

NL

NL

NL

ONTWERPBEKENDMAKING VAN DE COMMISSIE

Richtsnoeren inzake verticale beperkingen

(Voor de EER relevante tekst)

INHOUD

| | Punten | Blz. |
|--|--------|------|
| I. INLEIDING | 1-7 | 3 |
| 1. Doel van de richtsnoeren | 1-4 | 3 |
| 2. Toepasselijkheid van artikel 81 op verticale overeenkomsten | 5-7 | 4 |
| II. VERTICALE OVEREENKOMSTEN DIE OVER HET ALGEMEEN BUITEN HET TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 81, LID 1, VALLEN | 8-22 | 4 |
| 1. Overeenkomsten van geringe betekenis en van mkb-bedrijven | 8-11 | 4 |
| 2. Agentuurovereenkomsten | 12-21 | 6 |
| 3. Toeleveringsovereenkomsten | 22 | 9 |
| III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING | 23-69 | 9 |
| 1. Door de Groepsvrijstellingsverordening gecreëerde “veilige zone” | 23 | 9 |
| 2. Toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening | 24-46 | 10 |
| 3. Hardekernbeperkingen in de Groepsvrijstellingsverordening | 47-60 | 18 |
| 4. Uitgesloten beperkingen in de Groepsvrijstellingsverordening | 61-65 | 24 |
| 5. Scheidbaarheid | 66-67 | 25 |
| 6. Verschillende producten die via hetzelfde distributiestelsel worden afgezet | 68-69 | 26 |
| IV. INTREKKING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING EN BUITENTOEPASSINGVERKLARING VAN DE VERORDENING | 70-81 | 26 |
| 1. Intrekkingsprocedure | 70-74 | 26 |
| 2. Buitentoe passingverklaring van de Groepsvrijstellingsverordening | 75-81 | 27 |
| V. MARKTBEPALING EN BEREKENING VAN HET | 82-91 | 29 |

| | | |
|---|---------|----|
| MARKTAANDEEL | | |
| 1. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt | 82 | 29 |
| 2. Relevante markt voor de berekening van de marktaandeeldrempel van 30% overeenkomstig de Groepsvrijstellingsverordening | 83-88 | 29 |
| 3. Berekening van marktaandelen overeenkomstig de Groepsvrijstellingsverordening | 89-91 | 31 |
| VI. HANDHAVINGSBELEID IN INDIVIDUELE ZAKEN | 92-226 | 31 |
| 1. Analysekamer | 92-123 | 31 |
| 1.1. Negatieve effecten van verticale beperkingen | 96-101 | 33 |
| 1.2. Positieve effecten van verticale beperkingen | 102-105 | 34 |
| 1.3. Methodiek van de analyse | 106-123 | 37 |
| 1.3.1. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 81, lid 1 | 107-117 | 38 |
| 1.3.2. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 81, lid 3 | 118-123 | 41 |
| 2. Analyse van specifieke verticale beperkingen | 124-226 | 43 |
| 2.1. Merke exclusiviteit | 125-146 | 43 |
| 2.2. Alleenverkoop | 147-163 | 48 |
| 2.3. Klantenexclusiviteit | 164-169 | 53 |
| 2.4. Selectieve distributie | 170-184 | 55 |
| 2.5. Franchising | 185-187 | 60 |
| 2.6. Exclusieve levering | 188-198 | 62 |
| 2.7. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen | 199-204 | 65 |
| 2.8. Categoriemanagementovereenkomsten | 205-209 | 66 |
| 2.9. Koppelverkoop | 210-218 | 67 |
| 2.10. Beperkingen betreffende de wederverkoop prijs | 219-225 | 69 |
| 2.11. Overige verticale beