetager, typisk giver anledning til ikke ubetydelige betænkeligheder vedrørende den horisontale konkurrence, opfylder de ikke betingelserne for undtagelsen vedrørende parallel distribution, som under alle omstændigheder skal fortolkes snævert. Af samme grund er enhver begrænsning af omfanget af onlineformidlingstjenester eller af betingelserne for levering af sådanne tjenester til tredjepart ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Dette gælder ikke alene begrænsninger, der er fastsat i en aftale med køberen af onlineformidlingstjenester, men også aftaler om køb af varer eller tjenester, der sælges af udbyderen af onlineformidlingstjenester med en hybrid funktion.
- (92) Vertikale aftaler med hybride udbydere af onlineformidlingstjenester skal vurderes fra sag til sag, navnlig under hensyntagen til nærværende retningslinjer (se afsnit 8) og de horisontale retningslinjer. Denne vurdering skal omfatte alle aspekter af forholdet mellem udbydere af onlineformidlingstjenester med en hybrid funktion og de virksomheder, som de leverer onlineformidlingstjenester til, herunder eksempelvis udveksling af information.

4.5. Forholdet til andre gruppefritagelsesforordninger

- (93) Som forklaret i afsnit 4.1 og 4.2 i nærværende retningslinjer finder gruppefritagelsesforordningen anvendelse på aftaler mellem virksomheder, der opererer i forskellige led i produktions- eller distributionskæden, når denne aftale vedrører de betingelser, hvorpå parterne må købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester. Sådanne vertikale aftaler skal udelukkende vurderes efter gruppefritagelsesforordningen og nærværende retningslinjer uanset resultatet af denne vurdering. De er omfattet af legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen, hvis markedsandelstærsklerne ikke er overskredet, og aftalerne ikke indeholder alvorlige begrænsninger.
- (94) Det fremgår imidlertid af gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 8, at forordningen ikke gælder "for vertikale aftaler, hvis genstand er omfattet af anvendelsesområdet for andre gruppefritagelsesforordninger, medmindre andet er fastsat i sådanne forordninger". Det er derfor vigtigt først at undersøge, om en vertikal aftale er omfattet af anvendelsesområdet for en anden gruppefritagelsesforordning. Som det fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4, er vertikale aftaler mellem konkurrerende virksomheder f.eks. i princippet udelukket fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde og skal vurderes efter reglerne for horisontale aftaler. Gruppefritagelsesforordningens artikel

2, stk. 4, litra a) og b), indeholder undtagelser fra dette princip, som skal sammenholdes med gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 5, hvis markedsandelstærsklen i artikel 2, stk. 4, litra a) eller b), er overskredet, men markedsandelstærsklen i artikel 3 ikke er overskredet. Disse bestemmelser tager hensyn til det forhold, at aftaler om parallel distribution kan have virkninger på markedet og medføre mulige konkurrenceproblemer svarende til dem, der følger af horisontale aftaler.

- (95) Derfor finder gruppefritagelsesforordningen ikke anvendelse på vertikale aftaler, der er omfattet af følgende gruppefritagelsesforordninger eller fremtidige gruppefritagelsesforordninger vedrørende de typer aftaler, der er nævnt i de efterfølgende afsnit, medmindre andet er fastsat i den pågældende forordning:
- Kommissionens forordning (EU) nr. 316/2014 af 21. marts 2014 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler⁴⁸
 - Kommissionens forordning (EU) nr. 1217/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler⁴⁹
 - Kommissionens forordning (EU) nr. 1218/2010 af 14. december 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på visse kategorier af specialiseringsaftaler⁵⁰.
- (96) Gruppefritagelsesforordningen finder heller ikke anvendelse på de typer aftaler mellem konkurrenter, der er nævnt i de horisontale retningslinjer, medmindre andet er fastsat i det relevante kapitel i de horisontale retningslinjer.
- (97) Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på vertikale aftaler om køb, salg eller videresalg af reservedele til motorkøretøjer og om reparation og vedligeholdelse af motorkøretøjer. Sådanne aftaler er alene omfattet af gruppefritagelsesforordningen, hvis de foruden betingelserne i gruppefritagelsesforordningen også opfylder de yderligere betingelser i Kommissionens forordning (EU) nr. 461/2010 af 27. maj 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis inden for motorkøretøjsbranchen og de tilhørende retningslinjer.

4.6. Vigtigste typer distributionssystemer

- (98) En leverandør kan tilrettelægge sit distributionssystem, således som han finder det mest hensigtsmæssigt. En leverandør kan f.eks. vælge vertikal integration, hvilket betyder, at han sælger sine varer eller tjenester direkte til de endelige brugere eller distribuerer dem gennem vertikalt integrerede forhandlere, som er forbundne virksomheder som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 2. Et sådant distributionssystem vedrører kun én specifik virksomheds interne organisation og falder derfor uden for artikel 101, stk. 1.
- (99) En leverandør kan også vælge at udpege selvstændige forhandlere. I den forbindelse kan leverandøren oprette et eller en kombination af distributionssystemer. De mest

⁴⁸ EUT L 93 af 28.3.2014, s. 17.

⁴⁹ EUT L 335 af 18.12.2010, s. 36.

⁵⁰ EUT L 335 af 18.12.2010, s. 43.

almindelige former er eksklusiv distribution, selektiv distribution og franchising. Eftersom de vertikale aftaler, der er nødvendige for oprettelsen af sådanne distributionssystemer, indgås mellem selvstændige virksomheder, kan de falde ind under artikel 101, stk. 1, og være omfattet af gruppefritagelsen eller af en individuel undtagelse efter artikel 101, stk. 3, forudsat at de gældende betingelser er opfyldt.

4.6.1. *Systemer med eksklusiv distribution*

4.6.1.1. Definition af eksklusivt distributionssystem

- (100) I et eksklusivt distributionssystem tildeler leverandøren én eller et begrænset antal købere og/eller forbeholder sig selv et område eller en kundegruppe og hindrer andre købere inden for Unionen i aktivt at foretage salg i det eksklusive område eller til den eksklusive kundegruppe⁵¹.
- (101) Leverandører benytter ofte denne type system til at tilskynde forhandlerne til at foretage de finansielle og ikkefinansielle investeringer, der er nødvendige for at udvikle leverandørens mærke i et område, hvor det ikke er velkendt, eller for at sælge et nyt produkt i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe eller for at koncentrere forhandlerens aktiviteter på et bestemt produkt (f.eks. en særlig markedsførings- eller præsentationsindsats). Hvad angår forhandlerne søger de gennem størrelsen af det område eller den kundegruppe, der tildeles dem eksklusivt, og den beskyttelse, dette indebærer, at sikre sig en vis omsætning og avance, som kan retfærdiggøre deres investeringsindsats.
- (102) Ud fra dette rationale bør antallet af eksklusivforhandlere være begrænset til én eller et begrænset antal (dvs. delt eksklusivitet) for et givet område eller en given kundegruppe. Eksklusiv distribution må ikke anvendes til at beskytte et stort antal forhandlere mod konkurrence uden for eksklusivområdet, eftersom dette vil føre til en opdeling af det indre marked. Derfor bør antallet af udpegede forhandlere fastsættes i forhold til det tildelte område eller den tildelte kundegruppe, således at der sikres en vis omsætning, som kan opretholde deres investeringsindsats.
- (103) De udpegede forhandlere er beskyttet mod aktivt salg foretaget af leverandørens øvrige købere i eksklusivområdet eller til den eksklusive kundegruppe. Når en leverandør tildeler et eksklusivområde eller en eksklusiv kundegruppe til mere end én forhandler, nyder alle disse forhandlere den samme beskyttelse mod aktivt salg foretaget af andre købere, mens der ikke kan indføres begrænsninger af det aktive eller passive salg mellem disse forhandlere.
- (104) De vertikale aftaler, der anvendes i forbindelse med eksklusiv distribution, bør fastsætte størrelsen af det område eller den kundegruppe, der tildeles forhandlerne eksklusivt. Eksklusivområdet kan omfatte en medlemsstats område eller et område, der er større eller mindre. Den eksklusive kundegruppe kan f.eks. fastlægges ud fra kundernes beskæftigelsesområde eller på grundlag af en liste over kunder udvalgt på basis af et eller flere objektive kriterier. Afhængigt af, hvilke kriterier der anvendes, kan kundegruppen være begrænset til en enkelt kunde.
- (105) Når et område eller en kundegruppe endnu ikke er blevet tildelt en eller flere forhandlere eksklusivt, kan leverandøren forbeholde sig selv det pågældende område eller den pågældende kundegruppe og bør underrette de øvrige forhandlere herom. Det er ikke nødvendigt, at leverandøren er forretningsmæssigt aktiv i det forbeholdte

⁵¹ Jf. gruppiefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra g).

område eller over for den forbeholdte kundegruppe, eftersom han kan ønske at reservere disse med henblik på at tildele dem til andre forhandlere i fremtiden.

4.6.1.2. Anvendelse af artikel 101 på eksklusive distributionssystemer

- (106) I et distributionssystem, hvor leverandøren eksklusivt tildeler et område eller en kundegruppe til én eller flere købere, er markedsopdeling det primære potentielle konkurrenceproblem, hvilket kan føre til prisdiskrimination og svækket intrabrandkonkurrence, navnlig ved eneeksklusivitet. Når størsteparten, alle eller den stærkeste af de leverandører, der er aktive på et marked, driver et eksklusivt distributionssystem, kan det også svække interbrandkonkurrencen og lette samordning på både leverandør- og forhandlerniveau. Endelig kan eksklusiv distribution udelukke andre forhandlere fra markedet og dermed svække intrabrandkonkurrencen i distributionsleddet.
- (107) Aftaler om eksklusiv distribution er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, når hverken leverandørens eller forhandlerens markedsandel overstiger 30 %, og når aftalen ikke indeholder alvorlige begrænsninger. En eksklusiv distributionsaftale kan stadig være omfattet af legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen, hvis den er kombineret med andre ikkealvorlige vertikale begrænsninger, f.eks. en konkurrenceklausul på højst fem år, mængdeforpligtelser eller en eksklusiv købsforpligtelse. Når antallet af eksklusivforhandlere ikke er begrænset og fastsat i forhold til det tildelte område eller den tildelte kundegruppe, således at der sikres en vis omsætning, som kan opretholde deres investeringsindsats, vil et sådant distributionssystem sandsynligvis ikke have effektivitetsfremmende virkninger. Hvis der opstår mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget.
- (108) Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af eksklusive distributionsaftaler i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen på 30 % er overskredet.
- (109) Antallet af forhandlere, som har fået tildelt et område eller en kundegruppe eksklusivt, har betydning for vurderingen af det eksklusive distributionssystem. Jo flere forhandlere, der er, des mindre svækkes intrabrandkonkurrencen, men det betyder også, at der er lavere sandsynlighed for, at forhandlerne har tilstrækkeligt incitament til at foretage investeringer i udvikling af leverandørens mærke og fremme salget af hans produkt/-er.
- (110) Leverandørens og konkurrenternes markedsposition har stor betydning, da den manglende intrabrandkonkurrence kun er problematisk, hvis interbrandkonkurrencen er begrænset. Hvis leverandøren står stærkt på markedet, dvs. har en markedsandel på over 30 %, er der større sandsynlighed for svag interbrandkonkurrence, mens der er større risiko for konkurrenceproblemer som følge af den reducerede intrabrandkonkurrence.
- (111) Konkurrenternes position kan have betydning i to henseender. Stærke konkurrenter betyder normalt, at enhver svækkelse af intrabrandkonkurrencen, som kan være særlig vigtig i tilfælde af enedistribution, opvejes af en tilstrækkelig interbrandkonkurrence. Hvis antallet af leverandører på et marked imidlertid er forholdsvis lavt, og de stort set har samme position på markedet, når det gælder markedsandel, kapacitet og distributionsnet, er der risiko for ulovlig samordning og/eller svækkelse af konkurrencen. Tabet af intrabrandkonkurrence kan øge denne risiko, især når flere leverandører anvender ensartede distributionssystemer.

Eksklusivforhandling af flere mærker, dvs. når forskellige leverandører udpeger den/de samme eksklusivforhandler(e) i et givet område, kan yderligere øge risikoen for ulovlig samordning og/eller svækkelse af konkurrencen i såvel forsynings- som distributionsleddet. Hvis en eller flere forhandler(e) tildeles eneret til at forhandle to eller flere vigtige konkurrerende produkter i samme område, kan interbrandkonkurrencen mellem disse mærker blive reduceret væsentligt, navnlig i tilfælde af lineære engrostakster. Jo højere den kumulative markedsandel for de mærker, der forhandles af disse eksklusivforhandlere af flere mærker, er, desto større er risikoen for ulovlig samordning og/eller svækkelse af konkurrencen, og jo mindre interbrandkonkurrence vil der være. Hvis en eller flere detailhandlere er eksklusivforhandler(e) af flere mærker, er der risiko for, at en leverandørs nedsættelse af engrosprisen på sit mærke ikke vil blive videreført af eksklusivforhandlerne og komme den endelige forbruger til gode, da det vil reducere detailhandlerens salg og fortjeneste på de andre mærker. Sammenlignet med en situation uden eksklusivforhandling af flere mærker vil leverandørerne derfor have en ringe interesse i at konkurrere med hinanden på prisen. Sådanne kumulative virkninger kan være en grund til at inddrage gruppefritagelsen, når leverandørernes og købernes markedsandele ligger under tærsklen på 30 % i gruppefritagelsesforordningen.

- (112) Adgangsbarrierer, der kan hindre leverandørerne i at etablere deres eget integrerede distributionsnet eller finde alternative forhandlere, er af mindre betydning for vurderingen af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med eksklusiv distribution, navnlig når der er tale om delt eksklusivitet. Der vil ikke ske udelukkelse af andre leverandører, så længe den eksklusive distribution ikke kombineres med mærkeeksklusivitet, som forpligter eller tilskynder forhandleren til at samle sine ordrer på en bestemt type produkt hos én leverandør. Selv om forhandleren ved mærkeeksklusivitet ikke er forpligtet til at købe produkterne hos leverandøren, kan kombinationen af eksklusiv distribution og mærkeeksklusivitet gøre det vanskeligere for andre leverandører at finde alternative forhandlere.
- (113) Udelukkelse af andre forhandlere er ikke problematisk, når den leverandør, der driver det eksklusive distributionssystem, udpeger et stort antal eksklusivforhandlere på det samme marked, og disse eksklusivforhandlers salg til andre ikkegodkendte forhandlere ikke begrænses. Udelukkelse af andre forhandlere kan dog blive problematisk i tilfælde af markedsstyrke i de efterfølgende omsætningsled, navnlig når der er tale om meget store eksklusivforhandlingsområder, hvor eksklusivforhandleren bliver den eneste køber på et helt marked. Som eksempel herpå kan nævnes en supermarkeds kæde, der bliver den eneste forhandler af et førende mærke på det nationale fødevarerdetailmarked. Denne markedsafskærmningsvirkning over for andre forhandlere kan blive yderligere forværret, hvis der er tale om eksklusivforhandling af flere mærker.
- (114) Købermagt kan også øge risikoen for ulovlig samordning på købersiden, når store købere, eventuelt etableret i det samme eller forskellige områder, påtvinger en eller flere leverandører eksklusive distributionsaftaler.
- (115) Det er vigtigt at vurdere dynamikken på markedet, eftersom stigende efterspørgsel, skiftende teknologier og skiftene markedspositioner kan mindske sandsynligheden for negative virkninger i forhold til mere modne markeder.
- (116) Omsætningsleddet er af betydning, da de mulige negative virkninger kan være forskellige på engros- og detailniveau. Eksklusiv distribution anvendes hovedsagelig

inden for distribution af færdigvarer og endelige tjenester. Tab af intrabrandkonkurrence er især sandsynlig på detailniveau, hvis der er tale om store områder, da de endelige forbrugere kan blive stillet over for meget få muligheder for at vælge mellem en forhandler med høje priser/højt serviceniveau og en forhandler med lave priser/lavt serviceniveau for et stort mærkes vedkommende.

- (117) Når en producent vælger en grossist som eksklusivforhandler, vil det normalt være for et stort område, f.eks. en hel medlemsstat. Så længe grossisten kan sælge produkterne uden begrænsninger til detailhandlere i de efterfølgende led, er det usandsynligt, at der vil være tale om mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger. Et eventuelt tab af intrabrandkonkurrence på grossistniveau kan let opvejes af effektivitetsgevinster inden for logistik eller salgsfremme, især når producenten er etableret i en anden medlemsstat. De mulige risici for tab af interbrandkonkurrence i forbindelse med eksklusivforhandling af flere mærker er imidlertid større på grossistniveau end på detailniveau. Hvis en enkelt grossist bliver eksklusivforhandler for et stort antal leverandører, er der ikke alene risiko for, at konkurrencen mellem de pågældende mærker begrænses, men også for, at der sker markedsafskærmning i grossistledet.
- (118) Vurderingen af et eksklusivt distributionssystem, hvor en leverandør tildeler én eller flere købere en kundegruppe eksklusivt, er underlagt de samme betingelser som de, der er nævnt i punkt 100)-117) i nærværende retningslinjer, og bør desuden tage følgende i betragtning:
- (119) Ligesom ved eksklusiv tildeling af et geografisk område gør eksklusiv tildeling af en kundegruppe det normalt vanskeligere for kunderne at foretage arbitrage. Da hver af de udpegede forhandlere har sin egen kundegruppe, kan det desuden være vanskeligt for forhandlere, som ikke har fået tildelt en eksklusiv kundegruppe, at skaffe produktet hos leverandøren. Sidstnævnte forhandleres arbitragemuligheder vil derfor blive begrænset.
- (120) Et eksklusivt distributionssystem, som begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, kan imidlertid stadig medføre effektivitetsgevinster, som opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, og dermed være fritaget for anvendelse af artikel 101 på individuel basis.
- (121) Som nævnt i punkt 112) i nærværende retningslinjer er det usandsynligt, at der vil opstå problemer med afskærmning over for andre leverandører, medmindre eksklusivforhandling kombineres med mærkeeksklusivitet. Selv i den situation, hvor eksklusivforhandling kombineres med mærkeeksklusivitet, er det dog usandsynligt, at andre leverandører vil blive udelukket fra markedet, undtagen måske når denne mærkeeksklusivitet anvendes inden for et tæt net af eksklusivforhandlere, der hver især har små eksklusivområder, eller hvis der er tale om kumulative virkninger. I dette tilfælde bør principperne om mærkeeksklusivitet i afsnit 8.2.1 i nærværende retningslinjer anvendes. Hvis kombinationen af eksklusiv distribution og mærkeeksklusivitet imidlertid ikke fører til nogen væsentlig afskærmning, kan den faktisk være konkurrencefremmende, idet den kan øge eksklusivforhandlernes incitamenter til at koncentrere deres indsats om et bestemt mærke. Hvis der ikke er tale om nogen væsentlig afskærmningsvirkning, vil kombinationen af eksklusivforhandling og mærkeeksklusivitet meget vel kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, i hele aftalens løbetid, især på grossistniveau.
- (122) Kombinationen af eksklusivforhandling med eksklusive købsforpligtelser, hvorefter eksklusivforhandlerne skal foretage deres køb af det pågældende mærke direkte hos

leverandøren, øger konkurrenceproblemerne i forbindelse med nedsat intrabrandkonkurrence og markedsopdeling, hvilket navnlig kan lette prisdiskriminering. Eksklusiv distribution begrænser allerede kundernes mulighed for arbitrage, da det begrænser antallet af forhandlere og typisk kombineres med begrænsninger af aktivt salg, der pålægges andre forhandlere for at beskytte eksklusivforhandlerens investeringer i eksklusivområdet. Eksklusive købsforpligtelser fjerner desuden eksklusivforhandlerens mulighed for arbitrage, idet de forhindres i at købe fra andre forhandlere i det eksklusive distributionssystem. Som følge heraf får leverandøren bedre muligheder for at begrænse intrabrandkonkurrencen ved at anvende ulige salgsvilkår til skade for forbrugerne, medmindre denne kombination af eksklusivforhandling og eksklusive købsforpligtelser åbner mulighed for effektivitetsgevinster, der kan føre til lavere priser.

- (123) Produktets art kan være relevant for vurderingen af eventuelle konkurrenceskadelige virkninger i forbindelse med eksklusiv forhandling. Disse virkninger vil være mindre udtalte i brancher, hvor onlinesalg er mere udbredt. Det er også relevant for vurderingen af mulige effektivitetsgevinster, dvs. når der er konstateret en mærkbar konkurrencebegrænsning.
- (124) Eksklusivforhandling kan skabe effektivitetsgevinster, især når det kræves, at forhandlerne foretager investeringer for at beskytte eller opbygge mærkets omdømme og yde førsalgsservice. Generelt er effektivitetsgevinsterne størst for nye produkter, komplekse produkter og produkter, hvis kvalitet vanskeligt kan vurderes før forbrug (såkaldte oplevelsesprodukter) eller selv efter forbrug (såkaldte tillidsprodukter). Endvidere kan eksklusivforhandling føre til logistikbesparelser som følge af stordriftsfordele på transport- og distributionsområdet.
- (125) De effektivitetsgevinster, der kan følge af delt eksklusivitet, kan anses for at opveje for eventuelle negative virkninger, som sådan et system kan skabe, forudsat at leverandøren kan påvise, at antallet af eksklusivforhandlere er blevet fastsat i forhold til det tildelte område eller den tildelte kundegruppe, således at der sikres en vis omsætning, som kan opretholde forhandlerens investeringsindsats.
- (126) Eksklusive distributionssystemer, der er baseret på tildeling af eksklusive kundegrupper, og som begrænser konkurrencen, jf. artikel 101, stk. 1, kan også opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, og dermed være fritaget for anvendelse af artikel 101 på individuel basis. Eksklusiv kundetildeling kan skabe effektivitetsgevinster, når det er nødvendigt for forhandlerne at foretage investeringer for at opbygge mærkets omdømme eller at investere i eksempelvis særligt udstyr, uddannelse eller knowhow med henblik på at tilpasse sig betingelserne for den kundegruppe, de har fået tildelt, eller når disse investeringer medfører stordriftsfordele eller logistikfordele (f.eks. en detailforhandler, der særligt tager sig af offentlige udbud om computere eller kontorartikler). Investeringernes afskrivningsperiode giver et fingerpeg om, hvilken varighed for det eksklusive distributionssystem, som bygger på tildeling af en eksklusiv kundegruppe, der kan accepteres. Generelt kan tildelingen af en eksklusiv kundegruppe bedst retfærdiggøres for nye produkter, komplekse produkter og produkter, der kræver tilpasning til den enkelte forbrugers behov. Identifierbare differentierede behov er mere sandsynlige for mellemprodukter, der sælges til forskellige kategorier af professionelle købere. Kundetildeling kan ikke antages at føre til effektivitetsgevinster, når der er tale om endelige forbrugere.

(127) Eksempel på eksklusiv forhandling af flere mærker på et oligopolistisk marked

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

På et sådant oligopolistisk marked er der risiko for samordning mellem de fire førende virksomheder. Risikoen øges, hvis der er tale om eksklusivforhandling af flere mærker. Intrabrandkonkurrencen begrænses af områdeeksklusiviteten. Konkurrencen mellem de fire førende mærker reduceres i detailledet, da én detailhandler fastsætter prisen for alle fire mærker i hvert område. Eksklusivforhandling af flere mærker betyder, at hvis én producent sænker prisen på sit mærke, vil detailforhandleren ikke være interesseret i at lade dette prisfald komme den endelige forbruger til gode, da det ville reducere hans salg og fortjeneste i relation til de andre mærker. Producenterne har derfor kun ringe interesse i at konkurrere med hinanden på prisen. Interbrandpriskonkurrence findes hovedsagelig inden for varer med et svagt image, som de små producenter fremstiller. De eventuelle effektivitetsgevinster for (de fælles) eksklusivforhandlere i detailledet er begrænsede, da produktet er forholdsvis enkelt, og videresalget ikke kræver særlige investeringer eller uddannelse, og reklametiltag fortrinsvis gennemføres af producenterne.

Selv om hver af de førende virksomheder har en markedsandel under tærsklen, kan det være, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt, og det kan blive nødvendigt at inddrage gruppefritagelsen for de aftaler, der er indgået med forhandlere med en markedsandel på under 30 % på indkøbsmarkedet.

(128) Eksempel på eksklusiv kundetildeling

En virksomhed har udviklet et avanceret sprinkleranlæg. Virksomheden har på nuværende tidspunkt en markedsandel på 40 % af markedet for sprinkleranlæg. Da virksomheden startede sit salg af sin avancerede sprinkler, havde den en markedsandel på 20 % med et ældre produkt. Installationen af den nye sprinklertype er afhængig af, hvilken type bygning den installeres i, og af bygningens anvendelse (kontor, kemikaliefabrik, hospital osv.). Virksomheden udpegede en række forhandlere til at sælge og installere det sofistikerede sprinkleranlæg. Hver forhandler skulle uddanne sine ansatte, så de fik kendskab til de generelle og særlige krav til installation af den sofistikerede sprinkler for en given kundegruppe. For at sikre, at forhandlerne specialiserede sig, gav virksomheden hver forhandler eneret til en given kundegruppe

og forbød dem at foretage aktivt salg til de andres eksklusivt tildelte kundegrupper. Efter fem år vil alle eksklusivforhandlerne kunne sælge aktivt til alle kundegrupper, og dermed ophører den eksklusive kundetildeling. Leverandøren kan derefter også sælge til nye forhandlere. Markedet er ret dynamisk med to nye markedsdeltagere og en række teknologiske fremskridt. Konkurrenterne har markedsandele på mellem 5 % og 25 % og er også i færd med at opgradere deres produkter.

I betragtning af, at eneretten er af begrænset varighed og bidrager til at sikre, at forhandlerne kan tjene deres investeringer ind og i første omgang koncentrere deres salgsarbejde om en bestemt kundegruppe og dermed få kendskab til fagområdet, og at de mulige konkurrenceskadelige virkninger nok vil være begrænsede på et dynamisk marked, vil betingelserne i artikel 101, stk. 3, sandsynligvis være opfyldt.

4.6.2. *Systemer med selektiv distribution*

4.6.2.1. Definition af selektivt distributionssystem

- (129) Det fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra h), at et selektivt distributionssystem er et salgssystem, hvor leverandøren forpligter sig til, enten direkte eller indirekte, at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne udelukkende til forhandlere, der er udvalgt på grundlag af bestemte kriterier, og hvor disse forhandlere forpligter sig til ikke at sælge sådanne varer eller tjenester til forhandlere, der ikke er godkendt på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet
- (130) De kriterier, som leverandøren baserer sig på ved udvælgelsen af forhandlere, kan være kvalitative og/eller kvantitative. Kvalitative kriterier er objektive kriterier, der er nødvendige som følge af produktets egenskaber, f.eks. salgspersonalets uddannelse, service på salgsstedet, produktsortiment⁵². Kvantitative kriterier begrænser det potentielle antal forhandlere mere direkte, f.eks. gennem minimums- eller maksimumskrav til salget eller fastsættelse af antallet af forhandlere. Kriterierne kan ændres i hele den selektive distributionsaftales varighed.
- (131) Selektive distributionssystemer kan sidestilles med eksklusiv distributionssystemer, for så vidt som de begrænser antallet af godkendte forhandlere og mulighederne for videresalg. Forskellen i forhold til eksklusivforhandling består i, at begrænsningen af antallet af forhandlere er baseret på specifikke udvælgelseskriterier. En anden forskel i forhold til eksklusiv distribution er, at begrænsningen med hensyn til videresalg, der typisk gælder ved selektiv distribution, ikke er en begrænsning af aktivt salg til et eksklusivt område eller en eksklusiv kundegruppe, men en begrænsning af aktivt og passivt salg til ikkegodkendte forhandlere, idet der kun må sælges til godkendte forhandlere og endelige forbrugere.

4.6.2.2. Anvendelse af artikel 101 på selektive distributionssystemer

- (132) De mulige konkurrenceproblemer i forbindelse med selektive distributionssystemer består i risikoen for svækkelse af intrabrandkonkurrencen og, især når kumulative virkninger spiller ind, udelukkelse af bestemte typer forhandlere, svækkelse af konkurrencen og potentielt lettere adgang til samordning mellem købere på grund af det lavere antal.

⁵² Se f.eks. dom i sag T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1996:192, præmis 125 ff.

- (133) Vurderingen af de mulige konkurrencebegrænsende virkninger af selektiv distribution bør først fokusere på det selektive distributionssystems overensstemmelse med artikel 101, stk. 1. I den forbindelse må der sondres mellem rent kvalitativ selektiv distribution og kvantitativ selektiv distribution.
- (134) Ved rent kvalitativ selektiv distribution udvælges forhandlerne udelukkende på grundlag af objektive kriterier, der er nødvendige som følge af produktets egenskaber, og der sker ikke nogen direkte begrænsning af antallet af forhandlere. For så vidt som de tre betingelser, som Domstolen fastsatte i Metro-dommen⁵³ ("Metro-kriterierne") er opfyldt, anses rent kvalitativ selektiv distribution normalt ikke for at falde ind under artikel 101, stk. 1, fordi det kan antages, at den begrænsning af intrabrandkonkurrencen, der er forbundet med selektiv distribution, opvejes af en forbedring af interbrandkonkurrencen på kvalitet⁵⁴. For det første skal varernes eller tjenesternes egenskaber nødvendiggøre anvendelsen af et selektivt distributionssystem. Det betyder, at et sådant system under hensyn til produktets egenskaber skal være berettiget for at bevare dets kvalitet og sikre, at det anvendes korrekt. For eksempel kan der drives et selektivt distributionssystem, der falder uden for artikel 101, stk. 1, for produkter af høj kvalitet eller højteknologiske produkter⁵⁵. Det kan også være nødvendigt at drive et selektivt distributionssystem for luksusvarer. Varernes kvalitet kan nemlig skyldes selve deres luksuriøse fremtoning og ikke alene deres materielle karakteristika. Det kan derfor være nødvendigt at oprette et selektivt distributionssystem, som kan sikre, at varerne præsenteres på en måde, der bidrager til at bevare denne luksuriøse fremtoning, for at bevare deres kvalitet⁵⁶. For det andet skal forhandlerne udvælges på grundlag af objektive, kvalitative kriterier, der fastsættes ensartet for alle potentielle forhandlere og anvendes uden forskelsbehandling. Selv om det i henhold til retspraksis ikke kræves, at alle potentielle forhandlere gøres bekendt med de kvalitative kriterier, kan en sådan åbenhed øge sandsynligheden for, at Metro-kriterierne er opfyldt⁵⁷. For det tredje må de fastlagte kriterier ikke være mere vidtgående, end hvad der er nødvendigt⁵⁸.

⁵³ Se f.eks. dom i sag 31/80, NV L'Oréal og SA L'Oréal mod PVBA, ECLI:EU:C:1980:289, præmis 15 og 16, sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen ("Metro I"), ECLI:EU:C:1977:167, præmis 20 og 21, sag C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mod Président de l'Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2011:649, præmis 41, og sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 24.

⁵⁴ Se dom i sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen ("Metro I"), ECLI:EU:C:1977:167, præmis 20-22, sag 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1983:293, præmis 33, 34 og 73, sag 75/84, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen ("Metro II"), ECLI:EU:C:1986:399, præmis 45, og sag T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1996:192, præmis 106.

⁵⁵ Se dom i sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen ("Metro I"), ECLI:EU:C:1977:167, og sag 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1983:293.

⁵⁶ Se dom i sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 25-29.

⁵⁷ Jf. ligeledes analogt dom i sag C-158/11, Auto 24 SARL mod Jaguar Land Rover France SAS, ECLI:EU:C:2012:351.

⁵⁸ Se dom i sag 31/80, NV L'Oréal og SA L'Oréal mod PVBA, ECLI:EU:C:1980:289, præmis 15 og 16, sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen ("Metro I"), ECLI:EU:C:1977:167, præmis 20 og 21, sag 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-

- (135) Ifølge Metro-kriterierne kræver vurderingen af selektiv distribution efter artikel 101, stk. 1, også en særskilt undersøgelse af hver potentielt begrænsende klausul i aftalen⁵⁹. Det omfatter især en fastlæggelse af, om den begrænsende klausul er rimelig i lyset af formålet med det selektive distributionssystem, og om det går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål⁶⁰. Disse betingelser vil næppe være opfyldt i tilfælde af alvorlige begrænsninger. Til gengæld kan et åbenlyst forbud mod benyttelse af tredjepartsonlineplatforme, som en leverandør af luksusvarer pålægger sine godkendte forhandlere, anses for at være hensigtsmæssigt, forudsat at de godkendte forhandlere må reklamere via internettet på tredjepartsplatforme og benytte onlinesøgemaskiner med det resultat, at kunderne normalt vil være i stand til at finde den godkendte forhandlers tilbud online ved hjælp af sådanne søgemaskiner, og så længe det ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at bevare de pågældende varers luksusimage⁶¹. Hvis dette er tilfældet, falder systemet uden for artikel 101, stk. 1, og der kræves ingen yderligere analyse.
- (136) Selv om de ikke opfylder Metro-kriterierne, kan kvalitative og/eller kvantitative selektive distributionssystemer være omfattet af legalitetsformodningen, forudsat at såvel leverandørens som køberens markedsandel ikke overstiger 30 %, og at aftalen ikke indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger⁶². Fritagelsen ophører ikke, hvis den selektive distribution kombineres med andre ikkealvorlige begrænsninger såsom en konkurrenceklausul. Gruppefritagelsen gælder uanset produktets art og uanset udvælgelseskriterierne. Hvis produktets egenskaber ikke kræver selektiv distribution⁶³ eller ikke gør de kriterier, der anvendes — f.eks. krav om, at forhandlerne skal have et eller flere fysiske forretningssteder eller tilbyde bestemte tjenester — nødvendige, vil et sådant distributionssystem dog normalt ikke have tilstrækkelige effektivitetsfremmende virkninger til, at det kan opveje en væsentlig reduktion af intrabrandkonkurrencen. Hvis der opstår mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget.
- (137) Resten af dette afsnit giver retningslinjer for den individuelle vurdering af selektive distributionssystemer, der ikke opfylder Metro-kriterierne og ikke er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, eller i tilfælde af kumulative virkninger af parallelle selektive distributionsnet på det samme marked.
- (138) Leverandørens og konkurrenternes markedsposition har afgørende betydning for vurderingen af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger, da tabet af intrabrandkonkurrence kun er problematisk, hvis interbrandkonkurrencen er begrænset. Jo stærkere leverandørens position, dvs. over markedsandelstærsklen på

Telefunken AG mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1983:293, præmis 35, og sag T-19/91, Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1992:28, præmis 65.

⁵⁹ Jf. punkt 134 i nærværende retningslinjer.

⁶⁰ Se dom i sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 43 ff.

⁶¹ Se dom i sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 43 ff., og særlig præmis 67.

⁶² Se dom i sag C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mod Président de l'Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2011:649, og analogt sag C-158/11, Auto 24 SARL mod Jaguar Land Rover France SAS, ECLI:EU:C:2012:351.

⁶³ Jf. f.eks. Rettens dom i sag T-19/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc mod Kommissionen, Sml. 1996, s. II-1851, præmis 112-123, og sag T-88/92, Groupement d'achat Édouard Leclerc mod Kommissionen, Sml. 1996, s. II-1961, præmis 106-117 og den retspraksis, der er nævnt i den foregående fodnote.

30 %, jo højere er risikoen for konkurrenceproblemer som følge af den indskrænkede intrabrandkonkurrence. En anden vigtig faktor er antallet af selektive distributionsnet på det samme marked. Hvis selektiv distribution kun anvendes af én leverandør på markedet, skaber kvantitativ selektiv distribution normalt ikke negative nettovirkninger. I praksis anvendes selektiv distribution imidlertid ofte af flere leverandører på et bestemt marked.

- (139) Konkurrenternes position kan have betydning i to henseender. På den ene side betyder stærke konkurrenter normalt, at enhver svækkelse af intrabrandkonkurrencen, som kan være særlig vigtig i tilfælde af eksklusiv distribution, opvejes af en tilstrækkelig interbrandkonkurrence. På den anden side, i tilfælde af en kumulativ virkning, kan der, når et flertal af de førende leverandører på et marked anvender selektiv distribution, ske en afskærmning af markedet over for visse typer af forhandlere (f.eks. lavprisforhandlere). Risikoen for afskærmning af markedet over for mere effektive forhandlere er større ved selektiv distribution end ved eksklusiv distribution på grund af begrænsningerne i salget til ikkegodkendte forhandlere. Formålet med denne begrænsning er at gøre selektive distributionssystemer lukkede, således at kun de godkendte forhandlere, som opfylder kriterierne, har adgang til produktet, mens det er umuligt for ikkegodkendte forhandlere at skaffe leverancer. Selektiv distribution er derfor særlig velegnet til at undgå, at lavprisforhandlere (uanset om de sælger fra fysiske forretningssteder eller udelukkende via internettet), presser producentens og de godkendte forhandlers avancer. En udelukkelse af sådanne distributionsformer, hvad enten den beror på en kumulativ brug af selektiv distribution eller foretages af en enkelt leverandør med en markedsandel på over 30 %, begrænser forbrugernes muligheder for at udnytte de konkrete fordele, disse distributionsformer kan give, som f.eks. lavere priser, større gennemsigtighed og lettere adgang.
- (140) I tilfælde hvor gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på selektive distributionsnet, kan der blive tale om at inddrage fritagelsen eller at undlade at anvende gruppefritagelsesforordningen i tilfælde af kumulative virkninger. Det er dog usandsynligt, at et sådant problem vil opstå, når den andel af markedet, som dækkes af den selektive distribution, ikke overstiger 50 %. Det er heller ikke sandsynligt, at der vil opstå konkurrenceproblemer, selv om markedsdækningen overstiger 50 %, hvis de fem største leverandørers samlede markedsandel ikke overstiger 50 %. Når både de fem største leverandørers markedsandel og det selektive distributionssystem dækker mere end 50 % af markedet, kan vurderingen variere, afhængigt af om alle de fem største leverandører benytter selektiv distribution. Jo stærkere de konkurrenter, der ikke anvender selektiv distribution, står, desto mindre sandsynligt vil det være, at markedet afskærmes over for andre forhandlere. Der kan opstå konkurrenceproblemer, hvis de fem største leverandører alle anvender selektiv distribution. Det vil navnlig være tilfældet, hvis de aftaler, der indgås af de største leverandører, indeholder kvantitative udvælgelseskriterier, der direkte begrænser antallet af godkendte forhandlere, eller kvalitative kriterier, som udelukker visse distributionsformer, f.eks. krav om en eller flere fysiske butikker eller om at yde bestemte tjenester, der typisk kun kan ydes i en bestemt distributionsform. Det er i almindelighed usandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt, hvis de selektive distributionssystemer, som bidrager til den kumulative virkning, forhindrer nye forhandlere, som kan sælge de pågældende produkter på passende vis, i at få adgang. Navnlig er det usandsynligt, at de endelige forbrugere vil nyde effektivitetsgevinster, hvis distributionssystemerne kun omfatter nogle af de eksisterende kanaler, mens de udelukker lavprisforhandlere eller rene

onlineforhandlere, som tilbyder forbrugerne lavere priser. Ved mere indirekte former for kvantitativ selektiv distribution, f.eks. når rent kvalitative udvælgelseskriterier kombineres med et krav til forhandlerne om årligt at aftage produkter for et bestemt minimumsbeløb, er det mindre sandsynligt, at der vil opstå negative nettovirkninger, hvis et sådant mindstebeløb ikke udgør en væsentlig del af forhandlerens samlede omsætning inden for den pågældende produkttype, og dette krav ikke er mere vidtgående end nødvendigt, for at leverandøren kan få dækket sine relationsspecifikke investeringer og/eller opnå stordriftsfordele i distributionen. En leverandør med en markedsandel på under 5 % vil normalt ikke blive anset for at bidrage væsentligt til en kumulativ virkning.

- (141) Adgangsbarrierer har hovedsagelig betydning i de tilfælde, hvor markedet afskærmes over for ikkegodkendte forhandlere. Adgangsbarrierer kan have stor betydning, hvis producenter af mærkevarer benytter selektiv distribution, da det normalt vil kræve tid og betydelige investeringer for forhandlere, der er udelukket fra det selektive distributionssystem, at lancere deres egne mærker eller skaffe sig konkurrencedygtige leverancer andre steder fra.
- (142) Købermagt kan øge risikoen for samordning mellem forhandlerne. Forhandlere med en stærk markedsposition kan få leverandørerne til at anvende selektive kriterier, der afskærmer markedet over for nye og mere effektive forhandlere. Købermagt kan dermed medføre en væsentlig ændring i analysen af selektive distributionssystemers eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. Afskærmning af markedet over for mere effektive forhandlere kan især forekomme, når en stærk forhandlerorganisation pålægger leverandøren udvælgelseskriterier, der tager sigte på at begrænse distributionen til medlemmernes fordel.
- (143) I gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra c), er det fastsat, at leverandøren ikke må pålægge de godkendte forhandlere en direkte eller indirekte forpligtelse til at undlade at sælge bestemte konkurrerende leverandørers mærker. Denne bestemmelse tager specielt sigte på at undgå horisontal samordning mellem de førende leverandører om at udelukke bestemte mærker ved at oprette en selektiv mærkevarergruppe. En sådan forpligtelse vil sandsynligvis ikke kunne fritages, når de fem førende leverandørers markedsandel er lig med eller overstiger 50 %, medmindre ingen af de leverandører, der anvender en sådan forpligtelse, er blandt de fem største leverandører på markedet.
- (144) Der vil normalt ikke opstå konkurrenceproblemer i forbindelse med markedsafskærmning over for andre leverandører, så længe andre leverandører ikke forhindres i at benytte de samme forhandlere, dvs. så længe det selektive distributionssystem ikke kombineres med mærkeeksklusivitet. Hvis nettet af godkendte forhandlere er finmasket, eller hvis der er tale om en kumulativ virkning, kan en kombination af selektiv distribution og en konkurrenceklausul indebære en risiko for, at andre leverandører afskæres fra markedet. I givet fald gælder principperne i afsnit 2.1 i nærværende retningslinjer for mærkeeksklusivitet. Når selektiv distribution ikke kombineres med en konkurrenceklausul, kan afskærmning af markedet over for konkurrerende leverandører stadig være et problem, hvis de førende leverandører ikke blot anvender rent kvalitative udvælgelseskriterier, men også pålægger deres forhandlere en række yderligere betingelser, såsom en forpligtelse til at reservere et minimum af hyldeplads til deres produkter eller at sikre, at forhandlerens salg af deres produkter udgør en minimumsprocentandel af hans samlede omsætning. Et sådant problem vil sandsynligvis ikke opstå, hvis

selektiv distribution dækker mindre end 50 % af markedet, eller, såfremt denne andel overskrides, hvis de fem største leverandørers markedsandel er på under 50 %.

- (145) Det er vigtigt at vurdere dynamikken på markedet, eftersom stigende efterspørgsel, skiftende teknologier og skiftene markedspositioner kan mindske sandsynligheden for negative virkninger i forhold til mere modne markeder.
- (146) Selektiv distribution kan medføre effektivitetsgevinster, når det fører til besparelser i logistikomkostninger på grund af stordriftsfordele på transportområdet, hvilket kan forekomme uanset produktets art (jf. punkt 14, litra g)), i nærværende retningslinjer). Dette udgør dog normalt kun en beskeden effektivitetsgevinst ved selektiv distribution. Produktets art spiller en væsentlig rolle for vurderingen af, om selektiv distribution er egnet til at løse et frihjulspå problem mellem forhandlere (jf. punkt 14, litra b)), i nærværende retningslinjer) eller til at skabe eller bevare et mærkeomdømme (jf. punkt 14, litra h)), i nærværende retningslinjer). Generelt vil anvendelsen af selektiv distribution med henblik på at opnå sådanne effektivitetsgevinster sandsynligvis være mere berettiget for nye produkter, komplekse produkter og produkter, hvis kvalitet vanskeligt kan vurderes før forbrug (såkaldte oplevelsesprodukter) eller selv efter forbrug (såkaldte tillidsprodukter). En kombination af selektiv distribution og en beliggenhedsklausul, som beskytter en godkendt forhandler mod konkurrence fra andre godkendte forhandlere, der åbner en butik i nærheden, kan i særdeleshed opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, hvis denne kombination er afgørende nødvendig for at beskytte betydelige, relationsspecifikke investeringer, som den godkendte forhandler har foretaget (jf. punkt 14, litra e)), i nærværende retningslinjer). For at sikre, at det er den mindst konkurrencebegrænsende løsning, der er valgt, må det vurderes, om de samme effektivitetsgevinster kan opnås med sammenlignelige omkostninger ved f.eks. kun at stille servicekrav.
- (147) Eksempel på kvantitativ selektiv distribution

På et marked for varige forbrugsgoder sælger producent A, som er markedsførende med en markedsandel på 35 %, sit produkt til de endelige forbrugere gennem et selektivt distributionssystem. Der er opstillet flere kriterier for at blive optaget i dette distributionssystem: butikken skal have specialuddannet personale og yde førsalgsservice, en bestemt del af butikken skal være forbeholdt salg af produktet og tilsvarende high tech-produkter, og butikken skal sælge et bredt udsnit af leverandørens produkter og præsentere dem på en attraktiv måde. Desuden begrænses antallet af godkendte forhandlere i systemet direkte gennem fastsættelsen af et loft over antallet af forhandlere på grundlag af antallet af indbyggere i hver region eller i hvert byområde. Producent A har seks konkurrenter på dette marked. Producenterne af mærke B, C og D er de største konkurrenter med en markedsandel hver på henholdsvis 25 %, 15 % og 10 %, mens de øvrige producenter har lavere markedsandele. Producent A er den eneste, der benytter selektiv distribution. A's selektive forhandlere fører altid et par konkurrerende mærker. Konkurrerende mærker sælges imidlertid også i vid udstrækning i butikker, der ikke deltager i A's selektive distributionssystem. Der anvendes forskellige distributionskanaler: f.eks. sælges mærke B og C i de fleste af A's butikker, men også i andre butikker, der yder service af høj kvalitet, samt i supermarkeder. Mærke D sælges fortrinsvis i butikker med højt serviceniveau. Markedet er præget af en relativt hurtig teknologisk udvikling, og de førende leverandører satser meget på deres kvalitetsomdømme og reklamerer kraftigt for deres produkter.

På dette marked har selektiv distribution en dækning på 35 %. Interbrandkonkurrencen påvirkes ikke direkte af A's selektive distributionssystem. Intrabrandkonkurrencen inden for A's mærke kan blive svækket, men forbrugerne har adgang til at købe mærkerne B og C, som har et kvalitetsomdømme svarende nogenlunde til A, i supermarkederne. De har desuden også adgang til specialforretninger med andre mærker, eftersom de udvalgte forhandlere har uhindret adgang til at sælge konkurrerende mærker, og den kvantitative begrænsning i antallet af forhandlere af mærke A hindrer ikke andre specialforhandlere i at forhandle konkurrerende mærker. I dette tilfælde vil betingelserne i artikel 101, stk. 3, sandsynligvis være opfyldt på grund af servicekravene og de effektivitetsgevinster, de må antages at føre til, og den begrænsede påvirkning af intrabrandkonkurrencen.

(148) Eksempel på selektiv distribution med kumulative virkninger

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

På dette marked har lavprisforhandlere og rene onlineforhandlere ikke adgang til de fem førende mærker. Det skyldes, at kravet om, at produktet skal tegne sig for mindst 30 % af forhandlernes omsætning, og kriterierne for varens præsentation og førsalgsservice udelukker de fleste lavprisforhandlere fra nettet af godkendte forhandlere. Kravet om én eller flere fysiske butikker udelukker desuden rene onlineforhandlere fra distributionsnettet. Forbrugerne har derfor ingen anden mulighed end at købe de fem førende mærker i de serviceorienterede/dyre butikker. Dette medfører en begrænset interbrandkonkurrence mellem de fem førende mærker. Det opvejes ikke af, at de to mindste mærker kan købes i lavprisbutikker, der ikke er serviceorienterede, da de fem førende producenter har et langt bedre mærkeimage. Interbrandkonkurrencen begrænses desuden af, at de fem førende mærker normalt føres af de samme forhandlere. Selv om der findes en vis intrabrandkonkurrence, og antallet af forhandlere ikke direkte begrænses, er adgangskriterierne strenge nok til, at der kun findes et lille antal forhandlere af de fem førende mærker i hvert område.

Disse kvantitativt baserede selektive distributionssystemer er ikke forbundet med nogen større effektivitetsgevinst: produktet er ikke særlig komplekst og kræver ingen særlig service. Medmindre producenterne kan bevise, at deres selektive

distributionssystem giver klare effektivitetsgevinster, vil det sandsynligvis blive nødvendigt at inddrage gruppefritagelsen på grund af de kumulative virkninger, der medfører færre valgmuligheder og højere priser for forbrugerne.

4.6.3. *Franchiseaftaler*

- (149) Franchiseaftaler indeholder licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder (IPR), især varemærker eller logoer og knowhow med henblik på brug og distribution af varer eller tjenester. Ud over IPR-licensen yder franchisegiver normalt franchisetageren kommerciel eller teknisk bistand i aftalens løbetid. Licensen og bistanden udgør en integrerende bestanddel af det forretningskoncept, der er omfattet af franchisen. Franchisetageren betaler normalt franchisegiveren en franchiseafgift for brugen af det pågældende forretningskoncept. Franchising kan sætte franchisegiveren i stand til med begrænsede investeringer at etablere et ensartet net til distribution af sine produkter. Ud over brugen af forretningskonceptet indeholder franchiseaftaler normalt en kombination af forskellige vertikale begrænsninger vedrørende det forhandlede produkt, navnlig klausuler om selektiv distribution, konkurrenceklausuler, eksklusivforhandlingsklausuler eller mindre restriktive varianter heraf.
- (150) Franchising (med undtagelse af produktionsfranchiseaftaler) har nogle særlige kendetegn, f.eks. brug af samme firmanavn, anvendelse af samme forretningsmetoder (herunder licensering af IPR) og betaling af royalties til gengæld for de indrømmede fordele. I lyset af disse særlige kendetegn kan bestemmelser, som er absolut nødvendige for, at et sådant distributionssystem kan fungere, anses for at falde uden for artikel 101, stk. 1. Det gælder f.eks. begrænsninger, der hindrer franchisegiverens konkurrenter i at få glæde af den ydede knowhow og bistand⁶⁴, og konkurrenceklausuler med hensyn til de varer og tjenester, som franchisetageren køber, og som er nødvendige for at beskytte franchisenettets fælles identitet og omdømme. I sidstnævnte tilfælde er konkurrenceklausulens varighed uden betydning, så længe den ikke overstiger selve franchiseaftalens varighed.
- (151) Franchiseaftaler er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, når både leverandørens og køberens markedsandele ikke overstiger 30 %⁶⁵. Bestemmelser om licensering af IPR i franchiseaftaler behandles i punkt 67-82 i nærværende retningslinjer. Vertikale begrænsninger i franchiseaftaler vurderes efter de regler, der gælder for det distributionssystem, der minder mest om den konkrete franchiseaftale. F.eks. skal en franchiseaftale, som skaber et lukket net, fordi medlemmerne ikke må sælge til ikkemedlemmer, vurderes efter de regler, der gælder for selektiv distribution. Til gengæld skal en franchiseaftale, som giver geografisk eksklusivitet og beskytter mod aktivt salg foretaget af andre franchisetagere, vurderes efter de regler, der gælder for eksklusiv distribution.
- (152) Franchiseaftaler, som indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger, herunder prisbinding⁶⁶, er ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Aftaler, der ikke er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, skal vurderes individuelt efter artikel 101. I forbindelse med denne vurdering bør det tages i betragtning, at jo mere omfattende

⁶⁴ Se dom i sag 161/84, Pronuptia de Paris GmbH mod Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1986:41, præmis 16.

⁶⁵ Se også punkt 86-95, særlig punkt 92.

⁶⁶ Se dom i sag 161/84, Pronuptia de Paris GmbH mod Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, ECLI:EU:C:1986:41, præmis 23.

overførslen af knowhow er, desto større sandsynlighed er der, for at de vertikale begrænsninger afføder effektivitetsgevinster og/eller er nødvendige for at beskytte den pågældende knowhow og opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

(153) Eksempel på franchising

En producent har udviklet et nyt koncept for salg af slik i såkaldte "fun shops", hvor slikket kan farves efter forbrugerens ønsker. Slikproducenten har også udviklet maskiner til at farve slikket og producerer desuden de flydende farvestoffer, hvis kvalitet og friskhed har afgørende betydning for slikkets kvalitet. Producenten opnåede stor succes med at sælge sit slik i sine egne detailbutikker, der alle drives under samme handelsnavn og det samme "fun shop"-koncept (fælles butiksstil, fælles reklamer osv.). For at udvide salget etablerede slikproducenten et franchisesystem. For at sikre ensartet produktkvalitet og butiksimage er franchisetagerne forpligtet til at købe slik, farvestoffer og farvemaskine hos producenten, at benytte det samme handelsnavn, at betale franchiseafgift, at bidrage til fælles reklamering og at hemmeligholde indholdet af den driftsmanual, som franchisegiveren har udarbejdet. Desuden må franchisetagerne kun sælge fra de i aftalen angive lokaler, og kun til endelige forbrugere eller andre franchisetagere. De må desuden ikke sælge andet slik i deres butikker. Franchisegiveren må ikke udpege nogen anden franchisetager eller selv drive en detailbutik i det tildelte aftaleområde. Franchisegiveren har også pligt til at opdatere og videreudvikle sine produkter, butikskonceptet og driftsmanualen og stille disse forbedringer til rådighed for alle franchisetagerne. Franchiseaftalerne indgås for ti år.

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

De fleste af forpligtelserne i franchiseaftalerne kan anses for at være nødvendige for at beskytte IPR eller franchisenettets fælles identitet og omdømme, og de falder derfor ikke ind under artikel 101, stk. 1. Salgsrestriktionerne (fastsættelse af aftaleområde og selektiv distribution) giver franchisetagerne et incitament til at investere i franchisekonceptet og farvemaskinen og bidrage til at beskytte den fælles identitet, og de opvejer således den manglende intrabrandkonkurrence. Konkurrenceklausulen, der betyder, at franchisetagerne ikke må sælge andre slikmærker fra sin butik i aftalernes løbetid, sætter franchisegiveren i stand til at opretholde salgsstedernes ensartede udseende og forhindrer konkurrenterne i at udnytte hans handelsnavn. I betragtning af det store antal salgssteder, der er til rådighed for andre slikproducenter, resulterer det ikke i nogen alvorlig markedsafskærmning. Franchiseaftaler opfylder derfor sandsynligvis betingelserne for fritagelse efter artikel 101, stk. 3, i det omfang de falder ind under artikel 101, stk. 1.

5. MARKEDSAFGRÆNSNING OG BEREKNING AF MARKEDSANDELE

5.1. Meddelelsen om markedsafgrænsning

- (154) Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret ("meddelelsen om markedsafgrænsning") indeholder retningslinjer for, hvilke regler, kriterier og bevismidler Kommissionen anvender, når den skal tage stilling til markedsafgrænsningsspørgsmål⁶⁷. I forbindelse med anvendelsen af artikel 101 på vertikale aftaler bør det relevante marked derfor afgrænses på grundlag af disse retningslinjer og eventuelle fremtidige retningslinjer om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med EU-konkurrenceretten. Nærværende retningslinjer behandler kun de særlige problemer, der opstår i forbindelse med anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen, og som ikke er behandlet i meddelelsen om markedsafgrænsning.

5.2. Beregning af markedsandele efter gruppefritagelsesforordningen

- (155) Efter gruppefritagelsesforordningens artikel 3 er det både leverandørens og køberens markedsandel, der afgør, om gruppefritagelsen finder anvendelse. For at aftalen kan falde ind under gruppefritagelsesforordningen, må hverken leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne eller -tjenesterne til køberen, eller køberens markedsandel på det marked, hvor han køber aftalevarerne eller -tjenesterne, overstige 30 %. For aftaler mellem SMV'er er det generelt ikke nødvendigt at beregne markedsandele (se punkt 26) i nærværende retningslinjer).
- (156) Vertikale begrænsninger i distributionsleddet vedrører ofte ikke blot salget af produkter mellem leverandør og kunde, men tillige deres videresalg. Da der normalt er konkurrence mellem forskellige distributionsformer, kan markederne ikke afgrænses på grundlag af den anvendte distributionsform, dvs. eksklusiv, selektiv eller fri distribution. Hvis leverandørerne generelt sælger et helt sortiment af produkter, kan hele sortimentet udgøre produktmarkedet, hvis kunderne betragter sortimenterne og ikke de enkelte produkter som substitutter.
- (157) Hvis en vertikal aftale omfatter tre parter, der opererer i hvert sit omsætningsled, skal de hver især have en markedsandel på under de 30 %, for at gruppefritagelsen kan finde anvendelse. Som fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 3, stk. 2, gælder, at når en aftale er indgået mellem flere virksomheder, og en af disse virksomheder køber aftalevarerne eller -tjenesterne fra en anden aftalepart og sælger dem til en tredje aftalepart, finder gruppefritagelsen kun anvendelse, hvis den pågældende virksomheds markedsandel hverken som køber eller leverandør overstiger 30 %. Hvis eksempelvis en aftale mellem en producent, en grossist (eller sammenslutning af detailhandlere) og en detailhandler indeholder en konkurrenceklausul, må producentens og grossistens (eller detailhandelssammenslutningens) markedsandele på deres respektive salgsmarkeder ikke overstige 30 %, og grossistens (eller detailhandelssammenslutningens) og detailforhandlerens markedsandele på deres respektive indkøbsmarkeder må ikke overstige 30 %, hvis aftalen skal være omfattet af gruppefritagelsen.
- (158) Når en vertikal aftale ud over levering af aftalevarerne eller -tjenesterne også indeholder IPR-bestemmelser (f.eks. en bestemmelse om brugen af leverandørens varemærke) som gør det lettere for køberen at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne,

⁶⁷ EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5.

er leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger aftalevarerne eller -tjenesterne, afgørende for, om gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse. Når en franchisegiver ikke leverer varer eller tjenester til videresalg, men leverer en "pakke" med varer eller tjenester og med IPR, der tilsammen udgør den forretningsmodel, som er omfattet af franchisen, skal franchisegiveren tage hensyn til sin markedsandel som leverandør af en forretningsmodel for levering af bestemte varer eller tjenester til de endelige brugere. Med henblik herpå skal franchisegiveren beregne sin markedsandel på det marked, hvor forretningsmodellen udnyttes af franchisetagerne til levering af varer eller tjenester til de endelige brugere. Franchisegiveren skal derfor beregne sin markedsandel på grundlag af værdien af de varer eller tjenester, der leveres af hans franchisetagere på dette marked. På et sådant marked kan franchisegiverens konkurrenter være leverandører af andre franchisebaserede forretningsmodeller eller leverandører af substitutionsvarer eller -tjenester, der ikke anvender franchising. Hvis der f.eks. — uden at foregribe selve markedsafgrænsningen — var et marked for fastfoodtjenester, ville en franchisegiver skulle beregne sin markedsandel på dette marked på grundlag af sine franchisetageres relevante afsætning på markedet.

5.3. Beregning af markedsandele efter gruppefritagelsesforordningen

- (159) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 7, litra a), skal leverandørens og køberens markedsandele i princippet beregnes på grundlag af værdibaserede data. Hvis der ikke foreligger sådanne værdibaserede data, kan der foretages underbyggede skøn på grundlag af andre pålidelige markedsoplysninger såsom mængdeopgørelser.
- (160) Intern levering af mellemprodukter eller mellemliggende tjenester med henblik på leverandørens egen brug kan være relevant for konkurrenceanalysen i en konkret sag, men dette vil ikke blive taget i betragtning i forbindelse med markedsafgrænsningen eller beregningen af markedsandele efter gruppefritagelsesforordningen. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 7, litra c), bør markedsafgrænsningen og beregningen af markedsandele i tilfælde af parallel distribution af færdigvarer (dvs. hvor leverandørens af færdigvarer også fungerer som forhandler af varerne på markedet) til gengæld omfatte leverandørens salg af egne varer gennem vertikalt integrerede forhandlere og agenter. Integrerede forhandlere er forbundne virksomheder som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 2⁶⁸.

6. ANVENDELSE AF GRUPPEFRITAGELSESFORORDNINGEN

6.1. Alvorlige konkurrencebegrænsninger efter gruppefritagelsesforordningen

- (161) Gruppefritagelsesforordningens artikel 4 indeholder en liste over alvorlige konkurrencebegrænsninger, som i de fleste tilfælde bør forbydes på grund af den skade, de forvolder for brugerne. Vertikale aftaler, som indeholder en eller flere alvorlige begrænsninger, falder i deres helhed uden for gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde.
- (162) De alvorlige begrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4 gælder for vertikale aftaler, som vedrører handel *inden for* Unionen. Det fremgår således af Domstolens retspraksis, at hvis en vertikal aftale vedrører eksport uden for Unionen

⁶⁸ I forbindelse med markedsafgrænsning og markedsandelsberegning er det uden betydning, om den integrerede forhandler også sælger konkurrenters varer eller tjenester.

eller import/reimport fra lande uden for Unionen, kan den ikke antages at have til formål mærkbart at begrænse konkurrencen i Unionen eller som sådan at kunne påvirke handelen mellem medlemsstater⁶⁹.

- (163) Alvorlige begrænsninger, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, har normalt et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1⁷⁰. Aftaler med konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, er aftaler, som i kraft af deres karakter potentielt kan begrænse konkurrencen⁷¹. I den forbindelse fremgår det af Domstolens praksis, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at det kan antages, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger⁷². For at fastslå, om en vertikal aftale har et konkurrencebegrænsende formål, må der foretages en individuel vurdering af den pågældende aftale. I henhold til gruppefritagelsesforordningen udgør alvorlige konkurrencebegrænsninger imidlertid en kategori af begrænsninger, for hvilke det antages, at de generelt skader konkurrencen, således at vertikale aftaler indeholdende sådanne alvorlige begrænsninger ikke kan gruppefritages efter forordningens artikel 2, stk. 1.
- (164) Alvorlige begrænsninger falder imidlertid ikke altid ind under artikel 101, stk. 1. Hvis en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningen er objektivt nødvendig for en bestemt type eller art vertikal aftale, f.eks. for at sikre overholdelse af et offentligt forbud mod salg af farlige stoffer til bestemte kunder af sikkerheds- eller sundhedsmæssige hensyn, falder denne aftale ekstraordinært uden for artikel 101, stk. 1. I lyset af ovenstående, og navnlig da alvorlige begrænsninger generelt har til formål at begrænse konkurrencen, vil Kommissionen anvende følgende principper ved vurderingen af en vertikal aftale:
- (a) hvis en vertikal aftale indeholder en alvorlig begrænsning som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, falder aftalen sandsynligvis ind under artikel 101, stk. 1
 - (b) en aftale, der indeholder en alvorlig begrænsning som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, vil sandsynligvis ikke opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3⁷³.
- (165) En virksomhed kan i konkrete tilfælde godtgøre, at der er konkurrencefremmende virkninger, der kan falde ind under artikel 101, stk. 3⁷⁴. I så fald skal virksomheden godtgøre, at aftalen sandsynligvis vil give effektivitetsgevinster, og at disse effektivitetsgevinster sandsynligvis vil følge af medtagelsen af de alvorlige begrænsninger i aftalen, når den påviser, at alle betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Når dette er tilfældet, undersøger Kommissionen de konkurrenceskadelige virkninger, der sandsynligvis vil følge af at medtage den alvorlige begrænsning i

⁶⁹ Se dom i sag C-306/96, Javico mod Yves Saint Laurent, ECLI:EU:C:1998:173, præmis 20.

⁷⁰ Jf. Kommissionens arbejdsdokument "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).

⁷¹ Se dom i sag C-8/08, T-Mobile Netherlands, ECLI:EU:C:2009:343, præmis 31.

⁷² Se dom i sag C-67/13, Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, præmis 49.

⁷³ Se dom i sag C-439/09, Pierre Fabre, EU:C:2011:649, præmis 57.

⁷⁴ Se især punkt 14), litra a)-i), i nærværende retningslinjer, der giver en generel beskrivelse af mulige effektivitetsgevinster i forbindelse med vertikale begrænsninger, og afsnit 6.1.1 i nærværende retningslinjer om detailprisbinding. Se generelt også Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

aftalen, før den tager endeligt stilling til, om betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt⁷⁵.

- (166) Eksemplerne i de følgende tre punkter i nærværende retningslinjer skal illustrere, i hvilke ekstraordinære situationer en alvorlig begrænsning kan falde uden for artikel 101, stk. 1.

- (167) Eksempel på reel indtrængen

En forhandler, der er den første til at sælge et nyt mærke eller et eksisterende mærke på et nyt marked og derfor reelt er den første til at trænge ind på markedet, vil ofte være nødt til at foretage betydelige investeringer, hvis der ikke tidligere var nogen efterspørgsel efter denne type produkt generelt eller efter den pågældende producents produkt af denne type. Under disse omstændigheder vil distributøren, i betragtning af at disse investeringer ofte er irreversible, måske ikke indgå distributionsaftalen uden i et vist tidsrum at være beskyttet mod andre forhandlers aktive og passive salg i hans område eller til hans kundegruppe.

For eksempel kan en sådan situation opstå, når en producent etableret på et bestemt nationalt marked trænger ind på et andet nationalt marked og introducerer sine produkter via en eksklusivforhandler, som er nødt til at foretage betydelige investeringer i at lancere og etablere mærket på dette nye marked. Når det er nødvendigt, at forhandleren foretager betydelige investeringer i at opdyrke og/eller udvikle det nye marked, vil begrænsninger i andre distributørers adgang til passivt salg i det pågældende område eller til den pågældende kundegruppe, som er nødvendige for, at forhandleren kan tjene sin investering ind, derfor normalt ikke falde ind under artikel 101, stk. 1, i de første to år, hvor forhandleren sælger aftalevarerne eller -tjenesterne i dette område eller til denne kundegruppe, selv om sådanne begrænsninger normalt betragtes som alvorlige begrænsninger, der falder ind under artikel 101, stk. 1.

- (168) Eksempel på krydsleverancer mellem godkendte forhandlere

I et selektivt distributionssystem skal der normalt være fri adgang til krydsleverancer mellem de godkendte forhandlere (jf. punkt 187) i nærværende retningslinjer). Men hvis godkendte grossister etableret i forskellige områder er forpligtede til at investere i salgsfremmende aktiviteter inden for det område, hvor de distribuerer de pågældende varer eller tjenester for at støtte godkendte forhandlers salg, og det ikke er praktisk muligt at fastsætte kravene til disse salgsfremmetiltag i en aftale, vil begrænsninger i grossisternes aktive salg til godkendte forhandlere på andre grossisters område med det formål at imødegå "frihjulspoblemer" i individuelle tilfælde kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

- (169) Eksempel på reel test

Er der tale om reelt at teste et nyt produkt i et begrænset geografisk område eller hos en begrænset kundegruppe, eller om en introduktion af et nyt produkt i flere omgange,

⁷⁵

Denne vurdering berører ikke det forhold, at en given begrænsning alligevel automatisk kan være ugyldig, hvis der er tale om en overtrædelse af forbuddene vedrørende passivt salg i forordningen om geoblokering, jf. artikel 6, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2018/302 af 28. februar 2018 om imødegåelse af uberettiget geoblokering og andre former for forskelsbehandling på grundlag af kunders nationalitet, bopæl eller hjemsted i det indre marked og om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og (EU) 2017/2394 og af direktiv 2009/22/EF.

vil de forhandlere, der skal sælge det nye produkt på testmarkedet eller deltage i den første introduktionsrunde, kunne få begrænset deres adgang til aktivt salg uden for testmarkedet eller det marked, hvor det først introduceres, uden at det falder ind under artikel 101, stk. 1, i det tidsrum, det er nødvendigt for at teste eller introducere produktet.

6.1.1. *Prisbinding*

- (170) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a), vedrører prisbinding, dvs. aftaler eller samordnet praksis, der direkte eller indirekte har til formål at fastsætte en fast eller mindste videresalgspris eller et fast eller mindste prisniveau, som køberen skal overholde⁷⁶. En vertikal aftale eller samordnet praksis, som pålægger køberen et bestemt prisniveau for videresalg, er derfor ikke i overensstemmelse med gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a).
- (171) Prisbinding kan fastsættes direkte. Det er tilfældet ved aftalebestemmelser eller samordnet praksis, der direkte fastsætter detailprisen og dermed resulterer i åbenbare begrænsninger⁷⁷. Sådanne begrænsninger omfatter aftalebestemmelser, som sætter leverandøren i stand til at fastsætte den pris, som køberen skal opkræve af sin kunde, eller som forbyder køberen at sælge under et bestemt prisniveau. Begrænsningen er også åbenbar, når en leverandør anmoder om en prisstigning, og køberen efterkommer en sådan anmodning.
- (172) Prisbinding kan også foregå indirekte, bl.a. gennem incitamenter til at fastholde en mindstepris eller disincitamenter til at afvige fra en mindstepris. Følgende eksempler udgør en ikkeudtømmende liste over sådanne indirekte metoder:
- Fastsættelse af forhandleravance.
 - Fastsættelse af den maksimale rabat, som en forhandler må give i forhold til et givet prisniveau.
 - Ordninger, som gør leverandørrabatter eller refusion af udgifter til salgsfremstød betinget af overholdelsen af et givet prisniveau.
 - Sammenknytning af den givne videresalgspris med konkurrenternes videresalgspriser.
 - Trusler, intimidering, advarsler, sanktioner, forsinkelser eller suspension af leverancer eller opsigelse af aftaler ved manglende overholdelse af et givet prisniveau.
- (173) Det fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a), at leverandørens fastsættelse af maksimumssalgspriser eller vejledende salgspriser ikke i sig selv udgør prisbinding. Hvis leverandøren imidlertid kombinerer sådanne maksimumssalgspriser eller vejledende salgspriser med incitamenter til at anvende et bestemt prisniveau eller disincitamenter til at sænke salgsprisen, kan dette udgøre prisbinding. Som eksempel på incitamenter til at anvende et bestemt prisniveau kan

⁷⁶ I punkt 48)-51) i nærværende retningslinjer redegøres der for sondringen mellem vertikale aftaler og samordnet praksis. Denne sondring har dog indtil videre ikke spillet nogen rolle i håndhævelsespraksis, da det ikke er nødvendigt at sondre mellem de to for at konstatere en overtrædelse af artikel 101. Det skal endvidere bemærkes, at prisbinding kan være knyttet til andre begrænsninger, herunder horisontal samordnet praksis i form af "hub and spoke"-ordninger, som behandles i punkt 55) i de horisontale retningslinjer.

⁷⁷ Se f.eks. Kommissionens afgørelse i sag AT.40182, Guess, punkt 84), 86) og 137).

nævnes refusion af udgifter til salgsfremstød ved overholdelse af maksimumssalgsprisen eller den vejledende salgspris. Som eksempel på disincitamentet til at sænke salgsprisen kan nævnes indgreb fra leverandørens side, hvis køberen afviger fra maksimumssalgsprisen eller den vejledende salgspris, f.eks. trusler om at indstille leverancer.

- (174) På samme måde kan politikker vedrørende annoncerede mindstepriser, som forbyder detailhandlerne at annoncere priser under et vist beløb, der er fastsat af leverandøren, også udgøre prisbinding. Det er f.eks. tilfældet, når leverandøren sanktionerer detailhandleren for i sidste ende at sælge til under den pågældende annoncerede mindstepris, kræver, at han ikke tilbyder rabatter, eller forhindrer ham i at meddele, at den endelige pris kan afvige fra den annoncerede mindstepris.
- (175) Direkte eller indirekte metoder til prisbinding kan gøres mere effektive, hvis de kombineres med foranstaltninger, der tager sigte på at afsløre forhandlere, som anvender lavere priser, f.eks. ved indførelse af prisovervågningssystemer eller krav om, at detailhandlerne skal indberette andre medlemmer af distributionsnettet, der fraviger det fastsatte prisniveau. Disse foranstaltninger er imidlertid i sig selv ikke tilstrækkelige til at fastslå, at der er tale om prisbinding, da leverandørerne kan benytte dem til at øge effektiviteten i forsynings- eller distributionskæden eller til andre formål, som ikke vedrører direkte eller indirekte metoder til prisbinding.
- (176) Prisovervågning anvendes i stigende grad inden for e-handelen, hvor både producenterne og detailhandlerne ofte benytter særlig software til prisovervågning⁷⁸. En sådan prisovervågning udgør ikke som sådan prisbinding. Det øger imidlertid prisgennemsigtigheden på markedet og sætter producenterne i stand til effektivt at følge videresalgspriserne i deres distributionsnet og hurtigt at gribe ind i tilfælde af prisfald. Det sætter også detailhandlerne i stand til effektivt at følge konkurrenternes priser og indberette prisfald til producenten sammen med en anmodning om at gribe ind over for sådanne prisfald⁷⁹.
- (177) Ved agenturaftaler fastsætter agenturgiver normalt salgsprisen, eftersom han bærer de kommercielle og økonomiske risici i forbindelse med salget. Hvis en sådan aftale imidlertid ikke er at betragte som en agenturaftale i relation til artikel 101, stk. 1 (se navnlig punkt 40)-43) i nærværende retningslinjer), vil et krav om, at agenten ikke eller kun i begrænset omfang må dele sin provision med kunden, uanset om denne er fast eller variabel, udgøre en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a). For at undgå en sådan alvorlig begrænsning bør agenten frit kunne sænke den pris, som kunden faktisk skal betale, uden dermed at reducere agenturgivers indkomst⁸⁰.
- (178) Fastsettelse af videresalgsprisen i en vertikal aftale mellem en leverandør og en køber, som gennemfører en forudgående aftale mellem leverandøren og en bestemt endelig bruger ("udførelsesaftale"), udgør ikke prisbinding, når den endelige bruger har givet afkald på sin ret til at vælge, hvilke virksomhed der skal gennemføre aftalen. I dette tilfælde medfører fastsettelsen af videresalgsprisen ikke en

⁷⁸ Se Kommissionens arbejdsdokument, som ledsager den endelige rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren (SWD(2017) 154 final af 10.5.2017), punkt 602 og 603.

⁷⁹ Se Kommissionens afgørelse i sag AT.40182, Pioneer, punkt 136 og 155, AT.40182, Denon & Marantz, punkt 95, og AT.40181, Philips, punkt 64. Se Kommissionens afgørelse i sag AT.40182, Pioneer, punkt 136, og AT.40465, Asus, punkt 27.

⁸⁰ Se f.eks. Kommissionens afgørelse i sag IV/32.737, Eirpage, særlig punkt 6.

overtrædelse af artikel 101, stk. 1, da videresalgsprisen ikke længere er genstand for konkurrence i forhold til den endelige bruger. Dette gælder imidlertid kun, når udførelsesaftalen ikke er en agenturaftale, som falder uden for artikel 101, stk. 1, jf. navnlig punkt 40)-43) i nærværende retningslinjer, eksempelvis fordi køberen erhverver ejendomsretten til de aftalevarer, der skal videresælges, eller fordi vedkommende påtager sig mere end blot de ubetydelige risici i forbindelse med gennemførelsen af aftalen. Hvis den endelige bruger derimod ikke har givet afkald på retten til at vælge, hvilken virksomhed der skal gennemføre aftalen, kan leverandøren ikke fastsætte videresalgsprisen uden at overtræde gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a). Leverandøren kan dog fastsætte en maksimumssalgspris med henblik på at muliggøre priskonkurrence i forbindelse med aftalens gennemførelse.

- (179) Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a), finder fuld anvendelse inden for onlineplatformsøkonomien. Særligt gælder, at hvis en virksomhed udbyder onlineformidlingstjenester, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra d), betragtes den som leverandør og skal derfor overholde artikel 4, litra a), og undgå alvorlige begrænsninger i forbindelse med de formidlede varer eller tjenester. Skønt dette ikke forhindrer en udbyder af onlineformidlingstjenester i at tilskynde brugerne af onlineformidlingstjenesterne til at sælge deres varer eller tjenester til en konkurrencedygtig pris eller til at sænke prisen, indeholder gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a), et forbud for udbyderen af onlineformidlingstjenester mod at pålægge en fast eller en mindste salgspris for den transaktion, han faciliterer.
- (180) Domstolen har ved adskillige lejligheder fastslået, at en aftale, der fastsætter mindste eller faste detailpriser og forhindrer køberen i selv at fastsætte videresalgsprisen, anses for at have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1⁸¹. Det fremgår imidlertid af punkt 163)-165) i nærværende retningslinjer, at kvalificeringen af en begrænsning som værende alvorlig og havende et konkurrencebegrænsende formål ikke betyder, at aftaler, der indebærer prisbinding, i sig selv er overtrædelser af artikel 101. Hvis virksomhederne mener, at prisbinding skaber effektivitetsgevinster i et konkret tilfælde, kan de fremsætte en begrundelse herfor efter artikel 101, stk. 3.
- (181) Prisbinding betragtes normalt som en alvorlig begrænsning, da det kan begrænse intrabrand- og/eller interbrandkonkurrencen på forskellige måder:
- (a) Prisbinding har den direkte virkning, at det fjerner intrabrandpriskonkurrencen, idet det forhindrer alle eller visse forhandlere i at sænke deres salgspriser for det pågældende mærke, hvilket resulterer i en prisstigning på det pågældende mærke.
 - (b) Prisbinding kan lette samordning mellem leverandører, navnlig på markeder hvor der er let adgang til samordning, f.eks. hvor der er et oligopol på leverandørsiden, og prisbindingsaftaler dækker en stor del af markedet. Dette kan også være tilfældet, hvis leverandører distribuerer deres varer eller tjenester gennem de samme forhandlere og dermed kan benytte disse som middel til samordning. Prisbinding gør det generelt lettere at afsløre, om en leverandør afviger fra samordningen ved at sænke sin pris. Det betyder, at hvis

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

en leverandør beslutter ikke at gennemtvunge sin prisbindingspolitik med henblik på at øge sit detailsalg, kan de øvrige leverandører lettere afsløre det deraf følgende fald i detailpriserne og handle derefter.

- (c) Prisbinding kan lette samordning mellem køberne på distributionsniveau. Det deraf følgende tab af priskonkurrence forekommer særlig problematisk, når det er køberne, der tager initiativ til prisbindingen. Stærke eller velorganiserede købere vil måske være i stand til at tvinge eller overtale en eller flere leverandører til at fastsætte deres detailpris på et højt niveau og dermed hjælpe køberne med at lette eller stabilisere en eventuel samordning. Prisbinding benyttes til at forpligte detailhandlende til ikke at afvige fra samordningen ved hjælp af rabatter.
 - (d) Prisbinding kan mindske et pres på leverandørens avance, især hvis producenten har en interesse i at sænke sin pris over for forhandlere i efterfølgende led. I en sådan situation vil producenten måske foretrække at acceptere en prisbinding mod en forpligtelse til ikke at sænke prisen over for efterfølgende forhandlere og for at mindske presset på sin egen avance.
 - (e) Ved at forhindre priskonkurrence mellem forhandlere kan prisbinding afskære eller hindre udviklingen eller udbredelsen af mere effektive eller nye distributionsformer og dermed mindske innovation i distributionsledet.
 - (f) En leverandør med markedsstyrke kan benytte prisbinding til at holde mindre konkurrenter ude af markedet. Den højere avance, som prisbinding kan give forhandlerne, kan få dem til at foretrække leverandørens mærke frem for konkurrenternes, når de rådgiver deres kunder, også selv om det ikke vil være i kundernes interesse, eller til slet ikke at føre disse konkurrerende mærker.
- (182) Prisbinding kan imidlertid også medføre effektivitetsgevinster, navnlig hvis det indføres på leverandørens initiativ. Hvis en virksomhed påberåber sig artikel 101, stk. 3, og indvender, at prisbinding kan medføre effektivitetsgevinster, påhviler det den at fremlægge konkrete beviser til støtte for denne påstand og påvise, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt i det konkrete tilfælde. Nedenfor gives tre eksempler på sådanne effektivitetsgevinster.
- (a) Når en producent introducerer et nyt produkt, kan prisbinding være et effektivt middel til at tilskynde forhandlerne til bedre at tilgodese producentens interesse i at fremme efterspørgslen efter produktet, navnlig hvis der er tale om et helt nyt produkt, og til at øge salgsindsatsen. Hvis forhandlerne på det pågældende marked er udsat for hård konkurrence, kan det tilskynde dem til at arbejde på at øge den samlede efterspørgsel efter produktet og gøre det til en succes, hvilket også vil komme forbrugerne til gode. I henhold til artikel 101, stk. 3, må der ikke findes mindre begrænsende midler. Leverandørerne kan med henblik på denne betingelser påvise, at det ikke er praktisk muligt at indgå en aftale med alle køberne indeholdende krav om en effektiv salgsindsats. Under sådanne omstændigheder kan fastlæggelsen af faste eller mindste detailpriser i en begrænset periode for at lette introduktionen af et nyt produkt alt taget i betragtning anses for at fremme konkurrencen.
 - (b) Faste, og ikke blot maksimale, videresalgspriser kan være nødvendige for at tilrettelægge en samordnet, kortsigtet (i de fleste tilfælde 2-6 uger) tilbudskampagne, der også vil komme forbrugerne til gode. De kan navnlig være nødvendige for tilrettelæggelsen af sådan en kampagne inden for

rammerne at distributionssystem, hvor leverandøren anvender en ensartet distributionsform, såsom franchising. I lyset af deres midlertidige karakter kan krav om faste videresalgspriser alt taget i betragtning anses som konkurrencefremmende.

- (c) I nogle situationer vil den højere avance, som prisbinding kan give, sætte detailhandlerne i stand til at yde (yderligere) førsalgsservice, især hvor der er tale om produkter, hvis kvalitet kun kan bedømmes på grundlag af en vis erfaring, eller om komplekse produkter. Hvis et tilstrækkeligt stort antal kunder gør brug af en sådan service til at træffe deres valg og derefter køber produktet til en lavere pris hos forhandlere, som ikke yder denne service (og derfor ikke har nogen omkostninger hertil), er der sandsynlighed for, at den serviceydende forhandler vil indskrænke eller ophøre med at yde denne service, som fremmede efterspørgslen efter leverandørens produkt. Prisbinding kan hjælpe med til at forhindre sådanne frihjulsproblemer i distributionsledet. Leverandøren skal på en troværdig måde kunne påvise, at prisbindingsaftalen er nødvendig for at afhjælpe frihjulsproblemet blandt detailhandlerne. I dette tilfælde er der større sandsynlighed for, at prisbinding betragtes som konkurrencefremmende, når der er hård konkurrence mellem leverandørerne, og leverandøren har begrænset markedsstyrke.
- (183) Legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen omfatter anvendelse af en vejledende eller maksimal videresalgspris over for forhandlere, når ingen af aftaleparternes markedsandel overstiger tærsklen på de 30 %, forudsat at der ikke på grund af pres eller incitamenter fra den ene part reelt er tale om mindstepriser eller faste salgspriser, jf. punkt 172) og 173) i nærværende retningslinjer. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af vejledende eller maksimale videresalgspriser, hvor markedsandelstærsklen er overskredet.
- (184) De konkurrenceproblemer, som vejledende og maksimale priser kan give anledning til, beror på risikoen for, at de kommer til at fungere som fikspunkt for forhandlerne og følges af dem alle eller størsteparten af dem. Desuden kan vejledende og maksimale priser svække konkurrencen eller lette samordning mellem leverandører.
- (185) En vigtig faktor for vurderingen af eventuelle konkurrenceskadelige virkninger i forbindelse med vejledende eller maksimale videresalgspriser er leverandørens markedsposition. Jo stærkere leverandøren står på sit marked, desto større risiko er der for, at den vejledende eller den maksimale videresalgspris fører til en mere eller mindre ensartet anvendelse af det pågældende prisniveau, fordi forhandlerne kan fokusere på dette niveau. Det vil måske være vanskeligt for dem at afvige fra, hvad de opfatter som den videresalgspris, der foretrækkes af så stor en leverandør på markedet.
- (186) Hvis det påvises, at vejledende eller maksimale videresalgspriser har mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, må der tages stilling til, om der eventuelt er mulighed for fritagelse efter artikel 101, stk. 3. Især for maksimale videresalgsprisers vedkommende kan undgåelse af dobbeltmarginalisering være relevant. En maksimal videresalgspris kan også hjælpe med at sikre, at det pågældende mærke kan konkurrere med de andre mærker, herunder også egne mærker, som forhandleren fører.

6.1.2. *Alvorlige begrænsninger, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d)*

6.1.2.1. Generelle principper i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d)

- (187) Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d), indeholder en liste over alvorlige begrænsninger og undtagelser, der finder anvendelse, afhængigt af hvilket distributionssystem leverandøren anvender: eksklusiv distribution, selektiv distribution eller fri distribution. De alvorlige begrænsninger, der er beskrevet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), artikel 4, litra c), nr. i), og artikel 4, litra d), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre forhold, som parterne har indflydelse på, har til formål at begrænse salg, der foretages af en køber eller af dennes kunder, for så vidt som disse begrænsninger vedrører det område eller den kundegruppe, hvortil køberen eller dennes kunder må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra c), nr. ii) og iii), i et selektivt distributionssystem, udgør begrænsning af krydsleverancer mellem medlemmer af det selektive distributionssystem, som opererer i det samme eller forskellige omsætningsled, såvel som begrænsning af aktivt og passivt salg foretaget af medlemmer af det selektive distributionssystem, der opererer i detailleret, en alvorlig begrænsning.
- (188) Artikel 4, litra b)-d), finder anvendelse, uanset hvilken salgskanal der anvendes. Vertikale aftaler, der, direkte eller indirekte, alene eller i kombination med andre forhold, har til formål at hindre købere eller disses kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester, udgør en begrænsning af det område, som køberne eller disses kunder må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne i, da de begrænser salg til kunder uden for købernes eller disses kunders fysiske handelsområde⁸². Et forbud mod onlinesalg såvel som begrænsninger, der de facto forbyder eller begrænser onlinesalg i et sådant omfang, at de reelt fratager køberne og disses kunder muligheden for effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester, har til formål at forhindre køberne eller disses kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester online. Derfor udgør en begrænsning, der kan føre til en betydelig reduktion af det samlede volumen af onlinesalg på markedet, en alvorlig begrænsning af aktivt eller passivt salg som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d). Vurderingen af, om en begrænsning er alvorlig, kan ikke bero på markedsspecifikke omstændigheder eller en enkelt eller specifikke kunders konkrete omstændigheder. Begrænsninger, der hindrer køberne eller disses kunder i at benytte en eller flere onlineannonceringskanaler⁸³, har til formål at hindre køberne eller disses kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester og dermed at begrænse salget til kunder, der måtte ønske at handle online, og som er beliggende uden for købernes eller disses kunders fysiske handelsområde, da de begrænser købernes eller disses kunders mulighed for at fokusere på dem, informere dem om deres udbud og tiltrække dem til deres onlinebutik eller andre kanaler.
- (189) Disse alvorlige begrænsninger kan være resultatet af direkte forpligtelser, såsom et forbud mod passivt salg til bestemte kunder eller til kunder i bestemte områder eller en pligt til at henvise ordrer fra sådanne kunder til andre forhandlere. De kan også

⁸² Se også dom i sag C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mod Président de l'Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2011:649, præmis 54.

⁸³ Se Kommissionens afgørelse i sag AT.40182, *Guess*, punkt 118-126,

være resultatet af indirekte foranstaltninger, der tager sigte på at tilskynde forhandleren til ikke at sælge til sådanne kunder, f.eks.:

- (a) krav om at indhente forudgående tilladelse fra leverandøren⁸⁴
 - (b) afvisning eller reduktion af bonus eller rabatter⁸⁵ samt godtgørelse fra leverandøren, hvis forhandleren indstiller salget til sådanne kunder
 - (c) leveringsstandsning
 - (d) begrænsning af leverancer eller reduktion i de leverede mængder til det tildelte område eller den tildelte kundegruppe
 - (e) trusler om opsigelse⁸⁶ eller ikke-forlængelse af aftalen
 - (f) trusler om gennemførelse af revisioner for at kontrollere overholdelsen af anmodningen om ikke at sælge til visse kundegrupper eller i visse geografiske områder
 - (g) krav om en højere pris for varer, der skal sælges til bestemte kundegrupper eller kunder i bestemte geografiske områder
 - (h) begrænsning af andelen af salg til visse kundegrupper eller kunder i visse geografiske områder
 - (i) begrænsning af, hvilke sprog der må bruges på emballagen eller til promovering af produkterne
 - (j) levering af et andet produkt som modydelse for at indstille sådan salg
 - (k) betalinger for indstillinger af sådan salg
 - (l) krav om at lade fortjenesten fra sådan salg gå videre til leverandøren.
- (190) De kan desuden bero på, at leverandøren ikke yder en EU-dækkende garantiservice, hvor leverandøren normalt refunderer alle forhandlere for at yde en obligatorisk garantiservice, også for så vidt angår produkter, der sælges på deres område af andre forhandlere⁸⁷.
- (191) Sandsynligheden for, at den praksis, der er nævnt i punkt (187) og (189) i nærværende retningslinjer, vil blive betragtet som en begrænsning af køberens salg, er endnu større, når den kombineres med et overvågningssystem til at kontrollere bestemmelsesstedet for de leverede varer, f.eks. brug af differentieret mærkning, særlige sprogklynger eller serienumre.
- (192) Foruden de direkte og indirekte forpligtelser, der er nævnt i punkt 187)-190) i nærværende retningslinjer, kan alvorlige begrænsninger, som specifikt vedrører onlinesalg, ligeledes være resultatet af direkte eller indirekte forpligtelser. Foruden

⁸⁴ Se f.eks. dom i sag T-77/92, Perker Pen mod Kommissionen, ECLI:EU:T:1994:85, præmis 37.

⁸⁵ Se f.eks. dom i sag T-450/05, Peugeot Nederland mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2009:262, præmis 47.

⁸⁶ Se f.eks. dom i sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2000:180, præmis 44.

⁸⁷ Hvis leverandøren ikke refunderer sine forhandlere deres udgifter i forbindelse med den EU-dækkende garanti, er det muligt at aftale med disse forhandlere, at en forhandler, som sælger uden for sit eget område, skal betale den forhandler, der er godkendt i det pågældende område, et gebyr beregnet på basis af omkostningerne ved den garantiservice, der udføres, samt en passende fortjeneste. En sådan ordning vil muligvis ikke blive betragtet som en begrænsning af forhandlernes ret til at sælge uden for deres eget område (se Rettens dom i sag T-67/01, JCB Services mod Kommissionen, Sml. 2004-II, s. 49, præmis 136-145).

det direkte forbud mod at benytte internettet som en slagskanal nævnes i det følgende yderligere eksempler på forpligtelser, der, direkte eller indirekte, har til formål at hindre forhandlerne i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester overalt, i visse geografiske områder eller til visse kundegrupper:

- (a) et krav om, at forhandleren, uanset hvilket distributionssystem han opererer i, skal forhindre kunder i et andet område i at gå ind på sit websted eller skal sørge for automatisk omdirigering af kunder til producentens eller andre forhandlers websteder. Dette er ikke til hinder for et krav til forhandleren om på sit websted at linke til andre forhandlers og/eller leverandørens websted⁸⁸
- (b) et krav om, at forhandleren, uanset hvilket distributionssystem han opererer i, skal standse kundernes onlinetransaktioner, hvis det af kundernes kreditkortoplysninger fremgår, at de ikke har adresse inden for forhandlerens område⁸⁹
- (c) et krav om, at forhandleren udelukkende må sælge i fysiske omgivelser eller med den fysiske tilstedeværelse af specialiseret personale⁹⁰
- (d) et krav om, at forhandleren skal indhente forudgående tilladelse fra leverandøren til at sælge online
- (e) et krav om, at forhandleren ikke må anvende leverandørens varemærker eller handelsnavne på sit websted
- (f) et direkte eller indirekte forbud mod at benytte en bestemt onlineannonceringskanal, f.eks. prissammenligningstjenester eller annoncering på søgemaskiner, eller andre begrænsninger af onlineannoncering, som indirekte forbyder anvendelsen af en bestemt onlineannonceringskanal, f.eks. et krav om, at forhandleren ikke må anvende leverandørens varemærker eller handelsnavne til referencering af sit udbud på søgemaskiner, eller en begrænsning af muligheden for at forsyne prissammenligningstjenester med prisrelaterede oplysninger. Skønt et forbud mod anvendelsen af en bestemt prissammenligningstjeneste eller en bestemt søgemaskine typisk ikke forhindrer en effektiv benyttelse af internettet med henblik på salg, da der kan anvendes andre prissammenligningstjenester eller søgemaskiner til at øge opmærksomheden omkring en købers onlinesalgsaktiviteter, kan et forbud mod anvendelse af alle eller de mest benyttede annonceringstjenester i den pågældende onlineannonceringskanal udgøre en sådan hindring, hvis de øvrige prissammenligningstjenester eller søgemaskiner de facto ikke kan tiltrække kunder til køberens onlinebutik.

(193) I henhold til gruppefritagelsesforordningen må en leverandør til gengæld give sine distributører visse instrukser om, hvordan deres produkter skal sælges. Det er tilladt

⁸⁸ Artikel 3 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2018/302 af 28. februar 2018 om imødegåelse af uberettiget geoblokering og andre former for forskelsbehandling på grundlag af kundernes nationalitet, bopæl eller hjemsted i det indre marked og om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og (EU) 2017/2394 og af direktiv 2009/22/EF (EUT L 60 I af 2.3.2018, s. 1).

⁸⁹ Artikel 5 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2018/302 af 28. februar 2018 om imødegåelse af uberettiget geoblokering og andre former for forskelsbehandling på grundlag af kundernes nationalitet, bopæl eller hjemsted i det indre marked og om ændring af forordning (EF) nr. 2006/2004 og (EU) 2017/2394 og af direktiv 2009/22/EF (EUT L 60 I af 2.3.2018, s. 1).

⁹⁰ Sag C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mod Président de l'Autorité de la concurrence, ECLI:EU:C:2011:649, præmis 36.

en leverandør at pålægge forhandlerne kvalitetsrelaterede betingelser, uanset hvilken distributionsmodel der anvendes. Leverandørerne og forhandlerne kan aftale salgsmetoder, der ikke har til formål at begrænse det område eller den kundegruppe, som varerne og tjenesterne må sælges til. For eksempel er vertikale aftaler, som navnlig inden for selektiv distribution indeholder kvalitetsrelaterede betingelser, bl.a. mindstekrav til butikkens størrelse, kvalitetskrav til etablering af butikken (f.eks. med hensyn til indretning, design, belysning og gulvbelægning), kvalitetskrav til webstedets indhold og layout, krav til præsentation af produktet (f.eks. mindstekrav til antal udstillede modeller i forskellige farver eller antal udstillede produkter inden for samme mærke samt mindstekrav til afstand mellem de udstillede produkter, produktlinjer og mærker i butikken), omfattet af gruppefritagelsesforordningen⁹¹.

- (194) En vertikal aftale, som indeholder en begrænsning af brugen af en bestemt onlinesalgskanal såsom onlinemarkedspladser, eller som fastsætter kvalitetsstandarder for onlinesalg, kan være omfattet af gruppefritagelsen, uanset hvilket distributionssystem leverandøren anvender, for så vidt som denne begrænsning ikke, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre forhold, har til formål at hindre køberne eller disses kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester eller i effektivt at benytte en eller flere onlineannonceringskanaler, jf. punkt 188) ovenfor. Disse begrænsninger påvirker ikke en kundegruppe, som kan afgrænses inden for alle potentielle kunder, eller købernes eller disses kunders mulighed for at drive egne websteder eller at annoncere på internettet via prissammenligningstjenester eller onlinesøgemaskiner og således øge opmærksomheden omkring deres onlineaktivitet og tiltrække potentielle kunder. Medmindre de indirekte har til formål at hindre en effektiv brug af internettet med henblik på salg udgør sådanne salgsbegrænsninger derfor ikke en begrænsning af det geografiske område, som kunderne eller forhandlerne og disses kunder kan sælge aftalevarerne eller -tjenesterne i. Sådanne gruppefritagne begrænsninger omfatter i princippet:
- (a) et direkte eller indirekte forbud mod salg på onlinemarkedspladser⁹²
 - (b) et krav om, at køberen har en eller flere fysiske butikker eller showrooms som betingelse for at komme med i leverandørens distributionssystem
 - (c) et krav om, at køberen sælger mindst en absolut mængde (i værdi eller volumen, men i forhold til sit samlede salg) af aftalevarerne eller -tjenesterne offline for at sikre en effektiv drift af hans fysiske butik. Den absolutte mængde, der kræves solgt offline, kan være den samme for alle købere eller fastsat individuelt for hver køber ud fra objektive kriterier som f.eks. køberens størrelse i forhold til hele distributionsnettet eller køberens beliggenhed
- (195) Et krav om, at den samme køber betaler en anden pris for produkter, der skal sælges videre online, end for produkter, der skal sælges videre i butikker, kan være omfattet af legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen, for så vidt som det har til formål at tilskynde til eller belønne en passende investering i henholdsvis online- og offlineaktiviteten. En sådan prisforskel bør være forbundet med forskellen i detailforhandlerens omkostninger til hver kanal. Med henblik herpå bør forskellen i

⁹¹ Der findes andre eksempler i Kommissionens arbejdsdokument, som ledsager den endelige rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren (SWD(2017) 154 final af 10.5.2017), punkt 241.

⁹² Sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 64-69. Se også afsnit 8.2.3 i nærværende retningslinjer.

engrosprisen tage hensyn til de forskellige investeringer og omkostninger, som en hybrid forhandler skal dække, så denne tilskyndes til eller belønnes for det passende niveau af investeringer, der foretages i offline- og onlineaktiviteten. Hvis forskellen i engrosprisen slet ikke er forbundet med forskellene i omkostninger i hver kanal, vil denne prisforskel sandsynligvis ikke medføre effektivitetsgevinster. Hvis forskellen i engrosprisen således har til formål at hindre en effektiv brug af internettet med henblik på salg udgør den en alvorlig begrænsning som beskrevet i punkt 188) i nærværende retningslinjer. Det er navnlig tilfældet, hvis prisforskellen gør det urentabelt at eller økonomisk uholdbart at gøre effektiv brug af internettet med henblik på salg.

- (196) Begrænsninger af onlineannoncering i vertikale aftaler er omfattet af gruppefritagelsen, forudsat at de ikke, direkte eller indirekte, har til formål at hindre køberne eller disses kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester, dvs. at de ikke direkte eller indirekte hindrer en effektiv brug af en eller flere bestemte onlineannonceringskanaler. Som eksempler på begrænsninger af onlineannoncering, der er omfattet af legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen, kan nævnes krav om, at onlineannoncerne opfylder visse kvalitetsstandarder eller indeholder bestemte elementer eller oplysninger, eller krav om, at køberen ikke benytter tjenester ydet af individuelle udbydere af onlineannoncering, som ikke opfylder visse kvalitetsstandarder.

6.1.2.2. Sondring mellem aktivt og passivt salg

- (197) En begrænsning af det geografiske område eller den kundegruppe, som en køber eller dennes kunder må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til, kan vedrøre aktivt eller passivt salg i det pågældende område eller til den pågældende kundegruppe. Gruppefritagelsesforordningens artikel 1, litra l) og m), indeholder definitioner af henholdsvis aktivt og passivt salg.
- (198) Det fastsættes i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, litra m), at salg til kunder uden direkte henvendelse ved at oprette et eget websted eller en egen webbutik, uanset om der benyttes en egen server eller en tredjepartsserver, udgør passivt salg, da det er en måde, hvorpå potentielle kunder kan nå ud til en bestemt forhandler. Brugen af et websted kan have virkninger, der rækker længere end forhandlerens eget geografiske område og kundegruppe, f.eks. ved at give kunder uden for forhandlerens fysiske handelsområde mulighed for at købe online. Hvis en kunde fra et geografisk område eller en kundegruppe, uden at forhandleren aktivt har henvendt sig til det pågældende geografiske område eller den pågældende kundegruppe, besøger forhandlerens websted og kontakter denne, og denne kontakt fører til salg, herunder levering, betragtes det som passivt salg, eftersom kundens adgang til forhandlerens websted er en følge af kundens effektive brug af internettet. Det samme gælder, hvis en kunde vælger automatisk at blive løbende orienteret af forhandleren, og dette resulterer i et salg. Brugen af teknikker til søgemaskineoptimering af et websted, dvs. udnyttelse af værktøjer eller teknikker til at forbedre webstedets placering i søgemaskiner, er ligeledes en form for passivt salg.
- (199) Det at tilbyde andre sprogmuligheder på et websted eller i en onlinebutik, end de der typisk anvendes i det område, hvor forhandleren er etableret, er til gengæld normalt tegn på, at forhandlerens aktiviteter er rettet mod det geografiske område, hvor det

pågældende sprog typisk tales, og udgør derfor en form for aktivt salg⁹³. Det at tilbyde engelsk på et websted eller i en onlinebutik betragtes ikke som et tegn på, at forhandlerens aktivitet er rettet mod engelsktalende områder, da engelsk er almindelig brugt i EU's medlemsstater. På samme måde udgør det at oprette et eget websted eller en egen onlinebutik med et domænenavn fra et andet område end det, hvori forhandleren er etableret, en form for aktivt salg i det pågældende område, hvorimod det at tilbyde et websted eller en onlinebutik med et generisk og ikke-landespecifikt domænenavn betragtes som en form for passivt salg.

- (200) Målrettet onlineannoncering eller -markedsføring er en form for aktivt salg. Navnlig giver onlineannoncering i mange tilfælde forhandleren mulighed for på forhånd at fastslå, hvilke modtagere der vil se onlineannoncerne, og dermed at udvælge de geografiske områder eller kundegrupper, annonceringen er målrettet mod. På den måde kan der indføres begrænsninger af målrettet onlineannoncering, som når ud til kunder i et eksklusivområde eller en eksklusiv kundegruppe, der er tildelt andre forhandlere. Det omfatter f.eks. personaliseret reklame, som er målrettet kunder i eksklusivområdet eller eksklusive kundegrupper, eller annoncering mod betaling på en søgemaskine, der er målrettet et eksklusivområde eller en eksklusiv kundegruppe, eller enhver form for onlineannoncering, der giver forhandleren mulighed for at udforme reklamen, således at den er målrettet eller udelukker kunder i eksklusivområder eller eksklusive kundegrupper. Til gengæld betragtes onlineannoncering eller -markedsføring, der skal nå ud til kunder i forhandlerens eget område eller til dennes egen kundegruppe, men som ikke kan begrænses til det pågældende område eller den pågældende kundegruppe, som en form for passivt salg, for så vidt som annonceringen ikke er udformet, således at den er målrettet kunder på tværs af bestemte geografiske områder eller kundegrupper. Som eksempler på sådan generel annoncering kan nævnes sponsoreret indhold på en lokal eller national avis' websted, som kan tilgås af alle besøgende på webstedet, eller brug af prissammenligningstjenester med generiske og ikke-landespecifikke domænenavne. Hvis en sådan generel annoncering derimod foretages på sprog, der ikke er almindeligt anvendt i det område, hvori forhandleren er etableret, eller på websteder med domænenavne fra et andet område, end det hvor forhandleren er etableret, udgør den en form for aktivt salg i det pågældende område, da den ikke længere er tilsigtet kunderne i forhandlerens eget område. Deltagelse i offentlige udbud betragtes som en form for passivt salg, uanset typen af offentlig udbudsprocedure (f.eks. åbent eller begrænset udbud). Denne kvalificering stemmer overens med reglerne om offentlige udbud. Hvis deltagelsen i et offentligt udbud var klassificeret som aktivt salg, ville intrabrandkonkurrencen blive reduceret markant på de pågældende markeder, hvilket ville gå imod rationalet i reglerne om offentlige udbud, der indeholder bestemmelser om fremme af intrabrandkonkurrence. Begrænsning af en købers deltagelse i offentlige udbud udgør derfor en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d). På samme måde udgør deltagelse i private udbud en form for passivt salg. Et privat udbud er en slags uopfordret salgsanmodning rettet mod flere forskellige potentielle leverandører, og indgivelsen af et bud som svar på et privat udbud udgør derfor passivt salg.

⁹³ Dom i sag C-585/08 og C-144/09, Peter Pammer mod Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG og Hotel Alpenhof GesmbH mod Oliver Heller, ECLI:EU:C:2010:740, præmis 93.

- (201) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra n), hvad angår begrænsninger, som udgør en "begrænsning af aktivt eller passivt salg" efter artikel 4, betragtes alle former for salg, bortset fra dem, der er defineret som passivt salg i gruppefritagelsesforordningen, og som der redegøres yderligere for i nærværende retningslinjer, som aktivt salg.

6.1.2.3. Anvendelse af de generelle principper

- (202) Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d), indeholder en liste over alvorlige begrænsninger og undtagelser, der finder anvendelse, afhængigt af hvilket distributionssystem leverandøren anvender: eksklusiv distribution, selektiv distribution eller fri distribution.

6.1.2.4. Når leverandøren driver et eksklusivt distributionssystem

- (203) Den alvorlige begrænsning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der, direkte eller indirekte, har til formål at begrænse det område eller den kundegruppe, som en køber, der har fået tildelt et eksklusivområde eller en eksklusiv kundegruppe, aktivt eller passivt må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til.
- (204) Der er fem undtagelser til den alvorlige begrænsning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b).
- (205) For det første giver artikel 4, litra b), nr. i), leverandøren mulighed for at begrænse aktivt salg foretaget af en eksklusivforhandler i et område eller til en kundegruppe, der er eksklusivt tildelt andre købere, eller som leverandøren har forbeholdt sig selv. For at opretholde eksklusivforhandlernes incitament til at foretage investeringer bør de sikres en passende beskyttelse mod aktivt salg, herunder onlineannoncering, i det område eller til den kundegruppe, som de har fået tildelt eksklusivt, foretaget af andre af leverandørens købere i Unionen, herunder købere, som leverandøren eksklusivt har tildelt andre områder eller kundegrupper. Hvis de begrænsninger af aktivt salg, som pålægges andre af leverandørens købere, ikke sikrer en tilstrækkelig beskyttelse, således at den udpegede forhandlers incitament til at investere i eksklusivområdet opretholdes, og dermed kan retfærdiggøre etableringen af et eksklusivt distributionssystem, vil gruppefritagelsen sandsynligvis blive inddraget.
- (206) Salg foretaget af en eksklusivforhandlers kunder i et område eller til en kundegruppe, som leverandøren eksklusivt har tildelt andre forhandlere, kan også undergrave sidstnævnte forhandlers incitament til at investere i kvalitetsservice eller efterspørgselsfremmende ydelser. For at beskytte de eksklusivt udpegede forhandlers incitament til at investere kan leverandøren stille krav om, at andre eksklusivforhandlere, og de af deres kunder, der har indgået en distributionsaftale med leverandøren eller en part, som leverandøren har tildelt distributionsrettigheder, afskæres fra at foretage aktivt salg i eksklusivområdet eller til den eksklusive kundegruppe (dvs. at videreføre begrænsningen af aktivt salg til køberens kunder)⁹⁴.
- (207) Leverandøren kan kombinere tildelingen af et eksklusivområde og en eksklusiv kundegruppe ved f.eks. at udpege en eksklusivforhandler for en bestemt kundegruppe i et bestemt område.

⁹⁴ Gruppefritagelsesforordningen giver mulighed for en sådan videreførelse, når leverandørens markedsandel på det marked, hvor han sælger varerne eller -tjenesterne til køberen, ikke overstiger 30 %, og køberens markedsandel på det marked, hvor han køber varerne eller -tjenesterne, ikke overstiger 30 %.

- (208) Beskyttelsen af eksklusivt tildelte områder eller kundegrupper er ikke absolut. For at forhindre markedsopdeling må der ikke indføres forbud mod passivt salg i sådanne områder eller til sådanne kundegrupper. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), vedrører imidlertid kun begrænsninger af salg foretaget af køberen eller dennes kunder, og leverandøren er derfor ikke forhindret i at acceptere en fuld eller delvis begrænsning, både online og offline, af såvel aktivt som passivt salg i eksklusivområdet eller til (alle eller en del af) kunderne i en eksklusiv kundegruppe.
- (209) For det andet giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), nr. ii), leverandøren mulighed for at kombinere anvendelsen af et eksklusivt distributionssystem med et selektivt distributionssystem i forskellige områder med henblik på at hindre en eksklusiv køber i at sælge aktivt eller passivt til ikkegodkendte forhandlere beliggende i et område, hvori leverandøren driver et selektivt distributionssystem og dermed enten har udpeget udvalgte forhandlere eller har forbeholdt området med henblik på anvendelse af et sådant selektivt distributionssystem. Beskyttelsen af det selektive distributionssystem omfatter aktivt og passivt salg foretaget af den eksklusive købers kunder, som også kan hindres i at sælge til ikkegodkendte forhandlere beliggende inden for det selektive distributionssystem.
- (210) For det tredje giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), nr. iii), en leverandør mulighed for at begrænse etableringsstedet for den køber, der har fået tildelt et eksklusivområde eller en eksklusiv kundegruppe ("beliggenhedsklausul"). Gruppefritagelsesforordningen ophører således ikke med at finde anvendelse, hvis det aftales, at køberen kun må have sine salgssteder og lagre på en bestemt adresse, et bestemt sted eller i et bestemt område. Hvad angår mobile salgssteder kan der afgrænses et område, uden for hvilket disse ikke må drives. Det forhold, at en forhandler benytter eget websted, kan ikke sidestilles med åbning af et nyt salgssted med en anden beliggenhed og må dermed ikke begrænses⁹⁵.
- (211) For det fjerde giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), nr. iv), en leverandør mulighed for at begrænse aktivt og passivt salg foretaget af en eksklusivforhandler i engrosleddet til de endelige brugere, da leverandøren kan holde engros- og detailleddene adskilt. Denne undtagelse udelukker dog ikke muligheden for, at grossisten kan sælge til bestemte endelige brugere (f.eks. enkelte større brugere), men ikke til (alle) andre endelige brugere.
- (212) For det femte giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), nr. v), en leverandør mulighed for at begrænse mulighederne for, at en køber af komponenter, som får leveret komponenterne med henblik på inkorporering, kan sælge disse til leverandørens konkurrenter, som vil anvende dem til produktion af samme type varer som de af leverandøren producerede varer. Udtrykket "komponent" omfatter alle mellemprodukter, og udtrykket "inkorporering" omfatter brugen af ethvert input til produktion af varer.

6.1.2.5. Når leverandøren driver et selektivt distributionssystem

- (213) Den alvorlige begrænsning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra c), nr. i), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der, direkte eller indirekte, har

⁹⁵ Se dom i sag C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mod Président de l'Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2011:649, præmis 56 og 57.

til formål at begrænse det område eller den kundegruppe, som en selektiv forhandler aktivt eller passivt må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til.

- (214) Der er fem undtagelser til den alvorlige begrænsning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra c), nr. i).
- (215) Den første undtagelse vedrører begrænsningen af aktivt salg foretaget af godkendte forhandlere uden for det selektive distributionssystem. Den giver leverandøren mulighed for at begrænse aktivt salg, herunder onlineannoncering, foretaget af godkendte forhandlere i andre områder eller til andre kundegrupper, der er eksklusivt tildelt en eller flere forhandlere, eller der er forbeholdt leverandøren. Leverandøren kan kræve, at begrænsningen af aktivt salg i et eksklusivområde eller til en eksklusiv kundegruppe skal videreføres fra køberen til de af dens kunder, der har indgået en distributionsaftale med leverandøren eller med en part, som leverandøren har tildelt eksklusivrettigheder.
- (216) Den anden undtagelse giver leverandøren mulighed for at begrænse godkendte forhandlere og disse kunders muligheder for at sælge til ikkegodkendte forhandlere beliggende i et område, hvor leverandøren driver et selektivt distributionssystem og dermed enten har udpeget udvalgte forhandlere eller har forbeholdt sig området med henblik på anvendelse af et sådant selektivt distributionssystem. Begrænsningen kan omfatte aktivt eller passivt salg i ethvert omsætningsled.
- (217) Den tredje undtagelse giver leverandøren mulighed for at hindre godkendte forhandlere i at drive virksomhed fra forskellige lokaler eller at åbne et nyt salgssted et andet sted ("beliggenhedsklausul"). Gruppefritagelsesforordningen ophører således ikke med at finde anvendelse, hvis det aftales, at køberen kun må have sine salgssteder og lagre på en bestemt adresse, et bestemt sted eller i et bestemt område. Hvad angår mobile salgssteder kan der afgrænses et område, uden for hvilket disse ikke må drives. Det forhold, at en forhandler benytter sit eget websted, kan ikke sidestilles med åbning af et nyt salgssted med en anden beliggenhed og må dermed ikke begrænses.
- (218) Den fjerde undtagelse giver leverandøren mulighed for at begrænse aktivt og passivt salg foretaget af en godkendt forhandler i engrosleddet til de endelige brugere, da leverandøren kan holde engros- og detailleddene adskilt. Denne undtagelse udelukker dog ikke muligheden for, at grossisten kan sælge til bestemte endelige brugere (f.eks. få større brugere), men ikke til (alle) andre endelige brugere.
- (219) Den femte undtagelse giver leverandøren mulighed for at begrænse mulighederne for, at en godkendt køber af komponenter, som får leveret komponenterne med henblik på inkorporering, kan sælge disse til leverandørens konkurrenter, som vil anvende dem til produktion af samme type varer som de af leverandøren producerede varer. Udtrykket "komponent" omfatter alle mellemprodukter, og udtrykket "inkorporering" omfatter brugen af ethvert input til produktion af varer.
- (220) Den alvorlige begrænsning i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra c), nr. iii), udelukker begrænsning af aktivt eller passivt salg foretaget af medlemmer af et selektivt distributionsnet til endelige brugere, det være sig erhvervsmæssige brugere eller forbrugere, uden at dette berører muligheden for at forbyde et medlem af nettet at operere uden for et ikkegodkendt etableringssted (jf. tredje undtagelse til artikel 4, litra c), nr. i), og punkt 217) i nærværende retningslinjer). Det betyder, at godkendte forhandlere ikke må pålægges begrænsninger med hensyn til, hvilke brugere, eller indkøbsagenter, der handler på disse brugeres vegne, de må sælge til, medmindre

formålet er at beskytte et eksklusivt distributionssystem etableret i et andet område (jf. første undtagelse til artikel 4, litra c), nr. i), og punkt 215) i nærværende retningslinjer). Inden for et selektivt distributionssystem bør de godkendte forhandlere frit kunne sælge både aktivt og passivt til alle endelige brugere.

- (221) Eftersom online- og offlinekanaler har forskellige kendetegn, kan en leverandør, som driver et selektivt distributionssystem, pålægge sine godkendte forhandlere kriterier for onlinesalg, som er forskellige fra de kriterier, der gælder for salg i fysiske butikker, for så vidt som kriterierne ved onlinesalg ikke, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre forhold, har til formål at hindre køberne eller disses kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester. For eksempel kan en leverandør indføre særlige krav for at sikre visse kvalitetsstandarder for brugere, der handler online, f.eks. indførelse og drift af en slags online eftersalgshelpdesk, krav om dækning af kundernes omkostninger i forbindelse med returnering af produktet eller anvendelse af sikre betalingssystemer. Disse begrænsninger påvirker ikke en kundegruppe, som kan afgrænses inden for alle potentielle kunder, eller købernes eller disses kunders mulighed for at drive egne websteder eller at annoncere på internettet på tredjepartsplatforme eller onlinesøgemaskiner og således øge opmærksomheden omkring deres onlineaktivitet og tiltrække potentielle kunder.
- (222) Et selektivt distributionssystem kan ikke kombineres med et eksklusivt distributionssystem som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra g), i det samme område, da dette ville medføre en alvorlig begrænsning af godkendte forhandlers aktive eller passive salg til de endelige brugere, jf. artikel 4, litra c), nr. i). Leverandøren kan imidlertid forpligte sig til kun at levere til én eller et begrænset antal godkendte forhandlere på en bestemt del af det område, hvor han driver et selektivt distributionssystem. Leverandøren kan også forpligte sig til ikke selv at foretage direkte salg i det pågældende område. Samtidig fremgår det også af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra c), nr. i), at leverandøren kan pålægge sine godkendte forhandlere en beliggenhedsklausul.
- (223) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra c), nr. ii), vedrører begrænsning af krydsleverancer mellem godkendte forhandlere i et selektivt distributionssystem. Det betyder, at en leverandør ikke kan forhindre aktivt eller passivt salg mellem dennes godkendte forhandlere, som frit skal kunne købe aftalevarerne fra andre godkendte forhandlere inden for nettet, hvad enten de opererer i samme eller et andet omsætningsled⁹⁶. Derfor må selektiv distribution ikke kombineres med vertikale begrænsninger, der tager sigte på at tvinge forhandlerne til kun at købe aftalevarerne fra en bestemt leverandør. Det betyder også, at der i et selektivt distributionsnet ikke må pålægges godkendte grossister begrænsninger af deres salg til godkendte forhandlere.

6.1.2.6. Når leverandøren driver et frit distributionssystem

- (224) Den alvorlige begrænsning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra d), vedrører aftaler eller samordnet praksis, der, direkte eller indirekte, har til formål at begrænse det område eller den kundegruppe, som en køber aktivt eller passivt må sælge aftalevarerne eller -tjenesterne til.
- (225) Der er fem undtagelser til den alvorlige begrænsning, der er fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra d).

⁹⁶

Se f.eks. Kommissionens afgørelse i sag AT.40182, Guess, punkt 65-78.

- (226) For det første giver artikel 4, litra d), nr. i), leverandøren mulighed for at begrænse aktivt salg, herunder onlineannoncering, foretaget af en kunde i et område eller til en kundegruppe, der er eksklusivt forbeholdt leverandøren eller tildelt andre købere. Leverandøren kan kræve, at begrænsningen af aktivt salg i et eksklusivområde eller til en eksklusiv kundegruppe skal videreføres fra køberen til de af dens kunder, der har indgået en distributionsaftale med leverandøren eller med en part, som leverandøren har tildelt eksklusivrettigheder. Beskyttelsen af eksklusivt tildelte områder eller kundegrupper er imidlertid ikke absolut, eftersom passivt salg til sådanne områder eller kundegrupper ikke kan forbydes.
- (227) For det andet giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra d), nr. ii), leverandøren mulighed for at begrænse aktivt eller passivt salg foretaget af en køber og dennes kunder til ikkegodkendte forhandlere i et område, hvor leverandøren driver et selektivt distributionssystem, eller som han har forbeholdt med henblik på anvendelse af et selektivt distributionssystem. Begrænsningen kan omfatte aktivt eller passivt salg i ethvert omsætningsled.
- (228) For det tredje giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra d), nr. iii), en leverandør mulighed for at pålægge en begrænsning med hensyn til køberens etableringssted ("beliggenhedsklausul"). Gruppefritagelsesforordningen ophører således ikke med at finde anvendelse, hvis det aftales, at køberen kun må have sine salgssteder og lagre på en bestemt adresse, et bestemt sted eller i et bestemt område. Hvad angår mobile salgssteder kan der afgrænses et område, uden for hvilket disse ikke må drives. Det forhold, at en forhandler benytter sit eget websted, kan ikke sidestilles med åbning af et nyt salgssted med en anden beliggenhed og må dermed ikke begrænses⁹⁷.
- (229) For det fjerde giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra d), nr. iv), en leverandør mulighed for at begrænse aktivt og passivt salg foretaget af en grossist til de endelige brugere, da leverandøren kan holde engros- og detailledene adskilt. Denne undtagelse udelukker dog ikke muligheden for, at grossisten kan sælge til bestemte endelige brugere (f.eks. få større brugere), men ikke til andre endelige brugere.
- (230) For det femte giver gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra d), nr. v), en leverandør mulighed for at begrænse mulighederne for, at en køber af komponenter, som får leveret komponenterne med henblik på inkorporering, kan sælge disse til leverandørens konkurrenter, som vil anvende dem til produktion af samme type varer som de af leverandøren producerede varer. Udtrykket "komponent" omfatter alle mellemprodukter, og udtrykket "inkorporering" omfatter brugen af ethvert input til produktion af varer.

6.1.3. *Begrænsninger af salg af reservedele*

- (231) Den alvorlige begrænsning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra e), vedrører aftaler, hvorved endelige brugere, selvstændige reparatører, grossister og serviceudbydere afskæres fra eller pålægges begrænsninger med hensyn til at skaffe sig reservedele direkte fra reservedelsproducenten. En aftale mellem en reservedelsproducent og en kunde, der inkorporerer disse dele i sit eget produkt, f.eks. en originaludstørsfabrikant, må hverken direkte eller indirekte hindre eller

⁹⁷ Se dom i sag C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS mod Président de l'Autorité de la concurrence*, ECLI:EU:C:2011:649, præmis 56 og 57.

begrænse originaludstyrsfabrikanten af disse reservedele i at sælge dem til endelige brugere, selvstændige reparatører, grossister eller serviceudbydere. Indirekte begrænsninger kan navnlig foreligge, når leverandøren af reservedele pålægges restriktioner med hensyn til udlevering af tekniske oplysninger og specialudstyr, der er en forudsætning for, at brugerne eller de selvstændige reparatører eller serviceudbydere kan bruge reservedelene. Aftalen kan dog pålægge begrænsninger med hensyn til leverancer af reservedele til reparatører eller serviceudbydere, som originaludstyrsfabrikanten har udpeget til at reparere eller udføre service på sine egne produkter. Det betyder, at originaludstyrsfabrikanten kan kræve, at medlemmerne af hans eget reparations- og servicenet køber reservedele fra ham selv eller fra andre medlemmer af det selektive distributionssystem, hvis han driver et sådant system.

6.2. Begrænsninger, der falder uden for gruppefritagelsesforordningen

- (232) I gruppefritagelsesforordningens artikel 5 opregnes en række forpligtelser, der er udelukket fra gruppefritagelsens anvendelsesområde, uanset om markedsandelstærsklen i artikel 3, stk. 1, er overskredet eller ej. I artikel 5 fastlægges de forpligtelser, for hvilke det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan antages, at de opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Der består ingen formodning om, at forpligtelserne i gruppefritagelsesforordningens artikel 5 falder ind under artikel 101, stk. 1, eller ikke opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Udelukkelsen af disse forpligtelser fra gruppefritagelsesforordningen betyder alene, at de skal være genstand for en individuel vurdering efter artikel 101. I modsætning til gruppeforordningens artikel 4 er udelukkelsen fra gruppefritagelsen i henhold til artikel 5 begrænset til den specifikke forpligtelse, hvis denne forpligtelse kan adskilles fra resten af den vertikale aftale. Resten af den vertikale aftale vil således fortsat være omfattet af gruppefritagelsen.

6.2.1. Konkurrenceklausuler af en varighed på over fem år

- (233) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra a), er konkurrenceklausuler af en varighed på over fem år ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen. Konkurrenceklausuler er aftalebestemmelser, som forpligter køberen til at købe over 80 % af sine samlede indkøb af aftalevarerne og -tjenesterne og af varer eller tjenesteydelser, der er substituerbare hermed (beregnet på grundlag af indkøbene i det foregående kalenderår) hos leverandøren eller en virksomhed udpeget af denne, som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra e). Det betyder, at køberen afskæres fra at købe konkurrerende varer eller tjenester, eller at hans indkøb heraf begrænses til under 20 % af hans samlede indkøb. Hvis der ikke foreligger relevante data for køberens køb i det første kalenderår efter indgåelsen af den vertikale aftale, kan køberens bedste skøn over hans samlede årlige behov anvendes i stedet. Der bør dog anvendes aktuelle indkøbsdata, så snart de foreligger.
- (234) Konkurrenceklausuler er ikke omfattet af gruppefritagelsen, hvis de er af ubegrænset varighed eller overstiger fem år. Konkurrenceklausuler, der fornys stiltiende ud over en periode på fem år, er omfattet af gruppefritagelsen, forudsat at køberen rent faktisk kan genforhandle eller opsiges den vertikale aftale, som indeholder denne forpligtelse, inden for en rimelig varslingsfrist og til en rimelig pris og således effektivt kan skifte leverandør efter femårsperiodens udløb. Hvis den vertikale aftale eksempelvis indeholder en femårig konkurrenceklausul, og leverandøren yder køberen et lån, må afdraget af dette lån ikke hindre køberen i at opsiges konkurrenceklausulen ved femårsperiodens udløb. Hvis leverandøren forsyner

køberen med udstyr, der ikke er relationsspecifikt, skal køberen have mulighed for at overtage udstyret til markedsværdien ved konkurrenceklausulens ophør.

- (235) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 2, gælder femårsgrænsen ikke, når aftalevarerne eller -tjenesterne videresælges af køberen "fra lokaler og grunde, der ejes af leverandøren, eller som leverandøren lejer af en tredjemand, der ikke er forbundet til køberen". I sådanne tilfælde kan konkurrenceklausulen have samme varighed som den periode, hvori køberen benytter salgsstedet. Baggrunden for denne undtagelse er, at det normalt er urimeligt at forlange, at der uden leverandørens tilladelse skulle kunne sælges konkurrerende produkter fra grunde og lokaler, som leverandøren ejer. Samme princip gælder tilsvarende, hvis køberen sælger varen fra et mobilt salgssted, som ejes af leverandøren, eller som denne har lejet af en tredjemand uden forbindelse til køberen. Kunstige ejerkonstruktioner, f.eks. hvor forhandleren overfører sin ejendomsret over grund eller bygninger til leverandøren for blot et begrænset tidsrum med det formål at omgå femårsgrænsen, falder ikke ind under denne undtagelse.

6.2.2. *Konkurrenceklausuler, der gælder efter aftalens ophør*

- (236) I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra b), sammenholdt med artikel 5, stk. 3, er konkurrenceklausuler, der gælder efter aftalens ophør, ikke omfattet af gruppefritagelsesforordningen, medmindre de er uomgængeligt nødvendige for at beskytte knowhow, som leverandøren har overført til køberen, er begrænset til det salgssted, hvor køberen har drevet virksomhed i aftaleperioden, og højst gælder i et år. Dette er kun tilfældet i forbindelse med væsentlig knowhow som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra h). Det betyder, at den pågældende knowhow skal omfatte oplysninger, der er vigtige og nyttige for køberens brug, salg eller videresalg af aftalevarerne eller -tjenesterne.

6.2.3. *Konkurrenceklausuler pålagt medlemmer af et selektivt distributionssystem*

- (237) Gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra c), vedrører salg af konkurrerende varer eller tjenester i et selektivt distributionssystem. Gruppefritagelsen omfatter selektiv distribution kombineret med en konkurrenceklausul, der forpligter forhandlerne til ikke at videresælge konkurrerende mærker. Hvis leverandøren imidlertid enten direkte eller indirekte forhindrer sine godkendte forhandlere i at købe produkter til videresalg hos en eller flere bestemte konkurrerende leverandører, er en sådan klausul ikke omfattet af gruppefritagelsen. Formålet med at udelukke denne type forpligtelse er at undgå, at en række leverandører benytter de samme selektive distributionskanaler og udelukker en eller flere bestemte konkurrenter fra at distribuere deres produkter gennem de pågældende distributionskanaler. En sådan situation udgør afskærmning af markedet over for en konkurrerende leverandør ved hjælp af en form for kollektiv boykot.

6.2.4. *Paritetsklausuler*

- (238) Den fjerde begrænsning, der er udelukket i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra d), vedrører paritetsklausuler pålagt af udbydere af onlineformidlingstjenester, og som foranlediger køberne af deres tjenester til at undlade at udbyde, sælge eller videresælge varer eller tjenester til endelige brugere på mere favorable vilkår ved at anvende konkurrerende onlineformidlingstjenester. De endelige brugere kan være virksomheder såvel som endelige forbrugere. Betingelserne kan vedrøre priser, lagerbeholdning, tilgængelighed eller andre vilkår og betingelser for udbud eller salg.

Paritetsklausulen kan være udtrykkelig eller anvendes gennem andre direkte eller indirekte midler, f.eks. anvendelse af differentierede priser eller andre incitamenter eller foranstaltninger, hvis gyldighed afhænger af de betingelser, hvorpå køberen af onlineformidlingstjenesterne tilbyder varer eller tjenester til de endelige brugere gennem udbydere af onlineformidlingstjenester. En udbyder af onlineformidlingstjenester kan f.eks. tilskynde køberne til at tilbyde ham samme vilkår som konkurrerende udbydere af sådanne tjenester ved at tilbyde bedre synlighed af kundens varer og tjenester på sit websted eller ved at opkræve lavere gebyrer.

- (239) Alle andre typer paritetsklausuler er omfattet af gruppefritagelsen. Det omfatter f.eks. paritetsklausuler i detailledet vedrørende vare- eller tjenesteleverandørernes direkte salg eller markedsføringskanaler (såkaldt "snæver paritet"), paritetsklausuler vedrørende de betingelser, hvorpå varer eller tjenester tilbydes virksomheder, der ikke er de endelige brugere, og paritetsklausuler vedrørende betingelserne, hvorpå producenter, grossister eller detailhandlere køber varer eller tjenester som input (se afsnit 8.2.5 i nærværende retningslinjer for så vidt angår vurderingen af paritetsklausuler i konkrete sager, hvor gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse).

7. INDDRAGELSE OG IKKEANVENDELSE

7.1. Inddragelse af gruppefritagelsen (artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003)

- (240) Kommissionen kan i medfør af artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 inddrage gruppefritagelsen, hvis den i et konkret tilfælde fastslår, at en vertikal aftale, som gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på, har visse virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3. Hvis en sådan aftale i et konkret tilfælde har virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3, på en medlemsstats område, eller på en del af dette område, der frembyder alle et særskilt geografisk markeds karakteristika, kan konkurrencemyndigheden i denne medlemsstat desuden også inddrage gruppefritagelsen i medfør af artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003. Medlemsstaternes domstole nævnes ikke i artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003, og de har derfor ikke beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen⁹⁸, medmindre den pågældende domstol er en af medlemsstaten udpeget konkurrencemyndighed, jf. artikel 35 i forordning (EF) nr. 1/2003.
- (241) Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder kan inddrage gruppefritagelsen i to tilfælde. For det første kan de inddrage gruppefritagelsen, hvis en vertikal aftale, der falder ind under artikel 101, stk. 1, *isoleret* betragtet har virkninger på det relevante marked, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3. For det andet, som det fremgår af betragtning 18 i gruppefritagelsesforordningen, kan de desuden inddrage gruppefritagelsen, hvis den vertikale aftale har sådanne virkninger *i kombination* med tilsvarende aftaler indgået af konkurrerende leverandører eller købere. Det skyldes, at parallelle net af ensartede vertikale aftaler kan have kumulative virkninger, der er uforenelige med artikel 101, stk. 3. Begrænsninger i

⁹⁸ Medlemsstaternes domstole må heller ikke ændre gruppefritagelsesforordningens rækkevidde ved at udvide dens anvendelsesområde til at omfatte aftaler, der ellers ikke er omfattet af forordningen. En sådan udvidelse, uanset hvilken betydning den måtte tillægges, ville påvirke den måde, hvorpå Kommissionen udøver sin lovgivende kompetence (dom i sag C-234/89, Stergios Delimitis mod Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91, præmis 46).

adgangen til det relevante marked og konkurrencebegrænsninger herpå er eksempler på sådanne kumulative virkninger, der kan retfærdiggøre inddragelsen af gruppefritagelsen⁹⁹.

- (242) Parallelle vertikale aftalenet anses for at være ensartede, hvis de omfatter den samme type begrænsninger med samme virkninger på markedet. Sådanne kumulative virkninger kan eksempelvis opstå i tilfælde af delt eksklusivitet eller selektiv distribution eller som følge af paritetsklausuler eller konkurrenceklausuler. Hvad angår selektiv distribution vil der være tale om en situation med tilstrækkeligt ensartede parallelle net, hvis nogle leverandører på et givet marked anvender rent kvalitativ selektiv distribution, mens andre leverandører anvender kvantitativ selektiv distribution med ensartede virkninger på markedet. Der kan også opstå kumulative virkninger, hvis parallelle selektive distributionsnet på et givet marked anvender kvalitative kriterier, som udelukke forhandlere. I sådanne tilfælde skal der ved vurderingen tages hensyn til de enkelte aftalenets konkurrencebegrænsende virkninger. Når det er relevant kan inddragelsen af gruppefritagelsen begrænses til bestemte kvalitative kriterier eller bestemte kvantitative kriterier, som f.eks. begrænser antallet af godkendte forhandlere.
- (243) Ansvar for en konkurrencebegrænsende kumulativ virkning kan kun tillægges de virksomheder, der mærkbart bidrager dertil. Aftaler, der indgås af virksomheder, som kun bidrager ubetydeligt til den kumulative virkning, falder ikke ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1¹⁰⁰. De er derfor ikke omfattet af denne inddragelse¹⁰¹.
- (244) Kommissionen kan i medfør af artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 inddrage gruppefritagelsen på eget initiativ eller på grundlag af en klage. Det omfatter muligheden for, at de nationale konkurrencemyndigheder kan anmode Kommissionen om at inddrage gruppefritagelsen i et konkret tilfælde, uden at dette berører anvendelsen af reglerne om sagsfordeling og bistand inden for Det Europæiske Konkurrencenetværk¹⁰² eller deres egen inddragelsesbeføjelser i henhold til artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003. Hvis mindst tre nationale konkurrencemyndigheder anmoder Kommissionen om at anvende artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 i et konkret tilfælde, drøfter Kommissionen sagen inden for rammerne af Det Europæiske Konkurrencenetværk med henblik på at afgøre, hvorvidt gruppefritagelsen skal inddrages. I den forbindelse tager Kommissionen nøje hensyn til holdningen hos de nationale konkurrencemyndigheder, som har anmodet den om at inddrage gruppefritagelsen, med henblik på inden for en rimelig tid at konkludere, om betingelserne for inddragelse er opfyldt i det konkrete tilfælde.
- (245) Det følger af artikel 29, stk. 1 og 2, i forordning (EF) nr. 1/2003, at Kommissionen har enekompetence til at inddrage gruppefritagelsen på EU-plan, idet den kan inddrage den for vertikale aftaler, som begrænser konkurrencen på et relevant geografisk marked, som dækker bredere end en enkelt medlemsstats område,

⁹⁹ Der vil imidlertid næppe opstå kumulative afskærmningsvirkninger, hvis de parallelle net af vertikale aftaler dækker mindre end 30 % af det relevante marked, jf. punkt 10 i bagatelmeddelelsen.

¹⁰⁰ Individuelle leverandører eller forhandlere med en markedsandel, der ikke overstiger 5 %, kan i almindelighed ikke kan antages at bidrage væsentligt til en kumulativ afskærmende virkning, jf. punkt 10 i bagatelmeddelelsen; se også dom i sag C-234/89, Stergios Delimitis mod Henninger Bräu AG, ECLI:EU:C:1991:91, præmis 24-27.

¹⁰¹ Vurderingen af dette bidrag skal foretages på grundlag af kriterierne i håndhævelsespolitikken i konkrete sager som fastsat i afsnit 8 i nærværende retningslinjer

¹⁰² Se kapitel IV i forordning (EF) nr. 1/2003.

hvorimod de nationale konkurrencemyndigheder kun kan inddrage den for deres respektive medlemsstats område.

- (246) De individuelle nationale konkurrencemyndigheders inddragelsesbeføjelser vedrører således kun de tilfælde, hvor det relevante marked dækker en enkelt medlemsstat eller et område, der udelukkende ligger inden for den pågældende medlemsstat. I dette tilfælde har den pågældende medlemsstats nationale konkurrencemyndighed beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen for den vertikale aftale, der har virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3, på det nationale eller regionale marked. Der er således tale om delt kompetence, eftersom artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003, også giver Kommissionen beføjelse til at inddrage gruppefritagelsen for et nationalt eller regionalt marked, forudsat at den pågældende vertikale aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne.
- (247) Hvis flere særskilte nationale eller regionale markeder er berørt, kan flere kompetente nationale konkurrencemyndigheder inddrage gruppefritagelsen på samme tid.
- (248) Det følger af ordlyden i artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003, at hvis Kommissionen inddrager gruppefritagelsen, påhviler det den at dokumentere, dels at gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på den pågældende vertikale aftale, dvs. at den falder ind under artikel 101, stk. 1¹⁰³, og dels at denne aftale har virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3, dvs. at den opfylder mindst en af de fire betingelser i artikel 101, stk. 3¹⁰⁴. I henhold til artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003 gælder de samme betingelser, når en national konkurrencemyndighed inddrager gruppefritagelsen i forhold til den pågældende medlemsstat. Hvad angår ansvaret for at dokumentere den anden betingelse kræves det i henhold til artikel 29 navnlig, at den kompetente konkurrencemyndighed påviser, at mindst en af de fire betingelser i artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt¹⁰⁵.
- (249) Hvis betingelserne i artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 er opfyldt, kan Kommissionen inddrage gruppefritagelsen i et konkret tilfælde. En sådan inddragelse, og betingelserne herfor som beskrevet i de foregående afsnit, skal adskilles fra konstateringerne i en kommissionsafgørelse, jf. kapital III i forordning (EF) nr. 1/2003. En inddragelse kan imidlertid kombineres med f.eks. en konstatering af en overtrædelse og pålæggelse af afhjælpende foranstaltninger, selv med

¹⁰³ Hvis en vertikal aftale falder uden for artikel 101, stk. 1, jf. afsnit 3 i nærværende retningslinjer, er spørgsmålet om anvendelsen af gruppefritagelsesforordningen ikke relevant, eftersom den fastlægger, hvilke kategorier af vertikale aftaler der normalt opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, hvilket forudsætter, at en vertikal aftale falder ind under artikel 101, stk. 1. Se den udtrykkelige henvisning i artikel 101, stk. 3, til aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, samt artikel 101, stk. 1.

¹⁰⁴ Det er tilstrækkeligt, at Kommissionen påviser, at én af de fire betingelser i artikel 101, stk. 3, ikke er opfyldt. Det skyldes, at alle fire betingelser skal være opfyldt for at være omfattet af undtagelsen i artikel 101, stk. 3.

¹⁰⁵ Kravet i artikel 29 i forordning (EF) nr. 1/2003 angående den kompetente myndigheds bevisbyrde følger af den situation, hvor gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse, og en individuel virksomhed påkalder sig artikel 101, stk. 3, i et konkret tilfælde. I denne situation påhviler det i henhold til artikel 2 i forordning (EF) nr. 1/2003 virksomheden at dokumentere, at alle fire betingelser i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Med henblik herpå skal den dokumentere sine påstande, se f.eks. Kommissionens afgørelse i sag AT.39226, Lundbeck, stadfæstet i dom i sag T-472/13, Lundbeck mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2016:449, og sag C-591/16 P, Lundbeck mod Kommissionen.

foreløbige forholdsregler, som det også har været tilfældet i tidligere kommissionsafgørelser¹⁰⁶.

- (250) Hvis Kommissionen inddrager gruppefritagelsen i henhold til artikel 29, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003, skal den tage hensyn til, at inddragelsen kun kan have ex nunc-virkninger, dvs. at de pågældende aftalers status som fritagne ikke vil blive påvirket i perioden forud for den dato, hvor inddragelsen træder i kraft. I tilfælde af en inddragelse i medfør af artikel 29, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003, skal den berørte nationale konkurrencemyndighed også tage hensyn til sine forpligtelser efter artikel 11, stk. 4, i samme forordning, navnlig til at forelægge Kommissionen eventuelle påtænkte beslutninger.

7.2. Forordning, der fastsætter, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse (gruppefritagelsesforordningens artikel 6)

- (251) I overensstemmelse med bemyndigelsesforordningens artikel 1a giver gruppefritagelsesforordningens artikel 6 Kommissionen mulighed for ved forordning at udelukke parallelle net af ensartede vertikale begrænsninger, som dækker mere end 50 % af et relevant marked, fra gruppefritagelsesforordningens anvendelsesområde. En sådan foranstaltning er ikke rettet mod bestemte virksomheder, men gælder for samtlige virksomheder, hvis aftaler opfylder betingelserne i en forordning som omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 6. Når Kommissionen skal vedtage en sådan forordning, vil den overveje, om en individuel inddragelse af fritagelsen vil være et mere velegnet middel. Antallet af konkurrerende virksomheder, der bidrager til en kumulativ virkning på et marked, og antallet af geografiske markeder inden for Unionen, der påvirkes, er to aspekter, der er særlig relevante for denne vurdering.
- (252) Kommissionen vil overveje at vedtage en forordning efter gruppefritagelsesforordningens artikel 6, hvis ensartede begrænsninger, som dækker mere end 50 % af det relevante marked, sandsynligvis vil begrænse adgangen til dette marked og konkurrencen derpå mærkbart. Dette kan især være tilfældet, når parallelle, selektive distributionsnet, der dækker mere end 50 % af et marked, kan føre til markedsafskærmning ved at anvende udvælgelseskriterier, der ikke er nødvendige på grund af de pågældende varers eller tjenesters art, eller medfører forskelsbehandling af bestemte distributionsformer, der er egnet til at sælge sådanne varer eller tjenester. Ved beregningen af markedsdækningsgraden på 50 % skal der tages hensyn til hvert enkelt net af vertikale aftaler, der indeholder begrænsninger eller kombinationer af begrænsninger med ensartede virkninger på markedet. Gruppefritagelsesforordningens artikel 6 forpligter imidlertid ikke Kommissionen til at gribe ind, når markedsdækningsgraden overstiger 50 %.
- (253) En forordning vedtaget i medfør af gruppefritagelsesforordningens artikel 6 indebærer, at gruppefritagelsen ikke længere finder anvendelse på de pågældende begrænsninger og markeder, og at artikel 101, stk. 1 og 3, dermed finder fuld anvendelse.

¹⁰⁶ Kommissionen benyttede sin beføjelse til at inddrage en af de tidligere gældende gruppefritagelsesforordninger i Kommissionens afgørelse af 25. marts 1992 (foreløbige foranstaltninger) og af 23. december 1992 vedrørende en procedure efter artikel 85 i EØF-traktaten i sag IV/34.072 – Mars/Langnese and Schöller, stadfæstet i dom i sag C-279/95 P, Langnese-Iglo mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1998:447, og Kommissionens afgørelser af 4. december 1991 (foreløbige foranstaltninger) og 4. december 1991 vedrørende en procedure efter artikel 85 i EØF-traktaten i sag IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

- (254) Enhver forordning, der er omhandlet i gruppefritagelsesforordningens artikel 6, skal klart angive sit anvendelsesområde. Derfor skal Kommissionen først afgrænse de(t) relevante produktmarked(er) og geografiske marked(er) og dernæst klat anføre, hvilken type vertikal begrænsning der ikke længere er omfattet af gruppefritagelsen. Hvad sidstnævnte aspekt angår kan Kommissionen tilpasse forordningens anvendelsesområde efter de konkurrenceproblemer, forordningen har til formål at løse. Selv om det f.eks. forholder sig således, at samtlige parallelle net af aftaler om mærkevareeksklusivitet kan tages i betragtning ved fastlæggelsen af markedsdækningsgraden på 50 %, kan Kommissionen begrænse anvendelsesområdet for en forordning vedtaget efter gruppefritagelsesforordningens artikel 6 til kun at omfatte konkurrenceklausuler ud over en bestemt varighed. Aftaler af kortere varighed eller af mindre konkurrencebegrænsende karakter vil kunne forblive uberørt, i betragtning af at disse begrænsninger bidrager til markedsafskærmningen i langt mindre grad. Tilsvarende vil en forordning vedtaget efter gruppefritagelsesforordningens artikel 6 kunne være begrænset til kun at omfatte de supplerende begrænsninger, såfremt virksomheder på et bestemt marked anvender selektiv distribution kombineret med supplerende begrænsninger, såsom konkurrenceklausuler eller mængdeforpligtelser. Kommissionen kan eventuelt også angive, hvor lille en markedsandel skal være på et bestemt marked, for at en individuel virksomhed kan anses for ikke at bidrage væsentligt til den kumulative virkning.
- (255) I henhold til artikel 1a i bemyndigelsesforordningen skal der fastsættes en overgangsperiode på mindst seks måneder, før forordningen vedtaget efter gruppefritagelsesforordningens artikel 6 træder i kraft. Denne periode skal give de berørte virksomheder mulighed for at tilpasse deres vertikale aftaler i overensstemmelse hermed.
- (256) En forordning vedtaget efter gruppefritagelsesforordningens artikel 6 vil ikke få virkning for de pågældende aftalers fritagne status i perioden inden dens anvendelsesdato.

8. HÅNDHÆVELSE AF REGLERNE I KONKRETE TILFÆLDE

8.1. Analysegrundlaget

- (257) Når legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse på en vertikal aftale, må det i det konkrete tilfælde afklares, om aftalen falder ind under artikel 101, stk. 1, og i givet fald, om betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Forudsat at de ikke har noget konkurrencebegrænsende formål og i særdeleshed ikke indeholder nogen alvorlige konkurrencebegrænsninger, består der ingen formodning om, at vertikale aftaler, som ikke falder ind under gruppefritagelsesforordningen, fordi markedsandelstærsklen er overskredet, skulle være omfattet af artikel 101, stk. 1, eller ikke opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3. Sådanne aftaler kræver en individuel vurdering. Aftaler, der enten ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, eller opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, er gyldige og kan gennemføres.
- (258) I henhold til artikel 1, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003 er det ikke nødvendigt, at virksomheder anmelder en vertikal aftale for at være omfattet af en individuel fritagelse efter artikel 101, stk. 3. I tilfælde hvor Kommissionen foretager en individuel undersøgelse, er det den, der skal bevise, at den pågældende vertikale aftale er i strid med artikel 101, stk. 1. Bevisbyrden for, at betingelserne i artikel 101,

stk. 3, er opfyldt, påhviler den virksomhed, der påberåber sig denne bestemmelse. Hvis det påvises, at aftalen kan antages at få konkurrenceskadelige virkninger, vil virksomhederne have mulighed for at fremlægge dokumentation for effektivitetsgevinster og for, at det konkrete distributionssystem er nødvendigt for at sikre forbrugerne de fordele, aftalen kan give, uden at konkurrencen udelukkes, før Kommissionen afgør, om aftalen opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3.

- (259) For at fastslå, om en vertikal aftale har konkurrencebegrænsende virkninger, vil Kommissionen foretage en sammenligning mellem situationen på det relevante marked med de pågældende vertikale begrænsninger og den situation, der ville bestå uden de vertikale begrænsninger i aftalen. I sin vurdering af individuelle sager vil Kommissionen eventuelt tage hensyn til både aktuelle og sandsynlige virkninger. For at vertikale aftaler kan anses for at have konkurrencebegrænsende virkninger, skal de påvirke den faktiske eller den potentielle konkurrence i en sådan grad, at der med rimelig stor sandsynlighed kan forventes negative følger for priser, produktion og innovation eller udbuddet eller kvaliteten af varer og tjenester på det relevante marked. De sandsynlige negative konsekvenser for konkurrencen skal være mærkbare¹⁰⁷. Det er sandsynligt, at en aftale vil få mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, når mindst en af aftaleparterne har eller opnår en vis markedsstyrke, og når aftalen bidrager til at skabe, fastholde eller forstærke denne markedsstyrke eller sætter aftaleparterne i stand til at udnytte en sådan markedsstyrke. Markedsstyrke består i evnen til at fastholde priserne på et niveau, som ligger over det, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, eller fastholde et output, som i henseende til produktionsmængder, produktkvalitet, produktudbud eller innovation ligger under det niveau, der ville gælde på et konkurrencepræget marked, i en ikke ubetydelig periode. Den grad af markedsstyrke, der normalt skal til for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, er mindre end den grad af markedsstyrke, der skal til for at fastslå, at der foreligger en dominerende stilling efter artikel 102.

8.1.1. Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 101, stk. 1

- (260) Når Kommissionen skal vurdere individuelle vertikale aftaler mellem virksomheder, der hver har en markedsandel på over 30 %, foretager den en fuldstændig konkurrenceanalyse. Følgende faktorer er særligt relevante for afgørelsen af, om en vertikal aftale indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen efter artikel 101, stk. 1:
- (a) aftalens art
 - (b) parternes markedsposition
 - (c) konkurrenternes markedsposition (i forudgående og efterfølgende led)
 - (d) markedsposition for køberne af aftalevarerne eller -tjenesterne
 - (e) det berørte omsætningsled
 - (f) produktets art
 - (g) dynamikken på markedet.
- (261) Der kan også tages hensyn til andre faktorer afhængigt af deres relevans for vurderingen af den pågældende vertikale aftale.

¹⁰⁷ Jf. afsnit 3.1 i nærværende retningslinjer.

- (262) De enkelte faktorerers betydning kan variere alt efter sagens omstændigheder. Hvis f.eks. parterne har en stor markedsandel, er det normalt tegn på markedsstyrke, men hvis barriererne for markedsadgang er lave, er denne markedsstyrke muligvis tilstrækkeligt indskrænket som følge af faktisk eller potentiel adgang. Det er derfor ikke muligt at formulere generelle faste regler for de enkelte faktorerers betydning.
- (263) Vertikale aftaler kan antage mange former. Det er derfor vigtigt at analysere aftalens art på grundlag af de begrænsninger, den indeholder, begrænsningernes varighed og den andel af det samlede salg på markedet (i efterfølgende led), der berøres af begrænsningerne. Det kan være nødvendigt ikke blot at lægge de udtrykkelige bestemmelser i aftalen til grund. Eventuelle implicitte konkurrencebegrænsninger kan fremgå af den måde, hvorpå parterne har gennemført aftalen, og af de incitamenter, de måtte have.
- (264) Parternes markedsposition giver en indikation af den markedsstyrke, som leverandøren, køberen eller begge måtte besidde. Jo større en markedsandel de har, desto større kan deres markedsstyrke forventes at være. Det gælder især, når markedsandelene afspejler omkostningsfordele eller andre konkurrencefordele i forhold til konkurrenterne. Disse konkurrencefordele kan bestå i, at man var først på markedet (har den bedste beliggenhed osv.), er indehaver af afgørende patenter, benytter overlegen teknologi, har det førende mærke eller har et bedre sortiment. Graden af produktdifferentiering kan også være en relevant indikator for markedsstyrke.
- (265) Konkurrenternes markedsposition er også af betydning. Hvis konkurrenterne står stærkt, og der er mange af dem, er der mindre risiko for, at parterne individuelt vil kunne udnytte deres markedsstyrke og udelukke andre fra markedet eller svække konkurrencen. Det er også relevant, om konkurrenterne kan antages at ville anlægge effektive modstrategier i rette tid. Hvis antallet af virksomheder på markedet er beskedent, og deres markedsposition (målt på f.eks. størrelse, omkostninger eller FoU-potentiale) er relativt ens, kan vertikale begrænsninger imidlertid øge risikoen for samordning. Udsving eller hurtige ændringer i markedsandelene er generelt et tegn på intens konkurrence.
- (266) Aftaleparternes kunders markedsposition i de efterfølgende omsætningsled giver en indikation af, om en eller flere af parternes kunder besidder markedsstyrke (købermagt). Det første tegn på købermagt er kundens markedsandel på indkøbsmarkedet, som afspejler, hvor vigtig hans efterspørgsel er for eventuelle udbydere. Andre indikatorer fokuserer på kundens position på det videresalgsmarked, hvor han er aktiv, herunder i relation til faktorer som f.eks. stor geografisk spredning af salgssteder, egne mærker herunder handelsmærker og mærkeimage hos de endelige kunder. I visse situationer kan købermagt forhindre, at en ellers problematisk vertikal aftale er til skade for forbrugerne. Det vil især være tilfældet, når stærke kunder har kapacitet og incitament til at introducere nye forsyningskilder på markedet i tilfælde af en lille, men permanent stigning i de relative priser.
- (267) Barrierer for markedsadgang måles ud fra, om de etablerede virksomheder på markedet kan hæve deres priser til over det konkurrencedygtige niveau, uden at tiltrække nye virksomheder. Som hovedregel kan adgangsbarriererne betragtes som lave, hvis det er sandsynligt, at nye virksomheder vil trænge ind på markedet inden for et eller to år og svække eller forhindre de etablerede virksomheder i at udøve markedsstyrke. Adgangsbarrierer kan skyldes en lang række faktorer, f.eks.

stordrifts- og skalafordele (herunder netværkseffekter ved flersidet virksomhed), statslig regulering (især hvor der er tale om tildeling af eksklusive rettigheder), statsstøtte, importtold, intellektuelle ejendomsrettigheder, ejendomsret til ressourcer, der er knappe (på grund af f.eks. naturlige begrænsninger), væsentlige faciliteter, fordelene ved at have været den første på markedet samt mærkeloyalitet hos forbrugerne opbygget efter intensiv reklamevirksomhed over en længere periode. Spørgsmålet om, hvorvidt nogle af disse faktorer skal betragtes som adgangsbarrierer, afhænger især af, om de medfører irreversible omkostninger ("sunk costs"), som er de omkostninger, der kræves for at trænge ind eller operere på et marked, og som går tabt, når virksomheden trækker sig ud af det igen. Reklameomkostninger for at opbygge loyalitet hos forbrugerne er normalt irreversible, medmindre en virksomhed, der trækker sig ud af markedet igen, enten kan sælge sit mærke eller bruge det andetsteds uden noget tab. Hvis indtrængen på markedet kræver høje irreversible omkostninger, kan truslen om hård konkurrence fra etablerede virksomheder hindre en sådan indtrængen, da potentielle nye aktører ikke kan retfærdiggøre risikoen for at miste denne investering. Der kan være tale om adgangsbarrierer udelukkende på leverandør- eller på købersiden eller på begge sider.

- (268) Eftersom det at trænge ind på markedet generelt kræver et minimum af irreversible omkostninger, er den faktiske konkurrence normalt mere effektiv og vil veje tungere i vurderingen af konkrete sager end den potentielle konkurrence.
- (269) Vertikale begrænsninger og vertikal integration kan også virke som adgangsbarrierer ved at gøre adgangen til markedet vanskeligere for (potentielle) konkurrenter eller udelukke dem fra markedet. Hvis en forhandler f.eks. er bundet til en leverandør gennem en konkurrenceklausul, kan det have en markedsafskærmende virkning, hvis det indebærer betydelige irreversible omkostninger for den potentielle nye aktør selv at etablere et distributionsnet.
- (270) Med hensyn til omsætningsleddet skelnes der mellem mellemprodukter og mellemliggende tjenester på den ene side og færdigprodukter og endelige tjenester på den anden. Mellemprodukter og mellemliggende tjenester sælges til virksomheder til anvendelse som input ved produktionen af andre varer eller tjenester, og de kan normalt ikke genkendes i det endelige produkt. Køberne af mellemprodukter og mellemliggende tjenester er normalt velinformerede kunder, der er i stand til at vurdere deres kvalitet, og som derfor ikke lægger så stor vægt på mærke og image. Færdigprodukter og endelige tjenester sælges direkte eller indirekte til de endelige kunder, der ofte lægger større vægt på mærke og image.
- (271) Produktets art spiller navnlig for færdigprodukters og endelige tjenesters vedkommende en rolle ved vurderingen af sandsynlige både negative og positive virkninger. Ved vurderingen af de sandsynlige negative virkninger er det af betydning, om de varer eller tjenester, der sælges på det relevante marked, er homogene eller mere diversificerede, om produktet er dyrt og lægger beslag på en stor del af forbrugernes budget, eller om det snarere er billigt, samt om der er tale om et produkt, der kun købes én gang eller gentagne gange.
- (272) Dynamikken på markedet skal vurderes nøje fra sag til sag. På nogle dynamiske markeder kan visse vertikale begrænsningers potentielle negative virkninger være uproblematisk, eftersom intrabrandkonkurrencen fra dynamiske og innovative konkurrenter begrænser disse i tilstrækkelig grad, hvorimod vertikale begrænsninger i andre tilfælde kan give en etableret virksomhed på et dynamisk marked en

vedvarende konkurrencefordel og dermed få langsigtede virkninger for konkurrencen. Det kan være tilfældet, når en vertikal begrænsning forhindrer konkurrenter i at drage fordel af netværkseffekter, eller når markedet er tilbøjeligt til at tippe.

- (273) Ved vurderingen af en konkret vertikal begrænsning efter artikel 101 kan det også være nødvendigt at tage andre faktorer i betragtning. Disse faktorer kan bl.a. omfatte kumulative virkninger, når der findes ensartede aftaler på markedet indgået af andre leverandører, om aftalen er "påtvunget", dvs. at især den ene aftalepart er underlagt restriktioner eller forpligtelser, eller "aftalt", dvs. at begge aftaleparter accepterer restriktioner eller forpligtelser, lovgivningsrammer og adfærd, der kan tyde på eller lette samordning, f.eks. prisenførselskab, forudgående annoncering af prisændringer og prisdrøftelser, prisstivhed som reaktion på overkapacitet, prisdiskrimination og tidligere samordning.

8.1.2. *Relevante faktorer for vurderingen efter artikel 101, stk. 3*

- (274) Konkurrencebegrænsende vertikale aftaler kan også have konkurrencefremmende virkninger i form af effektivitetsgevinster, der kan opveje deres konkurrenceskadelige virkninger. Vurderingen heraf foretages med udgangspunkt i artikel 101, stk. 3, der indeholder en individuel undtagelse fra forbuddet i artikel 101, stk. 1. For at denne undtagelse kan bringes i anvendelse, skal den vertikale aftale opfylde følgende fire betingelser: i) den skal medføre objektive økonomiske fordele, ii) konkurrencebegrænsningerne skal være nødvendige for at opnå effektivitetsgevinsterne, iii) forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene herved, og iv) aftalen må ikke give parterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenester¹⁰⁸.
- (275) I henhold til artikel 101, stk. 3, skal vurderingen af vertikale aftaler foretages i den faktiske sammenhæng, hvori de indgår¹⁰⁹, og ud fra de omstændigheder, der foreligger på et givet tidspunkt. Vurderingen vil kunne påvirkes af materielle ændringer i de faktuelle omstændigheder. Den individuelle undtagelse i artikel 101, stk. 3, finder anvendelse, så længe de fire betingelser er opfyldt, og ophører med at finde anvendelse, når det ikke længere er tilfældet¹¹⁰. Ved anvendelsen af artikel 101, stk. 3, i overensstemmelse med disse principper må der tages hensyn til de investeringer, aftaleparterne har foretaget, og til den tid, det tager, og de begrænsninger, der er nødvendige for at få forrentet en effektivitetsfremmende investering.
- (276) Den første betingelse i artikel 101, stk. 3, fordrer en vurdering af den vertikale aftales objektive fordele i form af effektivitetsgevinster. I den forbindelse bemærkes, at vertikale aftaler ofte har potentiale til at afføde effektivitetsgevinster, jf. afsnit 2.1 i nærværende retningslinjer, ved at forbedre den måde, hvorpå aftaleparterne udøver deres komplementære aktiviteter.
- (277) Ved vurderingen af nødvendighedskriteriet efter den anden betingelse i artikel 101, stk. 3, vil Kommissionen især undersøge, om individuelle begrænsninger gør det

¹⁰⁸ Se Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

¹⁰⁹ Se dom i forenede sager 25/84 og 26/84, Ford, ECLI:EU:C:1985:340 præmis 24 og 25.

¹¹⁰ Se i den forbindelse f.eks. Kommissionens beslutning 1999/242/EF (Sag nr. IV/36.237—TPS), EFT L 90 af 2.4.1999, s. 6). På samme måde finder forbuddet i artikel 101, stk. 1, også kun anvendelse, så længe aftalen har et konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkninger.

muligt at producere, købe og/eller (videre)sælge aftalevarerne mere effektivt, end det ville have været tilfældet uden begrænsningen. Der skal i denne forbindelse tages hensyn til markedsvilkårene og de realiteter, som aftaleparterne er konfronteret med. Virksomheder, der påberåber sig artikel 101, stk. 3, er ikke forpligtet til at overveje hypotetiske og teoretiske alternativer. De skal imidlertid forklare og påvise, hvorfor øjensynligt realistiske og betydeligt mindre konkurrencebegrænsende alternativer ikke ville give anledning til de samme effektivitetsgevinster. Hvis et øjensynligt kommercielt realistisk og mindre konkurrencebegrænsende alternativ vil medføre et betydeligt effektivitetstab, betragtes den pågældende begrænsning som værende nødvendig.

- (278) Den tredje betingelse efter artikel 101, stk. 3, fordrer, at forbrugerne skal sikres en rimelig andel af fordelene. Det betyder, at forbrugerne af de varer eller tjenester, der købes og/eller (videre)sælges inden for rammerne af den vertikale aftale, i det mindste skal kompenseres for aftalens negative virkninger¹¹¹. Med andre ord skal effektivitetsgevinsterne til fulde opveje de negative virkninger, den vertikale aftale kan forventes at få for priser, output og andre relevante faktorer.
- (279) Den fjerde betingelse i artikel 101, stk. 3, fordrer, at den vertikale aftale ikke må give aftaleparterne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentligt del af de pågældende varer eller tjenester. Dette nødvendiggør en analyse af det tilbageværende konkurrencepres på markedet og aftalens konsekvenser for sådanne tilbageværende kilder til konkurrence. Ved vurderingen af denne betingelse skal der tages hensyn til forholdet mellem artikel 101, stk. 3, og artikel 102. Ifølge fast retspraksis er anvendelse af artikel 101, stk. 3, ikke til hinder for anvendelse af artikel 102¹¹². Eftersom både artikel 101 og artikel 102 tager sigte på at bevare en effektiv konkurrence på markedet, er det logisk, at bestemmelserne i artikel 101, stk. 3, må fortolkes således, at de udelukker anvendelse af undtagelsen på konkurrencebegrænsende vertikale aftaler, der udgør et misbrug af dominerende stilling¹¹³. Denne betingelse kræver, at den vertikale aftale ikke må udelukke den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder. Konkurrencen mellem virksomhederne er en vigtig drivkraft for økonomisk effektivitet og kan bl.a. give dynamiske effektivitetsgevinster i form af innovation. Uden denne konkurrence vil den dominerende virksomhed ikke have tilstrækkeligt incitament til fortsat at skabe og viderebringe effektivitetsgevinster. En konkurrencebegrænsende aftale, som opretholder, skaber eller styrker en markedsposition, der nærmer sig en monopolstilling, kan normalt ikke begrundes med, at den også afføder effektivitetsgevinster.

¹¹¹ Se punkt 85 i Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

¹¹² Se dom i forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, ECLI:EU:C:2000:132, præmis 130. På samme måde er anvendelse af artikel 101, stk. 3, heller ikke til hinder for anvendelse af traktatens regler om frie varebevægelser, fri udveksling af tjenester, fri bevægelighed for personer og frie kapitalbevægelser. Under visse omstændigheder finder disse bestemmelser anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis omfattet af artikel 101, stk. 1 — se herom dom i sag C-309/99, *Wouters*, ECLI:EU:C:2002:98, præmis 120.

¹¹³ Se i den forbindelse dom i sag T-51/89, *Tetra Pak (I)*, ECLI:EU:T:1990:41. Se også punkt 106 i Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

8.2. Analyse af bestemte former for vertikale begrænsninger

- (280) Hvor de foregående dele i nærværende retningslinjer, og navnlig afsnit 6, indeholder vejledning om vurderingen af vertikale begrænsninger, som udgør alvorlige begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4, udelukkede begrænsninger efter gruppefritagelsesforordningens artikel 5 og relaterede begrænsninger, indeholder de følgende afsnit vejledning om andre bestemte vertikale begrænsninger. Hvad angår vertikale begrænsninger, der ikke er specifikt omhandlet i disse retningslinjer, vil Kommissionen behandle disse ud fra de samme principper under hensyntagen til de relevante faktorer som beskrevet i afsnit 8 i nærværende retningslinjer.

8.2.1. Mærkeeksklusivitet

- (281) Kategorien "mærkeeksklusivitet" omfatter alle de aftaler, hvis hovedelement består i, at køberen forpligtes eller tilskyndes til at samle sine ordrer på en bestemt type produkt hos en enkelt leverandør. Dette element optræder bl.a. i konkurrenceklausuler og mængdeforpligtelsesklausuler pålagt køberen. En aftale med en konkurrenceklausul er baseret på, at køberen forpligtes eller tilskyndes til at dække over 80 % af sit behov på et bestemt marked ved køb hos en enkelt leverandør. Det betyder ikke, at køberen kun kan købe direkte hos leverandøren, men derimod at køberen de facto ikke vil købe, videresælge eller anvende konkurrerende varer eller tjenester. En mængdeforpligtelse pålagt køberen er en mildere form for konkurrenceklausul, hvor de incitamenter eller forpligtelser, som leverandøren og køberen har indgået aftale om, betyder, at sidstnævnte i vid udstrækning koncentrerer sine indkøb hos én leverandør. En mængdeforpligtelse kan f.eks. være en mindstekøbsforpligtelse, en lagerføringsforpligtelse eller en ikkelineær prisfastsættelse, såsom mængderabatter, loyalitetsrabatter eller toleddede takster (fast pris plus en enhedspris). En såkaldt "engelsk klausul", der kræver, at køberen skal indberette ethvert bedre tilbud, og kun tillader køberen at benytte sig af et sådant tilbud, hvis leverandørens tilbud er ringere, kan antages at have samme virkning som en konkurrenceklausul, især når køberen skal oplyse, hvem der har afgivet det bedre tilbud.
- (282) De konkurrenceproblemer, mærkeeksklusivitet kan give anledning til, består i, at konkurrerende og potentielle leverandører kan blive udelukket fra markedet, at konkurrencen svækkes, at der er større risiko for samordning på leverandørniveau i tilfælde af kumulativ anvendelse, og at interbrandkonkurrencen i den enkelte butik mindskes, hvis køberen er en detailhandler, der sælger til endelige forbrugere. Alle disse konkurrencebegrænsende virkninger har direkte følger for interbrandkonkurrencen.
- (283) Mærkeeksklusivitet er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, når hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 %, og forudsat at konkurrenceklausulen er begrænset til fem år. Hvis markedsandelstærsklen eller perioden på fem år overskrides, er en aftale om mærkeeksklusivitet ikke længere omfattet af gruppefritagelsen og må derfor vurderes individuelt. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af konkrete sager, hvor markedsandelstærsklen eller tidsbegrænsningen på fem år overskrides.
- (284) Risikoen for, at en konkret mærkeeksklusivitetsklausul, som en leverandør pålægger sine kunder, vil medføre en konkurrenceskadelig afskærmning af markedet, er særlig stor i den situation, hvor der uden denne klausul ville være et betydeligt konkurrencepres fra konkurrenter, som enten endnu ikke er til stede på markedet på

det tidspunkt, hvor forpligtelserne indgås, eller som ikke er i stand til at konkurrere om de samlede leverancer til kunderne. Konkurrenterne kan måske ikke konkurrere om at dække en enkelt kundes samlede efterspørgsel, fordi den pågældende leverandør er en uomgængelig handelspartner, i hvert fald når det gælder en del af efterspørgslen på markedet, f.eks. fordi denne leverandørs produkt er et uomgængeligt produkt, der foretrækkes af mange endelige forbrugere, eller fordi de andre leverandører er underlagt så betydelige kapacitetsbegrænsninger, at en del af efterspørgslen kun kan dækkes af den pågældende leverandør¹¹⁴. Leverandørens markedsposition er derfor af stor betydning ved vurderingen af konkurrenceklausulers eventuelle konkurrenceskadelige virkninger.

- (285) Hvis konkurrenter kan konkurrere på lige vilkår om de enkelte kunders samlede efterspørgsel, er det generelt usandsynligt, at mærkeeksklusivitetsforpligtelser vil hæmme den effektive konkurrence, medmindre disse forpligtelser er af en sådan varighed og omfatter en så stor del af markedet, at kunderne har vanskeligt ved at skifte leverandør. Jo større den del af markedsandelen, der sælges under mærkeeksklusivitet, er, og/eller jo længere klausulen gælder, desto større afskærmning må der forventes. Mærkeeksklusivitetsklausuler med en varighed på under et år, der indgås af ikkedominerende virksomheder, vil normalt ikke give anledning til mærkbare konkurrenceskadelige virkninger eller negative nettovirkninger. Sådanne klausuler med en varighed på mellem et og fem år, der aftales mellem ikkedominerende virksomheder, kræver normalt en behørig afvejning af de konkurrencefremmende og konkurrenceskadelige virkninger, mens klausuler med en varighed på over fem år for de fleste typer investeringer ikke anses for at være nødvendige for at opnå de påståede effektivitetsgevinster, eller effektivitetsgevinsterne vil være utilstrækkelige til at opveje deres afskærmende virkning. Risikoen for, at mærkeeksklusivitetsforpligtelser resulterer i konkurrenceskadelig markedsafskærmning, er større, når der er tale om dominerende virksomheder.
- (286) Ved vurderingen af leverandørens markedsstyrke er det vigtigt at se på konkurrenternes markedsposition. Så længe konkurrenterne er tilstrækkeligt talrige og stærke, kan der ikke forventes nogen mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger. Udelukkelse af konkurrenter er ikke særlig sandsynlig, hvis de har en tilsvarende markedsposition og kan tilbyde lige så attraktive produkter. I så fald kan der dog forekomme afskærmning af potentielle nye markedsdeltagere, hvis et antal store leverandører indgår aftaler, som indeholder mærkeeksklusivitetsklausuler, med et stort antal købere på det relevante marked (kumulativ virkning). I den situation kan aftaler med mærkeeksklusivitetsklausuler også lette en ulovlig samordning mellem indbyrdes konkurrerende leverandører. Hvis leverandørerne individuelt er omfattet af gruppefritagelsen, kan det være nødvendigt at inddrage denne i tilfælde af sådanne negative kumulative virkninger. En bundet markedsandel på under 5 % anses normalt ikke for at bidrage væsentligt til en kumulativ afskærmningsvirkning.
- (287) I tilfælde, hvor den største leverandørs markedsandel er under 30 %, og de fem største leverandørers er under 50 %, er det usandsynligt, at der vil opstå en individuel eller en kumulativ konkurrencebegrænsende virkning. Hvis en potentiel konkurrent ikke rentabelt kan trænge ind på markedet, skyldes det sandsynligvis andre faktorer end mærkeeksklusivitetsklausuler, såsom forbrugerpræferencer.

¹¹⁴ Dom i sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2003:281, præmis 104 og 156.

- (288) Adgangsbarrierer har også betydning for vurderingen af, om der opstår en konkurrenceskadelig markedsafskærmning. I det omfang, hvor det er forholdsvis let for konkurrerende leverandører at etablere deres eget integrerede distributionsnet eller finde alternative forhandlere af produktet, er afskærmning sandsynligvis ikke et reelt problem. Der er imidlertid ofte adgangsbarrierer i såvel produktions- som distributionsleddet.
- (289) Markedsstyrke på købersiden er relevant, da købere med en stærk position ikke er lette at afskære fra udbuddet af konkurrerende varer eller tjenester. Mere generelt gælder, at for at få sine kunder til at acceptere en mærkeeksklusivitet vil leverandøren måske være nødt til at yde dem hel eller delvis kompensation for det konkurrencemæssige handicap, denne mærkeforpligtelse kan give dem. Når der ydes en sådan kompensation, kan det være i den enkelte kundes interesse at indgå en aftale om mærkeeksklusivitet med leverandøren. Men det ville være forkert at drage den konklusion, at alle mærkeeksklusivitetsforpligtelser som helhed generelt er til gavn for kunderne og for de endelige forbrugere på dette marked. I særdeleshed er det usandsynligt, at kunderne som helhed vil få gavn af dem, hvis der er mange kunder, og alle mærkeeksklusivitetsforpligtelserne tilsammen hindrer konkurrerende virksomheder i at trænge ind på markedet eller ekspandere.
- (290) Endelig er også "omsætningsleddet" af betydning for vurderingen. Afskærmning er mindre sandsynlig, hvis der er tale om et mellemprodukt. Når leverandøren af et mellemprodukt ikke indtager en dominerende stilling, vil de konkurrerende leverandører stadig kunne dække en stor del af den efterspørgsel, der er "fri". Men også selv om der ikke er tale om en dominerende stilling, kan der opstå afskærmningsvirkninger i situationer, hvor der bliver tale om kumulative virkninger. En konkurrenceskadelig kumulativ virkning er ikke sandsynlig, så længe mindre end 50 % af markedet er bundet.
- (291) Hvis aftalen vedrører levering af færdigvarer i engrosleddet, vil spørgsmålet om, hvorvidt det er sandsynligt, at der opstår et konkurrenceproblem, i høj grad afhænge af, hvilken type engroshandel der er tale om, og hvilke adgangsbarrierer der findes i engrosleddet. Der er ikke nogen reel afskærmningsrisiko, hvis konkurrerende producenter let kan etablere deres eget engrossystem. Hvorvidt adgangsbarriererne er lave, afhænger til dels af, hvilken type engrossystem leverandøren kan etablere effektivt. På et marked, hvor engrossalg kan fungere effektivt, hvis der kun handles med aftaleproduktet (f.eks. is), har producenten en interesse i at etablere sit eget engrossystem og vil sandsynligvis ikke blive afskærmet fra markedet. På et marked, hvor det er mere effektivt at føre engrossalg af et helt produktsortiment (f.eks. frostvarer), kan det ikke betale sig for en producent, der kun sælger et produkt, at etablere et helt engrosnet. Uden adgang til etablerede grossister vil producenten sandsynligvis blive udelukket fra markedet. I den situation kan der opstå konkurrenceskadelige virkninger. Hertil kommer, at der kan opstå problemer med kumulative virkninger, hvis flere leverandører binder de fleste af de eksisterende grossister.
- (292) I forbindelse med færdigvarer er der normalt størst sandsynlighed for markedsafskærmning i detailleddet på grund af den betydelige adgangsbarriere, der kan ligge i, at de fleste producenter er nødt til at etablere egne detailbutikker til afsætning af deres produkter. Endvidere er det netop i detailleddet, at aftaler med mærkeeksklusivitetsklausuler kan mindske interbrandkonkurrencen i den enkelte butik. Af disse grunde kan der, under hensyntagen til alle andre relevante faktorer, opstå betydelige konkurrenceskadelige virkninger for færdigvarer i detailleddet, hvis

en ikkedominerende leverandør binder 30 % eller mere af det relevante marked. For en dominerende virksomhed kan selv en beskeden bunden markedsandel have betydelige konkurrenceskadelige virkninger.

- (293) Der kan også opstå en kumulativ afskærmningsvirkning i detailleret. Når alle leverandører har markedsandele på under 30 %, er en kumulativ afskærmningsvirkning usandsynlig, hvis den samlede bundne markedsandel er på under 40 %, og der er derfor ikke sandsynlighed for, at gruppefritagelsen vil blive inddraget. Denne procentdel kan være højere, hvis der er andre faktorer, der skal tages hensyn til, såsom antallet af konkurrenter, adgangsbarrierer mv. Hvor det ikke er alle virksomheder, der har markedsandele under tærsklen i gruppefritagelsesforordningen, men hvor ingen virksomhed er dominerende, er det usandsynligt, at der opstår en kumulativ afskærmningsvirkning, hvis den samlede bundne markedsandel er på under 30 %.
- (294) Hvis køberen driver forretning fra lokaler og grunde, som leverandøren ejer eller leaser af en tredjemand, der ikke er forbundet med køberen, begrænser det mulighederne for at træffe effektive forholdsregler mod en eventuel afskærmningsvirkning. I disse tilfælde er det usandsynligt, at Kommissionen vil gribe ind, hvis der ikke er tale om dominans.
- (295) I nogle sektorer kan det være vanskeligt at sælge mere end ét mærke fra et enkelt forretningssted, og i så fald kan et afskærmningsproblem bedst afhjælpes ved at begrænse aftalernes faktiske løbetid.
- (296) Hvis der er påvist mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, må der tages stilling til, om der eventuelt er mulighed for fritagelse efter artikel 101, stk. 3. For konkurrenceklausulers vedkommende er det især effektivitetsgevinsterne i punkt 14), litra b)), (frijulsproblemet i forholdet mellem leverandører), litra e), litra f) ("hold up"-problemer) og litra i) (imperfektioner på kapitalmarkedet) i nærværende retningslinjer, der kan være relevante.
- (297) I forbindelse med de effektivitetsgevinster, som er beskrevet i punkt 14), litra b), e) og f), i nærværende retningslinjer, kan en mængdeforpligtelse for køberen eventuelt være et mindre indgribende alternativ. En konkurrenceklausul kan være den eneste måde, hvorpå man kan opnå en effektivitetsgevinst som beskrevet i punkt 14), litra f), i nærværende retningslinjer ("hold up"-problem i relation til overførslen af knowhow).
- (298) Hvis leverandøren foretager en relationsspecifik investering (jf. punkt 14), litra e), i nærværende retningslinjer), vil en aftale med en konkurrenceklausul eller mængdeforpligtelse i investeringens afskrivningsperiode i almindelighed opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3. I forbindelse med meget relationsspecifikke investeringer kan en konkurrenceklausul på over fem år være berettiget. En relationsspecifik investering kunne f.eks. være leverandørens installering eller tilpasning af udstyr, som bagefter kun kan benyttes til produktion af komponenter til en bestemt køber. Generelle eller markedsspecifikke investeringer i (yderligere) kapacitet er normalt ikke relationsspecifikke. Når en leverandør etablerer ny kapacitet, der er specielt beregnet på en bestemt køber, f.eks. når en producent af metaldåser etablerer ny kapacitet til produktion af dåser i nærheden af en levnedsmiddelproducents påfyldningsanlæg eller i disse anlæg, vil denne nye kapacitet måske kun være rentabel i forbindelse med produktion til denne bestemte køber, og i så fald betragtes investeringen som relationsspecifik.

- (299) Leverandørens ydelse af et lån til køberen eller levering til køberen af udstyr, der ikke er relationsspecifikt, er normalt ikke i sig selv tilstrækkeligt til at gøre det berettiget, at en markedsafskærmningsvirkning fritages. I situationer med et imperfekt kapitalmarkedet kan det være mere effektivt, at det er leverandøren og ikke banken, der yder lån (jf. punkt 14), litra i)), i nærværende retningslinjer). I så fald bør lånet ydes på den mindst konkurrencebegrænsende måde, og køberen bør derfor normalt ikke være forhindret i at opsiges konkurrenceklausulen og tilbagebetale det udestående lånebeløb på et hvilket som helst tidspunkt og uden betaling af nogen form for strafrente.
- (300) Overførsel af væsentlig knowhow (punkt 14), litra f)), i nærværende retningslinjer) gør normalt en konkurrenceklausul berettiget i hele leveringsaftalens løbetid, f.eks. i forbindelse med franchising.
- (301) Eksempel på en konkurrenceklausul

En virksomhed, der med en markedsandel på 40 % er førende på et nationalt marked for et impulsforbrugsgode, sælger størsteparten af sine produkter (90 %) gennem bundne detailhandlere (bundet markedsandel på 36 %). Aftalerne forpligter detailhandlerne til kun at købe hos den førende virksomhed i mindst fire år. Den førende virksomhed på markedet er særlig stærkt repræsenteret i tæt befolkede områder, f.eks. i hovedstaden. Der er i alt 10 konkurrenter, hvoraf nogle kun er repræsenteret lokalt, og de har alle sammen meget lavere markedsandele; den største har således 12 %. Disse ti konkurrenter dækker tilsammen 10 % af markedet gennem bundne salgssteder. Der er en stærk mærke- og produktdifferentiering på markedet. Den førende virksomhed har de stærkeste mærker og er den eneste, der regelmæssigt gennemfører nationale reklamekampagner. Den stiller særligt lagerudstyr til sit produkt til rådighed for de bundne detailhandlere.

Resultatet på markedet er, at i alt 46 % af markedet (36 % + 10 %) er lukket for potentielle nye markedsdeltagere og markedsdeltagere uden bundne salgssteder. Potentielle markedsdeltagere har endnu vanskeligere ved at komme ind på markedet i tæt befolkede områder, hvor afskærmningen er endnu stærkere, selv om det netop er dér, de ville foretrække at etablere sig. På grund af den stærke mærke- og produktdifferentiering og de højere søgeomkostninger i forhold til produktprisen medfører den manglende interbrandkonkurrence i den enkelte butik et yderligere velfærdstab for forbrugerne. De mulige effektivitetsgevinster i forbindelse med konkurrenceklausulen, som markedslederen påstår, er resultatet af reducerede transportomkostninger og et eventuelt "hold up"-problem vedrørende lagerudstyret, er begrænsede og opvejer ikke de negative virkninger for konkurrencen. Effektivitetsgevinsterne er begrænsede, da transportomkostningerne er knyttet til mængden og ikke eksklusiviteten, og da lagerudstyret ikke indebærer særlig knowhow og ikke er mærkespecifikt. Det er derfor usandsynligt, at betingelserne i artikel 101, stk. 3, vil være opfyldt.

- (302) Eksempel på mængdeforpligtelse

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

femårsperioden overgår ejendomsretten til udstyret til køberen. De fleste af de konkurrerende producenter er små — der er i alt 12, og den største af dem har en markedsandel på 20 %, men de indgår tilsvarende kontrakter af forskellig varighed. Producenter med markedsandele på under 10 % har ofte kontrakter af længere varighed og med mindre gunstige opsigelsesbetingelser. Producent X's kontrakter giver køberen mulighed for frit at indkøbe 25 % hos konkurrenterne. I de sidste tre år har to nye producenter etableret sig på markedet og opnået en samlet markedsandel på ca. 8 %, til dels ved at overtage en række forhandleres lån til gengæld for kontrakter med disse forhandlere.

Producent X's bundne markedsandel er på 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40\%$). De øvrige producenters bundne markedsandel er på ca. 25 %. I alt ca. 49 % af markedet er derfor lukket for potentielle nye markedsdeltagere og markedsdeltagere uden bundne salgssteder i hvert fald i leveringskontrakternes to første år. Erfaringen viser, at forhandlerne ofte har vanskeligt ved at optage lån hos bankerne og generelt er for små til at skaffe sig kapital på anden måde, f.eks. ved aktieudstedelse. Producent X er desuden i stand til at påvise, at han bedre kan planlægge sin afsætning og spare transportomkostninger, når han koncentrerer sin afsætning på et begrænset antal forhandlere. I betragtning af effektivitetsgevinsterne og af, at 25 % af producent X's kontrakter ikke er bundet, at der reelt er mulighed for at opsiges kontrakten, at der for nylig er kommet nye producenter på markedet, og at ca. halvdelen af forhandlerne ikke er bundet, er det sandsynligt, at producent X's mængdeforpligtelse på 75 % opfylder fritagelsesbetingelserne i artikel 101, stk. 3.

8.2.2. *Eksklusiv levering*

- (303) Eksklusiv levering henviser til bestemmelser, der forpligter eller tilskynder leverandøren til kun eller primært at sælge aftaleprodukterne til én køber, normalt med henblik på en bestemt anvendelse. Sådanne begrænsninger kan tage form af en klausul om, at leverandøren kun må sælge til én bruger med henblik på videresalg eller en bestemt brug af produktet, men der kan også være tale om en form for mængdeforpligtelse pålagt leverandøren, når leverandøren tilskyndes til primært at samle sit salg om en enkelt køber. For mellemprodukter omtales eksklusiv levering ofte som industrileverancer.
- (304) Eksklusiv levering er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, hvis hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger tærsklen på 30 %, selv om denne klausul kombineres med andre ikke-almindelige vertikale begrænsninger, såsom en konkurrenceklausul. Resten af dette afsnit indeholder retningslinjer for vurderingen af eksklusiv levering i konkrete sager, hvor tærsklen for markedsandele er overskredet.
- (305) Det vigtigste konkurrenceproblem, der kan opstå i forbindelse med eksklusiv levering, er risikoen for markedsafskærmning over for andre købere. Hvad angår de mulige virkninger af eksklusiv levering, er der mange fællestræk med eksklusivforhandling, især når eksklusivforhandleren bliver den eneste køber på et helt marked (se navnlig punkt 113) i nærværende retningslinjer). Det er klart, at køberens markedsandel på indkøbsmarkedet i det foregående omsætningsled er vigtig for vurderingen af, om køberen kan "gennemtvinge" eksklusiv levering, som afskærer andre købere fra at få adgang til leverancer. Men det er køberens position i det efterfølgende omsætningsled, der er den afgørende faktor for, om der kan opstå et konkurrenceproblem. Hvis køberen ikke har nogen markedsstyrke i det efterfølgende led, kan der ikke forventes nogen mærkbare negative virkninger for forbrugerne. Der

kan dog opstå negative virkninger, når køberen såvel på det efterfølgende leveringsmarked som på det forudgående indkøbsmarked har en markedsandel på over 30 %. Hvis køberens markedsandel i det foregående led ikke overstiger 30 %, kan der stadig forekomme betydelige afskærmningsvirkninger, især hvis køberens markedsandel i det efterfølgende led overstiger 30 %, og den eksklusive leveringsforpligtelse tager sigte på en bestemt brug af aftalevarerne. Hvis en virksomhed indtager en dominerende stilling i det efterfølgende led, vil enhver forpligtelse til kun eller hovedsagelig at levere produkterne til den dominerende køber sandsynligvis have betydelige konkurrencebegrænsende virkninger.

- (306) Det er ikke kun køberens markedsposition i det foregående og efterfølgende led, der har betydning, men også omfanget og varigheden af den eksklusive leveringsklausul. Jo større den bundne leveringsandel er, og jo længere den eksklusive leveringsklausul anvendes, desto større bliver den markedsafskærmende virkning. Eksklusive leveringsaftaler på under fem år, der indgås af ikkedominerende virksomheder, kræver normalt en afvejning mellem de konkurrencefremmende og de konkurrencebegrænsende virkninger, mens aftaler af mere end fem års varighed i relation til de fleste investeringstyper ikke anses for nødvendige for at opnå de påståede effektivitetsgevinster, eller disse gevinster anses for utilstrækkelige til at opveje sådanne langvarige eksklusive leveringsaftalers afskærmende virkninger.
- (307) De konkurrerende køberes position på indkøbsmarkedet har også betydning, da den eksklusive leveringsaftale sandsynligvis vil få konkurrenceskadelige virkninger for de konkurrerende købere, såsom at øge deres omkostninger, navnlig hvis de er betydeligt mindre end den køber, der er årsag til markedsafskærmningen. Det er ikke særlig sandsynligt, at markedet afskærmes over for konkurrerende købere, når disse konkurrenter har samme styrke som den køber, der er part i aftalen, og kan tilbyde leverandøren tilsvarende salgsmuligheder. I så fald kan der kun blive tale om markedsafskærmning over for potentielle nye virksomheder, der måske ikke er i stand til at sikre sig leverancer, når en række store købere alle har indgået eksklusive leveringsaftaler med flertallet af leverandører på markedet. En sådan kumulativ virkning kan medføre, at gruppefritagelsen inddrages.
- (308) Tilstedeværelsen af adgangsbarrierer på leverandørsiden og størrelsen heraf er relevante for vurderingen af, hvorvidt der er tale om reel markedsafskærmning. Hvis det kan betale sig for konkurrerende købere selv at levere varen eller tjenesten, fordi de er vertikalt integrerede i de foregående omsætningsled, vil der sandsynligvis ikke være noget reelt afskærmningsproblem. Der findes dog ofte betydelige adgangsbarrierer.
- (309) Markedsstyrke hos leverandøren bør også tages i betragtning, da stærke leverandører ikke vil gøre det let for en køber, at afskære dem fra alternative købere. Derfor er der hovedsagelig risiko for markedsafskærmning i en situation med svage leverandører og stærke købere. Hvis leverandørerne er stærke, kan den eksklusive levering være kombineret med en konkurrenceklausul, og i så fald vil reglerne for mærkeeksklusivitet spille ind. Når der er tale om relationsspecifikke investeringer på begge sider ("hold up"-problem), kan en kombination af eksklusiv levering og konkurrenceklausuler, dvs. gensidig eksklusivitet i industrileveranceaftaler, ofte være berettiget under det niveau, hvor der er tale om en dominerende stilling.
- (310) Endelig har også omsætningsleddet og produktets art betydning for vurderingen af risikoen for markedsafskærmning. Der er mindre sandsynlighed for markedsafskærmning, når der er tale om mellemprodukter eller homogene produkter.

For det første vil en producent, der er afskåret fra markedet, og som bruger et bestemt produkt som mellemprodukt, normalt have bedre muligheder for at imødekomme sine kunders efterspørgsel, end grossisten eller detailhandleren har for at efterkomme den endelig forbrugers efterspørgsel, for hvem mærket ofte spiller en betydelig rolle. For det andet vil det forhold, at en potentiel forsyningskilde forsvinder, ikke betyde så meget for den køber, der er afskåret fra markedet, når der er tale om homogene produkter, som når produktet er heterogent og findes i forskellige varianter og kvaliteter. For færdige mærkevarer eller differentierede mellemprodukter, hvor der findes adgangsbarrierer, kan eksklusiv levering have betydelige konkurrencebegrænsende virkninger, hvis køberens konkurrenter er forholdsvis små i forhold til denne, også selv om køberen ikke indtager nogen dominerende stilling på sit afsætningsmarked.

- (311) Ved "hold up"-problemer kan der forventes effektivitetsgevinster (punkt 14), litra e) og f) i nærværende retningslinjer), og dette er mere sandsynligt ved mellemprodukter end ved færdigprodukter. Andre effektivitetsgevinster er mindre sandsynlige. Mulige stordriftsfordele i distributionen (punkt 14), litra g), i nærværende retningslinjer) synes ikke at kunne udgøre en tilstrækkelig begrundelse for eksklusiv levering.
- (312) I tilfælde af et "hold up"-problem og især i forbindelse med stordriftsfordele i distributionen kan mængdeforpligtelser pålagt leverandøren, som f.eks. krav om minsteleverancer, ofte være et mindre konkurrencebegrænsende alternativ.

Eksempel på eksklusiv levering

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

I betragtning af de betydelige investeringer opfylder aftalen sandsynligvis betingelserne i artikel 101, stk. 3, på grund af effektivitetsgevinsterne og de begrænsede markedsafskærmningsvirkninger. Andre købere afskæres fra en bestemt version af et produkt, der fremstilles af en leverandør med en markedsandel på 35 %, men der findes andre komponentproducenter, som kunne udvikle tilsvarende nye produkter. Desuden er markedsafskærmningen over for andre leverandører begrænset til de maksimalt 40 % af indkøbene, som B tegner sig for.

8.2.3. *Begrænsninger af anvendelsen af onlinemarkedspladser*

- (313) Onlinemarkedspladser er onlineplatforme, som forbinder handlende med potentielle købere med henblik på direkte køb. Onlineplatforme, som ikke giver mulighed for direkte køb, men dirigerer kunderne videre til andre websteder, hvor de kan købe varer og tjenester, betragtes ikke som onlinemarkedspladser i forbindelse med nærværende retningslinjer, men som annonceringsplatforme.

- (314) Onlinemarkedspladser er blevet en vigtig salgskanal for leverandører og detailhandlere, idet de har adgang til et stort antal kunder, såvel som for de endelige brugere. Onlinemarkedspladser giver detailhandlere mulighed for at begynde at sælge online med lavere initialinvesteringer. De kan også lette salg på tværs af grænserne og øge synligheden af navnlig små og mellemstore detailhandlere, som ikke driver deres egen onlinebutik, eller som ikke er velkendte blandt de endelige brugere.
- (315) Leverandører kan ønske at begrænse købernes brug af onlinemarkedspladser¹¹⁵, f.eks. for at beskytte deres mærkes image og placering, modvirke salg af forfalskede varer, sikre tilstrækkelig forudgående og efterfølgende salgsservice eller sikre, at detailhandleren opretholder et direkte forhold til kunderne. Begrænsningerne kan spænde fra et totalt forbud mod brug af onlinemarkedspladser til indførelse af bestemte kvalitative betingelser, som markedspladsen skal opfylde. Leverandøren kan f.eks. forbyde brug af markedspladser, hvor produkter sælges ved auktion, eller han kan kræve, at køberne benytter specialiserede markedspladser for at garantere visse kvalitetsstandarder vedrørende de omgivende omstændigheder og parametre for salget af hans varer eller tjenester. Nogle kvalitative betingelser kan de facto forbyde brugen af onlinemarkedspladser, fordi der ikke findes nogen onlinemarkedsplads, der kan opfylde betingelserne, f.eks. når leverandøren kræver, at onlinemarkedspladsens logo ikke må være synligt, eller at domænenavnet på et websted, som detailhandleren anvender, skal indeholde dennes firmanavn.
- (316) En vertikal aftale, der indeholder begrænsninger vedrørende salg på onlinemarkedspladser, er fritaget efter gruppefritagelsesforordningen, såfremt både leverandørens og køberens markedsandel ikke overstiger 30 %, og den vertikale aftale ikke indeholder alvorlige begrænsninger, jf. gruppefritagelsesforordningen, eller en udelukket begrænsning efter gruppefritagelsesforordningen, der ikke kan adskilles fra resten af den vertikale aftale. Som fastsat i gruppefritagelsesforordningens artikel 1 og i afsnit 6.1.2 i nærværende retningslinjer vedrører en begrænsning af eller et forbud mod salg på onlinemarkedspladser metoderne for køberens onlinesalg og ikke begrænsninger vedrørende salg i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe. Selv om det begrænser brugen af en bestemt onlinekanal, kan køberen fortsat benytte andre onlinekanaler¹¹⁶. Selv om der måtte være en begrænsning af eller et forbud mod salg på onlinemarkedspladser, kan køberen f.eks. stadig sælge aftalevarerne eller -tjenesterne på sit eget websted og benytte onlineannonceringskanaler til at tiltrække kunder til sit websted¹¹⁷.
- (317) Selv om enhver begrænsning af onlinesalg, der direkte eller indirekte har til formål at hindre køberen eller dennes kunder i effektivt at benytte internettet til at sælge deres varer eller tjenester, udgør en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d), og har et konkurrencebegrænsende formål, jf. artikel 101, stk. 1, vil en begrænsning af brugen af onlinemarkedspladser generelt være omfattet af legalitetsformodningen efter gruppefritagelsesforordningen. Det fremgår af punkt 194), at en begrænsning af brugen af onlinemarkedspladser generelt ikke påvirke en gruppe af onlinebrugere,

¹¹⁵ Endelig rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren (COM(2017) 229 final af 10.5.2017), afsnit 4.4.

¹¹⁶ Dom i sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 64-69.

¹¹⁷ Dom i sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 52-54.

som kan afgrænses inden for gruppen af onlinekøbere, og at den ikke hindrer køberen i at sælge aftalevarerne eller -tjenesterne på sit eget websted eller i under visse omstændigheder at reklamere via internettet på tredjepartsplatforme eller i at bruge onlinesøgemaskiner til at tiltrække kunder til sit websted. En sådan begrænsning udgør derfor ikke en alvorlig begrænsning efter gruppeforordningens artikel 4, litra b)-d), for så vidt som den ikke de facto hindrer køberen eller dennes kunder i effektivt at benytte internettet med henblik på salg.

- (318) Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af begrænsninger af brugen af onlinemarkedspladser i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen på 30 % er overskredet. De generelle principper i afsnit 8.1 danner rammen for denne vurdering. Begrænsninger af brugen af onlinemarkedspladser med henblik på salg i geografiske områder eller til kundegrupper, der er eksklusivt forbeholdt leverandøren, eller som er eksklusivt tildelt andre forhandlere, er en del af et eksklusivt distributionssystem og bør vurderes sammen med dette system.
- (319) Selektive distributionssystemer indeholder ofte begrænsninger af brugen af onlinemarkedspladser. I afsnit 4.6.2 fastsættes kriterierne for, hvornår et selektivt distributionssystem falder uden for artikel 101, stk. 1, hvilket navnlig er tilfældet, når i) forhandlerne udvælges på grundlag af objektive, kvalitative kriterier, der fastsættes ensartet for alle potentielle forhandlere og anvendes uden forskelsbehandling, ii) aftalevarerne eller -tjenesternes egenskaber nødvendiggør et selektivt distributionsnet for at bevare deres kvalitet og sikre, at de anvendes korrekt, og iii) de fastlagte kriterier ikke er mere vidtgående, end hvad der er nødvendigt¹¹⁸. Navnlig i de tilfælde, hvor leverandøren ikke indgår en aftale med onlinemarkedspladsen og dermed ikke kan sikre, at markedspladsen opfylder udvælgelseskriterierne, kan en begrænsning af eller et forbud mod brugen af onlinemarkedspladser opfylde ovennævnte kriterier og dermed være hensigtsmæssig og ikke mere vidtgående, end hvad der er nødvendigt for at bevare kvaliteten og sikre en korrekt anvendelse af aftalevarerne og -tjenesterne. Hvis en leverandør derimod medtager forvalteren af en onlinemarkedsplads som en godkendt forhandler i sit selektive distributionssystem, eller hvis han begrænser brugen af onlinemarkedspladser for visse godkendte forhandlere, men ikke for andre, eller hvis han begrænser brugen af en onlinemarkedsplads, men selv benytter denne markedsplads til at distribuere aftalevarerne eller -tjenesterne, forekommer det usandsynligt, at disse begrænsninger vil opfylde kriterierne om hensigtsmæssighed og nødvendighed.
- (320) De mulige konkurrenceproblemer, der kan opstå som følge af begrænsninger af brugen af onlinemarkedspladser, omfatter en svækkelse af intrabrandkonkurrencen i distributionsleddet og afskærmning over for navnlig små og mellemstore forhandlere, i det omfang forhandlerne forhindres i at bruge en potentielt vigtig salgskanal.
- (321) For at vurdere de mulige konkurrenceskadelige virkninger af begrænsninger af brugen af onlinemarkedspladser er det først nødvendigt at vurdere omfanget af interbrandkonkurrence. Som anført i afsnit 8.1.1 i nærværende retningslinjer kan en tilstrækkelig interbrandkonkurrence i princippet opveje eventuelle tab af intrabrandkonkurrence. I den forbindelse bør der tages hensyn til leverandørens og konkurrenternes markedsposition. For det andet må der tages hensyn til typen og

¹¹⁸ Dom i sag C-230/16, Coty Germany GmbH mod Parfümerie Akzente GmbH, ECLI:EU:C:2017:941, præmis 24-36.

omfanget af begrænsningerne af brugen af onlinemarkedspladser. Et forbud mod alt salg via onlinemarkedspladser er f.eks. mere restriktivt end en begrænsning af brugen af bestemte onlinemarkedspladser eller et krav om kun at benytte markedspladser, der opfylder visse kvalitative betingelser. For det tredje bør der tages hensyn til, hvor stor en betydning de onlinemarkedspladser, der er omfattet af begrænsninger, har som salgskanal for det pågældende produkt og på de geografiske markeder. Endelig er det nødvendigt at tage hensyn til de kumulative virkninger af andre begrænsninger af onlinesalg eller annoncering, som leverandøren måtte have pålagt.

- (322) Som anført i punkt 314) i nærværende retningslinjer kan begrænsninger af brugen af onlinemarkedspladser medføre effektivitetsgevinster, navnlig med hensyn til at sikre mærkebeskyttelse eller en vis servicekvalitet eller gøre det vanskeligere at sælge forfalskede produkter. I det omfang begrænsningerne ikke allerede falder uden for artikel 101, stk. 1, skal der i forbindelse med vurderingen ses på, om disse effektivitetsgevinster kan opnås gennem mindre konkurrencebegrænsende alternativer i overensstemmelse med betingelserne i artikel 101, stk. 3. Det kan være tilfældet, hvis onlinemarkedspladsen giver forhandlerne mulighed for at oprette deres egen mærkebutik på markedspladsen. Hvis leverandøren selv benytter de onlinemarkedspladser, der er omfattet af begrænsninger, eller hvis han kun begrænser brugen heraf for nogle forhandlere, men ikke for andre, eller hvis forvalteren af onlinemarkedspladsen selv er et godkendt medlem af det selektive distributionssystem, vil eventuelle kvalitetsrelaterede begrundelser, som leverandøren måtte fremsætte, sandsynligvis ikke opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3.

8.2.4. *Begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester*

- (323) Prissammenligningstjenester, f.eks. websteder eller apps, sætter detailhandlerne i stand til at øge deres synlighed og skabe trafik til deres websteder, mens de sætter potentielle kunder i stand til at finde detailhandlere og sammenligne produkter og priser på de samme produkter. Prissammenligningstjenester øger prisdokumentation og styrker intrabrandpriskonkurrencen og potentielt også interbrandpriskonkurrencen mellem detailhandlere.
- (324) I modsætning til onlinemarkedspladser giver prissammenligningstjenester typisk ikke mulighed for at sælge eller købe produkter, men omdirigerer kunderne til detailhandlerens websted og faciliterer dermed direkte transaktioner mellem kunden og detailhandleren¹¹⁹. Prissammenligningstjenester udgør derfor ikke en særskilt onlinesalgskanal, men snarere en onlineannonceringskanal.
- (325) Leverandørerne kan ønske at begrænse anvendelsen af prissammenligningstjenester¹²⁰, f.eks. for at beskytte deres mærkeimage, da prissammenligningstjenester typisk fokuserer på prisen og ikke giver detailhandlerne mulighed for at skille sig ud gennem andre elementer såsom sortimentet eller kvaliteten af aftalevarerne eller -tjenesterne. Andre årsager til begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester kan omfatte et ønske om at modvirke salg af

¹¹⁹ I forbindelse med nærværende retningslinjer omfatter prissammenligningstjenester onlineplatforme, som ikke giver brugerne mulighed for at indgå købstransaktioner på selve platformen. Platforme, som giver brugerne mulighed for at indgå købstransaktioner på selve platformen betragtes som onlinemarkedspladser i nærværende retningslinjer. Begrænsninger af anvendelsen af onlinemarkedspladser behandles i afsnit 8.2.3 i nærværende retningslinjer.

¹²⁰ Endelig rapport om undersøgelsen af e-handelssektoren (COM(2017) 229 final af 10.5.2017), afsnit B.4.5.

forfalskede produkter eller om at beskytte forretningsmodeller, som f.eks. beror på specialisering eller kvalitet i stedet for priser.

- (326) Begrænsninger af anvendelsen af prissammenligningstjenester kan spænde fra et direkte eller indirekte forbud til begrænsninger baseret på kvalitetskrav eller krav om at medtage specifikt indhold i de tilbud, der annonceres på prissammenligningstjenesten. For eksempel kan begrænsninger med hensyn til at forsyne prissammenligningstjenester med prisoplysninger eller krav om at indhente leverandørens tilladelse inden brug af prissammenligningstjenester eller begrænsninger med hensyn til brug af leverandørens mærke på prissammenligningstjenester udgøre en direkte hindring af brugen af sådanne tjenester.
- (327) Begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester kan øge forbrugernes søgeomkostninger og dermed svække detailpriskonkurrencen. Ligesom det er tilfældet med andre begrænsninger af onlineannoncering, kan begrænsninger af køberens mulighed for at benytte prissammenligningstjenester afskære ham fra at sælge til kunder beliggende uden for køberens fysiske handelsområde, men som ønsker at købe online. Hvis en vertikal aftale forhindrer brugen af prissammenligningstjenester, svarer det til en begrænsning af køberens mulighed for at henvende sig til potentielle kunder, gøre dem bekendt med hans udbud og dirigere dem til sit websted. Så længe brugen af prissammenligningstjenester ikke i sig selv er en målrettet form for annoncering, jf. punkt 200) i nærværende retningslinjer, vil hindringer af brugen af prissammenligningstjenester som onlineannonceringskanal kunne begrænse det passive salg til kunder, som ønsker at købe online, og som er beliggende uden for forhandlerens fysiske handelsområde, og det udgør dermed en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b)-d). Det primære potentielle konkurrenceproblem i dette tilfælde er markedsopdeling, idet det kan lette prisdiskrimination og svække intrabrandkonkurrencen. Hvis begrænsningen til gengæld udelukkende vedrører brug af prissammenligningstjenester med henblik på at nå ud til kunder i et område eller en kundegruppe, der er eksklusivt forbeholdt leverandøren eller eksklusivt tildelt andre forhandlere (eksklusiv distribution), f.eks. fordi prissammenligningstjenesten tilbydes på et sprog, der ikke er almindeligt anvendt i det område, hvor køberen er etableret, eller har et domænenavn, der ikke anvendes i det område, hvor køberen er etableret, er begrænsningen omfattet af undtagelsen i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b), nr. i).
- (328) Begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester, som ikke direkte eller indirekte hindrer brugen heraf, f.eks. krav om, at prissammenligningstjenesten skal opfylde visse kvalitetsstandarder, begrænser ikke salg til kunder i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, men virker snarere bestemmende for salgsmetoden og er derfor omfattet af fritagelsen efter gruppefritagelsesforordningen. Den følgende vejledning vedrører vurderingen af de begrænsninger, hvor gruppefritagelsesforordningen ikke finder anvendelse.
- (329) Selektive distributionssystemer indeholder ofte begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester. I afsnit 4.6.2 i nærværende retningslinjer fastsættes kriterierne for, hvornår et selektivt distributionssystem falder uden for artikel 101, stk. 1. Det er imidlertid usandsynligt, at et forbud mod brug af prissammenligningstjenester er et hensigtsmæssigt eller nødvendigt middel til at bevare kvaliteten eller sikre en korrekt anvendelse af aftalevarerne eller -tjenesterne, fordi sådanne tjenester typisk omdirigerer potentielle kunder til den godkendte forhandlers websted med henblik på at foretage købet. Leverandøren kan gennem

udvælgelseskriterier og ved at indføre krav i den vertikale aftale med forhandlerne udøve kontrol over deres websteder.

- (330) Begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester, som ikke direkte eller indirekte hindrer brugen heraf, f.eks. et krav om kun at bruge prissammenligningstjenester, der opfylder visse kvalitetsstandarder, kan, når de ikke er omfattet af gruppefritagelsesforordningen, i betydelig grad begrænse køberens muligheder for at bruge prissammenligningstjenester. I sådanne tilfælde kan det være nødvendigt at vurdere, om begrænsningen har samme virkning som en hindring af brugen af prissammenligningstjenester, dvs. er til skade for forbrugerne, fordi de øger deres søgeomkostninger og svækker priskonkurrencen eller fører til markedsopdeling, som kan lette prisdiskrimination og i sidste ende svække interbrandkonkurrencen og potentielt også intrabrandkonkurrencen. Sådanne begrænsninger kan også svække intrabrandkonkurrencen, når en leverandør f.eks. ikke pålægger begrænsninger på alle sine forhandlere, eller hvis han selv bruger de prissammenligningstjenester, der er omfattet af begrænsningen. Hvis forhandlerne afskæres fra at bruge en potentielt vigtigt onlineannonceringskanal, vil de kun udøve et begrænset konkurrencepres på leverandøren eller andre forhandlere, som ikke er berørt af begrænsningen.
- (331) Som eksempel på relevante faktorer, der spiller ind i vurderingen efter artikel 101, stk. 1, kan nævnes leverandørens og konkurrenternes markedsposition, prissammenligningstjenesternes betydning som annonceringskanal på produktmarkederne og de geografiske markeder for aftalevarerne og -tjenesterne, begrænsningernes type og omfang og den relative betydning af eventuelle specifikke prissammenligningstjenester, hvis brug begrænses eller forbydes, samt om leverandøren også begrænser forhandlernes muligheder for at bruge andre former for onlineannoncering. De kumulerede virkninger af sådanne eventuelle andre begrænsninger med begrænsningen af brugen af prissammenligningstjenester bør tages i betragtning.
- (332) Som anført i punkt 323) i nærværende retningslinjer kan begrænsninger af brugen af prissammenligningstjenester medføre effektivitetsgevinster, navnlig med hensyn til at sikre mærkebeskyttelse eller en vis servicekvalitet eller modvirke salg af forfalskede produkter. I overensstemmelse med betingelserne i artikel 101, stk. 3, skal der ved vurderingen tages hensyn til, om disse effektivitetsgevinster kan opnås gennem andre mindre konkurrencebegrænsende alternativer. Det kan være tilfældet, når prissammenligningstjenesten også tilbyder sammenligninger eller anmeldelser relateret til de pågældende varers eller tjenesters kvalitet, kundeservice, forhandlerens troværdighed eller andre egenskaber ved forhandlernes udbud. Hvis der foretages en vurdering af kvalitetsrelaterede begrundelser efter artikel 101, stk. 3, bør der tages hensyn til, at salget ikke sker på selve prissammenligningstjenesten, men på forhandlerens websted, der i henhold til den distributionsaftale, der er indgået med leverandøren, skal opfylde leverandørens kvalitetskrav.

8.2.5. *Paritetsklausuler*

- (333) Paritetsklausuler, også kaldet mestbegunstigelsesklausuler eller paritetsaftaler mellem platforme ("across platform parity agreements", APPA), forpligter en leverandør af varer eller tjenester til at udbyde dem til en anden part på betingelser, der ikke er mindre favorable end de betingelser, hvorpå han udbyder dem til visse andre parter eller via visse andre kanaler. Betingelserne kan vedrøre priser, lagerbeholdning, tilgængelighed eller andre udbuds- eller salgsbetingelser.

Forpligtelsen kan være udtrykkelig eller anvendes gennem andre direkte eller indirekte midler, f.eks. differentierede priser eller andre incitamenter eller foranstaltninger, hvis gyldighed afhænger af de betingelser, hvorpå leverandøren udbyder sine varer eller tjenester til bestemte parter eller via bestemte kanaler.

- (334) Når en udbyder af onlineformidlingstjenester (f.eks. en markedsplads eller en prissammenligningstjeneste) anvender paritetsklausuler vedrørende de betingelser, hvorpå varer eller tjenester udbydes til de endelige brugere (endelige forbrugere eller andre virksomheder), betegnes disse normalt som paritetsklausuler i detailledet. Hvis en sådan klausul skal være effektiv, skal den leverandør af varer eller tjenester, som accepterer klausulen, generelt være i stand til at kontrollere prisen og andre betingelser, hvorpå varerne eller tjenesterne udbydes, på de detailkanaler, som klausulen vedrører. Udbydere af onlineformidlingstjenester i de foregående omsætningsled kan anvende lignende klausuler vedrørende de betingelser, hvorpå varer eller tjenester udbydes til virksomheder, som ikke er de endelige brugere (f.eks. til detailhandlere). Når køberne anvender paritetsklausuler, omfatter disse klausuler, som producenterne, grossisterne eller detailhandlerne anvender vedrørende betingelserne, hvorpå disse må købe input fra leverandører.
- (335) Der kan også sondres mellem de forskellige kanaler, som paritetsklausuler vedrører. Klausulen kan vedrøre de salgskanaler, som en leverandør af varer eller tjenester benytter (direkte kanaler), kanaler drevet af tredjeparter (indirekte kanaler) eller alle kanaler. Paritetsklausuler, som kun vedrører direkte kanaler, betegnes ofte som "snævre", mens de, der anvendes for alle kanaler, betegnes som "brede".
- (336) Gruppefritagelsen gælder for alle typer paritetsklausuler i vertikale aftaler, bortset fra paritetsklausuler i detailledet mellem platforme som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra d), forudsat at hverken leverandørens eller køberens markedsandel overstiger 30 %. Følgende vejledning gælder vurderingen af paritetsklausuler i detailledet mellem platforme som defineret i gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra d), samt andre typer af paritetsklausuler i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen er overskredet.

8.2.5.1. Paritetsklausuler i detailledet mellem platforme

- (337) Paritetsklausuler i detailledet, som foranlediger en køber af onlineformidlingstjenester til ikke at udbyde, sælge eller videresælge varer eller tjenester til endelige brugere på mere favorable vilkår ved at anvende konkurrerende onlineformidlingstjenester, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra d), vil være mere tilbøjelige end andre typer paritetsklausuler til at have konkurrencebegrænsende nettovirkninger. Paritetsklausuler i detailledet mellem platforme kan medføre følgende konkurrencebegrænsninger:
- (a) De kan svække konkurrencen og lette samordning mellem udbydere af onlineformidlingstjenester. Der er navnlig større sandsynlighed for, at en udbyder, som anvender denne type paritetsklausuler, vil kunne hæve prisen på eller sænke kvaliteten af sine formidlingstjenester uden at miste markedsandele. Uanset prisen på eller kvaliteten af de udbudte tjenester vil sælgere af varer eller tjenester, som vælger af benytte platformen, være forpligtet til at tilbyde den pågældende platform betingelser, der mindst svarer til de betingelser, de tilbyder konkurrerende platforme.
- (b) De kan hindre nye eller mindre udbydere af onlineformidlingstjenester i at trænge ind på markedet eller i at udvide ved at begrænse deres muligheder for

at tilbyde købere og endelige brugere differentierede pris-/servicekombinationer.

- (338) Nogle af de vigtigste faktorer for vurderingen af denne type paritetsklausuler er, hvor stor en andel af købere af onlineformidlingstjenester der er omfattet af klausulen, homing-adfærden blandt købere af onlineformidlingstjenester og de endelige brugere (dvs. hvor mange formidlingsplatforme de benytter), markedsposition for den udbyder, der anvender klausulen, og dennes konkurrenter, tilstedeværelsen af adgangsbarrierer på det pågældende marked for onlineformidlingstjenester, og virkningerne af direkte salg foretaget af køberne af de pågældende tjenester.
- (339) Den andel af købere af onlineformidlingstjenester, som er omfattet af paritetsklausuler, og disse køberes homing-adfærd har betydning, da det kan give et fingerpeg om, at en udbyders paritetsklausuler begrænser konkurrencen med hensyn til en del af efterspørgslen, der overtiger udbyderens markedsandel. En udbyder af onlineformidlingstjenester kan f.eks. have en markedsandel på 20 % af de samlede transaktioner, der foretages gennem sådanne tjenester, mens de købere, som er omfattet af paritetsklausulen i detaileddet, kan tegne sig for mere end 50 % af de samlede platformsaktiviteter, fordi de benytter flere forskellige platforme. I dette tilfælde begrænser udbyderens paritetsklausuler konkurrencen for mere end halvdelen af den samlede relevante efterspørgsel.
- (340) Købere af onlineformidlingstjenester multi-homer ofte for at nå ud til kunder, som single-homer (dvs. kun benytter én platform) og ikke skifter mellem platforme. Multi-homing blandt købere fremmes af platformsforretningsmodeller, hvor køberen kun skal betale for brug af en formidlingstjeneste, hvis den fører til indgåelse af en transaktion. Som forklaret ovenfor kan multi-homing blandt købere af onlineformidlingstjenester øge andelen af den samlede efterspørgsel efter sådanne tjenester, der berøres af en udbyders paritetsklausuler. For det andet kan single-homing blandt brugere indebære, at hver udbyder af onlineformidlingstjenester kontrollerer adgangen til en bestemt gruppe endelige brugere. Det kan øge udbyderens forhandlingsposition og mulighed for at anvende paritetsklausuler.
- (341) De konkurrencebegrænsninger, der følger af paritetsklausuler i detaileddet mellem platforme, vil typisk være størst, når de anvendes af en eller flere førende udbydere af onlineformidlingstjenester. Hvis disse udbydere anvender ensartede forretningsmodeller, vil paritetsklausulerne sandsynligvis mindske mulighederne for at forstyrre disse modeller. Denne type klausuler kan desuden sætte en førende udbyder i stand til at opretholde sin position over for mindre udbydere.
- (342) Markederne for levering af onlineformidlingstjenester er ofte kendetegnet ved betydelige barrierer for adgang og ekspansion, hvilket kan forværre paritetsklausulernes negative virkninger. Disse markeder har ofte positive indirekte netværkseffekter: nye eller mindre udbydere af onlineformidlingstjenester finder det vanskeligt at tiltrække køberne, fordi deres platform ikke giver adgang til et tilstrækkeligt antal endelige brugere. Når de endelige brugere er endelige forbrugere, kan mærkeloyalitet, single-homing og de etablerede udbyderes bindingsstrategier også skabe adgangsbarrierer.
- (343) Købere af onlineformidlingstjenester kan også sælge deres varer eller tjenester direkte til de endelige forbrugere. Et sådant direkte salg kan begrænse udbydere af onlineformidlingstjenesters muligheder for at hæve prisen på deres tjenester. Det er derfor nødvendigt at vurdere, hvor stor en andel af salget af mellemprodukter eller mellemliggende tjenester der foretages gennem direkte og indirekte kanaler, såvel

som substituerbarheden mellem disse kanaler, set ud fra leverandøren af varer eller tjenester eller de endelige brugeres synspunkt.

- (344) Paritetsklausuler i detaileddet mellem platforme kan have betydelige konkurrencebegrænsende virkninger, når de anvendes over for købere, der tegner sig for en betydelig del af den samlede efterspørgsel efter de relevante onlineformidlingstjenester. I tilfælde af kumulative virkninger vil de konkurrencebegrænsende virkninger generelt kun tilskrives paritetsklausuler anvendt af udbydere med en markedsandel på over 5 %.
- (345) I princippet kan detailhandlere også anvende paritetsklausuler i detaileddet vedrørende betingelserne, hvorpå en leverandør må tilbyde sine varer eller tjenester til konkurrerende detailhandlere. Når denne type paritetsklausuler vedrører prisen, kræver det imidlertid normalt, at leverandøren af varer eller tjenester accepterer forpligtelsen til at anvende faste mindstepriser over for konkurrerende detailhandlere, som er omfattet af klausulen. Prisbinding er en alvorlig begrænsning efter gruppefritagelsesforordningen, idet den har et konkurrencebegrænsende formål efter artikel 101, stk. 1. I de tilfælde hvor virksomhederne kan anvende sådanne paritetsklausuler i detaileddet i overensstemmelse med reglerne vedrørende faste mindstepriser, er klausulen omfattet af gruppefritagelsen. Hvis markedsandelstærsklen er overskredet, finder vejledningen i punkt 337)-344) i nærværende retningslinjer tilsvarende anvendelse.

8.2.5.2. Paritetsklausuler i detaileddet vedrørende direkte salgskanaler

- (346) Paritetsklausuler i detaileddet pålagt af udbydere af onlineformidlingstjenester vedrørende de betingelser, hvorpå købere af tjenesterne må tilbyde varer eller tjenester til endelige brugere på egne direkte salgskanaler ("snæver" paritet), hindrer køberne i at tilskynde de endelige brugere til i stedet at anvende den direkte salgskanal ved at tilbyde gunstigere betingelser (underbud). Under visse omstændigheder, især hvis der er begrænset konkurrence om levering af onlineformidlingstjenester, kan snævre paritetsklausuler sætte udbydere af onlineformidlingstjenester i stand til at opretholde en højere pris for deres tjenester, hvilket øger detailpriserne på de formidlede varer eller tjenester på alle salgskanaler. De relevante faktorer for vurderingen af denne type begrænsning omfatter markedspositionen for den udbyder, der anvender paritetsklausulen, den relative størrelse af de direkte salgskanaler, der er omfattet af begrænsningen, de direkte og indirekte kanalers substituerbarhed set ud fra leverandørerne af varer og tjenester og de endelige brugeres synspunkt, samt hvorvidt begrænsningerne pålægges af flere forskellige udbydere af formidlingstjenester (kumulative virkninger).
- (347) Derudover kan paritetsklausuler i detaileddet vedrørende direkte salgskanaler under visse omstændigheder indirekte have konkurrencebegrænsende virkninger svarende til dem, der følger af paritetsklausuler i detaileddet mellem platforme. I princippet kan en køber af onlineformidlingstjenester, som er underlagt en snæver paritetsklausul, differentiere sit tilbud på de forskellige formidlingsplatforme, han benytter (multi-homing). Det kræver imidlertid, at betingelserne på hans egne direkte salgskanaler ikke er mere favorable end de betingelser, han tilbyder på den "dyreste" formidlingsplatform, som han har indgået en paritetsaftale vedrørende direkte salgskanaler med. Afhængigt af faktorer såsom andelen af salg foretaget via de enkelte kanaler, omkostninger ved anvendelse af de enkelte kanaler og efterspørgselselasticitet af de formidlede varer eller tjenester på tværs af kanaler kan køberne og udbydere af onlineformidlingstjenester have tilstrækkeligt incitament til

at indgå kompromis med hensyn til prisen på disse tjenester og betingelserne, hvorpå varerne eller tjenesterne formidles via tjenesten. Et sådant kompromis er mere sandsynligt, når en betydelig del af salget foregår via den direkte kanal, og når paritetsklausulerne i detailledet vedrørende direkte salgskanaler pålægges af flere forskellige udbydere.

- (348) Paritetsklausuler i detailledet vedrørende direkte salgskanaler pålagt af udbydere af onlineformidlingstjenester kan have mærkbare konkurrencefordrejende virkninger, når købere, der tegner sig for en betydelig andel af den samlede efterspørgsel efter onlineformidlingstjenester, pålægges sådanne klausuler eller paritetsklausuler i detailledet mellem platforme. Det kan være nødvendigt, at Kommissionen eller en national konkurrencemyndighed, efter en vurdering af inddragelsen af gruppefritagelsen, foretager en lignende vurdering, hvis de relevante udbyderes markedsandel er under 30 %.

8.2.5.3. Paritetsklausuler vedrørende betingelser uden for detailledet

- (349) Paritetsklausuler pålagt af udbydere af onlineformidlingstjenester i de foregående omsætningsled vedrørende de betingelser, hvorpå varer eller tjenester udbydes til virksomheder, som ikke er de endelige brugere, er omfattet af gruppefritagelsen. Denne type klausuler kan hæmme konkurrencen mellem udbydere af onlineformidlingstjenester på samme måde som paritetsklausuler i detailledet, og derfor forbliver vejledningen i punkt 337)-348) relevant. Det gælder navnlig, når der ikke er nogen væsentlig forskel mellem priserne på eller betingelserne, hvorpå de formidlede varer eller tjenester udbydes i det forudgående led og i detailledet, hvilket kan være tilfældet i forbindelse med formidling af færdigvarer eller endelige tjenester¹²¹. Ved vurderingen af denne type paritetsklausul er det imidlertid også nødvendigt at tage hensyn til konkurrencevilkårene i de efterfølgende led, dvs. mellem de virksomheder, der køber de formidlede varer eller tjenester.
- (350) Til gengæld har paritetsklausuler vedrørende de betingelser, hvorpå producenter, grossister eller detailhandlere køber varer som input, ikke nogen direkte betydning for virksomhedernes konkurrencevilkår i det efterfølgende omsætningsled. Vejledningen vedrørende vurderingen af paritetsklausuler i detailledet er derfor sandsynligvis mindre relevant. De primære konkurrenceproblemer i forbindelse med paritetsklausuler vedrørende de betingelser, hvorpå varer eller tjenester købes som input, er, at de kan mindske inputleverandørernes incitament til at konkurrere og dermed øge inputpriserne. De relevante faktorer for vurderingen omfatter den relative størrelse og markedsstyrke for den leverandør og køber, der aftaler paritetsklausulen, hvor stor en andel af det relevante marked, der er omfattet af paritetsklausulen, og omkostningerne ved det pågældende input i forhold til købernes samlede omkostninger.

8.2.5.4. Vurdering efter artikel 101, stk. 3

- (351) Hvis en paritetsklausul har mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger, skal de mulige begrundelser vedrørende effektivitetsgevinster vurderes efter artikel 101, stk. 3. Den mest almindelige grund til, at udbydere af onlineformidlingstjenester anvender sådanne klausuler, er for at afhjælpe et frihjulsproblem. Udbyderne har f.eks. ikke noget incitament til at investere i udviklingen af deres platform, i

¹²¹ I nogle tilfælde kan paritetsklausulen vedrøre de betingelser, der tilbydes i både det forudgående led og i detailledet.

førsalgsservice eller i efterspørgselsfremmende reklame, hvis fordelene ved disse investeringer i form af øget salg går til konkurrerende platforme eller direkte salgskanaler, som kan tilbyde de samme varer eller tjenester på mere favorable betingelser.

- (352) Blandt de relevante faktorer kan nævnes, hvorvidt udbyderen af onlineformidlingstjenester skaber objektive fordele, dvs. om de skaber merværdi for forbrugerne, om der er en reel og betydelig risiko for frihjulsproblemer, og om paritetsklausulens specifikke art og omfang er nødvendig for at opnå de tilstræbte objektive fordele. Frihjulsproblemets formodede omfang skal være tilstrækkeligt til i væsentlig grad at påvirke incitamentet til at investere i onlineformidlingstjenesten. I den forbindelse er dokumentation for, i hvor stort omfang brugerne af formidlingstjenester multi-homer, særlig relevant, skønt det også er nødvendigt at undersøge, om deres adfærd påvirkes af virkningerne af paritetsklausulerne. Hvis udbyderen af onlineformidlingstjenester eller dennes konkurrenter operer på andre sammenlignelige markeder med mindre restriktive eller uden nogen paritetsklausuler, kan det være tegn på, at klausulerne ikke er absolut nødvendige. Når der er stor koncentration inden for levering af onlineformidlingstjenester, og markedet er kendetegnet ved store adgangsbarrierer, kan nødvendigheden af at beskytte den tilbageværende konkurrence veje tungere end mulige effektivitetsgevinster. Andre begrundelser vedrørende de generelle fordele ved transaktionsplatforme, f.eks. samling af leverandørernes udgifter til reklame, øget prisgennemsigtighed eller lavere transaktionsomkostninger, vil kun opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, hvis udbyderen af onlineformidlingstjenester kan påvise en direkte årsagssammenhæng mellem de påståede fordele og anvendelsen af en bestemt paritetsklausul.
- (353) Generelt er der større sandsynlighed for, at paritetsklausuler i detailledet vedrørende direkte salg opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3. Det skyldes primært, at de konkurrencebegrænsende virkninger generelt er mindre udtalte, end det er tilfældet ved paritetsklausuler mellem platforme, og dermed med større sandsynlighed vil blive opvejet af effektivitetsgevinster. Samtidig kan risikoen for, at leverandører af varer eller tjenester kører frihjul via deres direkte salgskanaler, være større, da disse leverandører generelt har en større avance pr. enhed solgt på deres direkte salgskanal end gennem indirekte salg.

8.2.6. *Distributionsvederlag*

- (354) Distributionsvederlag er faste beløb, som leverandører inden for rammerne af et vertikalt forretningsforhold betaler til forhandleren ved en bestemt periodes begyndelse for at få adgang til distributionsnettet og belønne detailhandlerne for den service, de yder leverandøren. Denne kategori omfatter forskellige former for praksis såsom "slot allowances"¹²², "pay to stay"-gebyrer¹²³, betaling for at få sit produkt med i distributørens salgsfremmekampagner, osv. Dette afsnit indeholder retningslinjer for vurderingen af distributionsvederlag i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen i gruppefritagelsesforordningens artikel 3 er overskredet.
- (355) Distributionsvederlag kan undertiden have konkurrenceskadelige afskærmningsvirkninger over for andre forhandlere. Et stort vederlag kan f.eks.

¹²² Et fast gebyr, som producenten betaler detailhandleren for at få plads til sit produkt på detailhandlerens hylder.

¹²³ Betaling af faste beløb til detailforhandleren for at sikre fortsat hyldeplads til produktet.

tilskynde leverandøren til at kanalisere en betydelig del af sit salg gennem en eller flere forhandlere for at få dækket omkostningerne ved dette vederlag. I så fald kan disse betalinger have samme afskærmningsvirkninger i det efterfølgende led som en forpligtelse vedrørende eksklusiv levering. Retningslinjerne vedrørende eksklusive leveringsforpligtelser kan anvendes analogt med henblik på at vurdere sandsynligheden af sådanne negative virkninger (især punkt 305)-310)).

- (356) Distributionsvederlag kan i særlige tilfælde også føre til konkurrenceskadelig afskærmning i det foregående omsætningsled. Hvis forhandleren f.eks. har en stærk forhandlingsposition, eller hvis brugen af distributionsvederlag er meget udbredt, kan betalingerne øge adgangsbarriererne for små leverandører. Retningslinjerne vedrørende mærkeeksklusivitet kan anvendes analogt med henblik på at vurdere sandsynligheden af sådanne negative virkninger (især punkt 284)-293) i nærværende retningslinjer). Vurderingen skal desuden tage hensyn til, hvorvidt den pågældende forhandler sælger konkurrerende produkter under sit eget mærke. I dette tilfælde kan der også opstå horisontale konkurrenceproblemer, som indebærer, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 2, stk. 4 (se afsnit 4.4.3 i nærværende retningslinjer).
- (357) Bortset fra de eventuelle markedsafskærmende virkninger kan betaling af distributionsvederlag også svække konkurrencen og lette ulovlig samordning mellem forhandlere. Disse betalinger kan også antages at ville forhøje den pris, leverandøren forlanger for sine aftalevarer, eftersom han er nødt til at dække omkostningerne ved betalingerne. Højere leveringspriser kan mindske detailhandlerens incitament til at konkurrere på prisen på sit marked, samtidig med at forhandlerens fortjeneste øges af disse betalinger. En sådan svækkelse af konkurrencen mellem forhandlere gennem kumulativ brug af distributionsvederlag forudsætter normalt en høj grad af koncentration på distributionsmarkedet.
- (358) Brugen af distributionsvederlag kan imidlertid også i mange tilfælde føre til en effektiv allokering af hyldeplads til nye produkter. Når leverandøren lancerer nye produkter, har forhandlerne ofte ringere kendskab end leverandøren til, hvorvidt det nye produkt kan forventes at få succes, og vil derfor ikke nødvendigvis altid råde over et tilstrækkeligt lager af det pågældende produkt. Denne informationsasymmetri mellem leverandører og forhandlere kan mindskes ved, at leverandørerne udtrykkeligt får mulighed for at konkurrere om hyldeplads i form af betaling af distributionsvederlag. Herigennem kan distributøren få et fingerpeg om, hvilke produkter der har størst chancer for at blive en succes, eftersom en leverandør normalt kun vil gå med til at betale et distributionsvederlag, hvis han finder det meget usandsynligt, at lanceringen af hans produkt vil slå fejl.
- (359) På grund af den informationsasymmetri, der er nævnt i det foregående punkt, kan leverandørerne desuden også have et incitament til at profitere af forhandlerens salgsfremmeindsats for at lancere produkter, der ikke er optimale. Hvis et produkt ikke bliver en succes, kommer forhandleren til at betale en del af omkostningerne herved. Dette kan brugen af distributionsvederlag forhindre ved at flytte risikoen for fejlslag tilbage til leverandørerne, hvilket således kan bidrage til en optimal introduktion af nye produkter.

8.2.7. *Aftaler om kategoristyring*

- (360) Aftaler om kategoristyring (category management) er aftaler, hvor en forhandler inden for rammerne af en distributionsaftale lader leverandøren (kategoristyreren) tage sig af markedsføringen af en produktkategori, som normalt ikke blot omfatter

leverandørens egne, men også konkurrenters produkter. Kategoristyreren kan derigennem få indflydelse på f.eks. produktets placering i butikken og produktudvælgelsen til butikken. Aftaler om kategoristyring er omfattet af gruppefritagelsen, når hverken kategoristyreren eller forhandlerens markedsandel overstiger 30 %, og forudsat at aftalen ikke indeholder alvorlige begrænsninger, som f.eks. begrænsninger af forhandlerens mulighed for at fastsætte salgsprisen, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra a).

- (361) I de fleste tilfælde rejser aftaler om kategoristyring ingen problemer efter artikel 101. De kan imidlertid undertiden fordreje konkurrencen mellem leverandører og føre til konkurrenceskadelig afskærmning over for andre leverandører, især når den kategoristyrende leverandør i kraft af sin indflydelse på forhandlerens markedsføringsbeslutninger er i stand til at begrænse eller forfordele distributionen af konkurrerende leverandørers produkter.
- (362) Normalt vil forhandlerne ikke have nogen interesse i at indskrænke sit sortiment. De kan dog have et incitament til at udelukke bestemte leverandører, især hvis forhandleren også sælger konkurrerende produkter under sit eget mærke. Retningslinjerne vedrørende mærkeeksklusivitet kan anvendes analogt med henblik på at vurdere sandsynligheden af en sådan afskærmningsvirkning i det foregående led (især punkt 284)-293) i nærværende retningslinjer). Ved vurderingen skal der navnlig tages hensyn til, på den ene side, hvor stor en del af markedet, disse aftaler om kategoristyring dækker, og den mulige kumulative brug af sådanne aftaler, og på den anden side de konkurrerende leverandørers og forhandleres markedsposition.
- (363) Endvidere vil aftaler om kategoristyring kunne lette en samordning mellem forhandlere, hvis en og samme leverandør styrer en bestemt kategori for alle eller næsten alle de konkurrerende forhandlere på markedet og dermed kan fungere som samordningspunkt.
- (364) Kategoristyring vil også kunne lette en samordning mellem leverandører, fordi de får øget adgang til via detailhandlerne at udveksle følsom markedsinformation, f.eks. om fremtidige priser, planlagte salgsmæssige fremstød eller reklamekampagner. Gruppefritagelsesforordningen vedrører ikke som sådan informationsudveksling mellem konkurrenter, jf. punkt 83) i nærværende retningslinjer.
- (365) Kategoristyring vil dog også kunne føre til effektivitetsgevinster. Aftaler om kategoristyring kan give forhandlerne adgang til leverandørens markedsføringsekspertise for bestemte varegrupper og mulighed for at opnå stordriftsfordele ved at sikre, at forhandlerens hylder til enhver tid indeholder en optimal mængde produkter. Generelt gælder, at jo stærkere interbrandkonkurrencen er, og jo lettere det er for forbrugerne at skifte mærke, desto større økonomiske fordele kan der opnås gennem kategoristyring.

8.2.8. *Kombinationsklausuler*

- (366) Kombinationsklausuler ("tying") er bestemmelser om, at en kunde, der køber ét produkt (det primære produkt), også skal købe et bestemt andet produkt (det sekundære produkt) hos samme leverandør eller en af denne udpeget leverandør. Kombinationsklausuler kan udgøre misbrug af dominerende stilling efter artikel 102¹²⁴. Kombinationsklausuler kan også være vertikale begrænsninger som

¹²⁴ Dom i sag C-333/94 P, Tetrapak mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1996:436, præmis 37. Se også Kommissionens meddelelse om vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i

omhandlet i artikel 101, hvis de medfører mærkeeksklusivitet (jf. punkt 281)-302) i nærværende retningslinjer) for det sekundære produkt. Det er kun sidstnævnte situation, der behandles i disse retningslinjer.

- (367) Det afhænger af kundernes efterspørgsel, om produkterne vil skulle betragtes som særskilte eller ej. To produkter betragtes som særskilte, når et betydeligt antal kunder i en situation uden kombinationsklausul ville købe eller ville have købt det primære produkt uden også at købe det sekundære produkt hos samme leverandør, hvilket ville muliggøre stand alone-produktion af både det primære og det sekundære produkt¹²⁵. Dokumentation for, at to produkter er særskilte, kan omfatte direkte beviser på, at forbrugerne, når de har valgmuligheden, køber de primære og de sekundære produkter særskilt fra forskellige forsyningskilder, eller indirekte beviser, som f.eks. at der er virksomheder på markedet, som er specialiserede i produktion og salg af det sekundære produkt uden det primære produkt¹²⁶, eller beviser på, at virksomheder med en beskeden markedsstyrke, særlig på konkurrenceudsatte markeder, har en tendens til ikke at bundte deres produkter. Eksempelvis kan nævnes, at eftersom kunderne helst vil købe sko med snørebånd i, og det ikke er hensigtsmæssigt for skotøjshandlerne selv at sætte snørebånd i skoene, er det blevet almindeligt, at skoproducenter leverer deres sko med snørebånd. Salget af sko med snørebånd er derfor ikke nogen kombinationsklausul.
- (368) Kombinationssalg kan få konkurrenceskadelige afskærmningsvirkninger på enten det primære eller det sekundære marked eller på begge markeder samtidig. Afskærmningsvirkningen afhænger af, hvor stor en procentdel af det samlede salg på markedet for det sekundære produkt, der er bundet. Med hensyn til spørgsmålet om, hvad der kan betragtes som en betydelig afskærmning efter artikel 101, stk. 1, kan analysen af mærkeeksklusivitet anvendes. Ved kombinationssalg påhviler der køberen en form for mængdeforpligtelse i forbindelse med det sekundære produkt. Hvis der desuden aftales en konkurrenceklausul for det sekundære produkt, øger dette den eventuelle afskærmende virkning på markedet for dette produkt. Kombinationssalg kan medføre en svækkelse af konkurrencen for kunder, der er interesserede i at købe det sekundære, men ikke det primære produkt. Hvis antallet af kunder, der vil købe det sekundære produkt alene, ikke er tilstrækkeligt til at holde liv i den dominerende virksomheds konkurrenter på det sekundære marked, kan kombinationsklausulen betyde, at disse kunder kommer til at betale højere priser. I de tilfælde, hvor det sekundære produkt er et komplementært produkt for aftagerne af det primære produkt, kan et fald i antallet af alternative udbydere af det sekundære produkt og dermed et mindre udbud af dette produkt gøre det vanskeligt at komme ind på markedet for alene det primære produkt.
- (369) Kombinationsklausuler kan også føre til priser, der ligger over konkurrenceniveauet, især i følgende tre situationer: For det første, hvis det primære og det sekundære produkt kan anvendes i et variabelt forhold som input i en produktionsproces, vil kunderne måske reagere på en prisstigning for det primære produkt ved at efterspørge mere af det sekundære produkt og mindre af det primære produkt. Gennem den tvungne kombination af de to produkter kan den dominerende virksomhed søge at undgå denne substitution og dermed blive i stand til at hæve sine

forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EFT C 45 af 24.2.2009, s. 7).

¹²⁵ Dom i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2007:289, præmis 917, 921 og 922.

¹²⁶ Dom i sag T-30/89 P, Hilti mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1991:70, præmis 67.

priser. For det andet, hvis kombinationssalg giver mulighed for anvendelse af forskellige priser afhængigt af kundens brug af det primære produkt, f.eks. hvis salget af blækpatroner knyttes sammen med salget af fotokopieringsmaskiner, og for det tredje, hvis det i forbindelse med langsigtede kontrakter eller eftersalgsservice for originaludstyr med lang levetid bliver vanskeligt for kunderne at beregne kombinationsklausulernes konsekvenser.

- (370) Kombinationssalg er fritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen, når hverken leverandørens markedsandel på såvel markedet for det primære som markedet på det sekundære produkt eller køberens markedsandel på de relevante markeder i det forudgående led overstiger 30 %. De kan anvendes sammen med andre vertikale begrænsninger, der ikke er alvorlige restriktioner i henhold til forordningen, såsom konkurrenceklausuler eller mængdeforpligtelser i forbindelse med det primære produkt eller eksklusive købsaftaler. Resten af dette afsnit giver retningslinjer for vurderingen af kombinationssalg i konkrete tilfælde, hvor markedsandelstærsklen er overskredet.
- (371) Leverandørens position på markedet for det primære produkt er naturligvis af afgørende betydning for vurderingen af eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. Generelt er det leverandøren, der påtvinger køberen denne type aftale. Hovedårsagen til, at en køber kan finde det vanskeligt at afslå en kombinationsklausul, kan være leverandørens position på markedet for det primære produkt.
- (372) Leverandørens konkurrenters position på markedet for det primære produkt har stor betydning ved vurderingen af leverandørens markedsstyrke. Så længe der er tilstrækkeligt mange og stærke konkurrenter, kan der ikke forventes nogen konkurrenceskadelige virkninger, da køberne i så fald har tilstrækkeligt mange muligheder for at købe det primære produkt uden det sekundære, medmindre andre leverandører anvender tilsvarende kombinationsklausuler. Også eventuelle hindringer for adgang til markedet for det primære produkt har betydning for vurdering af leverandørens markedsposition. Når kombinationsklausuler kombineres med konkurrenceklausuler for det primære produkt, styrker det leverandørens stilling betydeligt.
- (373) Købermagt er relevant, da store kunder ikke så let kan tvinges til at acceptere kombinationsklausuler uden at få del i hvert fald nogle af de mulige effektivitetsgevinster. Risikoen for, at kombinationssalg ikke reelt er baseret på effektivitet, er derfor størst, hvis køberne ikke har nogen betydelig markedsstyrke.
- (374) Hvis der er påvist mærkbare konkurrenceskadelige virkninger, må der tages stilling til, om betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Kombinationsklausuler kan bidrage til at skabe effektivitet gennem samlet produktion eller samlet distribution. Hvis det sekundære produkt ikke fremstilles af leverandøren, kan der også opnås effektivitetsgevinster ved, at leverandøren indkøber store mængder af det sekundære produkt. For at kombinationsklausuler skal kunne opfylde betingelserne i artikel 101, stk. 3, skal det dog være godtgjort, at i hvert fald en del af disse omkostningsbesparelser kommer forbrugerne til gode, hvilket normalt ikke er tilfældet, hvis detailforhandleren er i stand til løbende at skaffe sig samme eller tilsvarende produkter på samme eller bedre vilkår end dem, der anvendes af den leverandør, som anvender en kombinationsklausul. Der kan være tale om en anden effektivitetsgevinst, når kombinationsklausulerne bidrager til at sikre en vis ensartethed og kvalitetsstandardisering (jf. punkt 14, litra h)). Det skal dog

godtgøres, at de positive virkninger ikke kan opnås lige så effektivt ved at forpligte køberen til at anvende eller videresælge produkter, der opfylder minimumskvalitetsstandarder, uden at køberen samtidig forpligtes til at aftage disse fra leverandøren eller en af denne udpeget person. Krav vedrørende minimumskvalitetsstandarder falder normalt ikke ind under artikel 101, stk. 1. Når leverandøren af det primære produkt pålægger køberen at købe det sekundære produkt hos bestemte leverandører, f.eks. fordi det er umuligt at fastlægge minimumskvalitetsstandarder, kan dette også falde uden for artikel 101, stk. 1, især hvis leverandøren af det primære produkt ikke opnår en direkte (finansiel) fordel ved at udpege leverandører af det sekundære produkt.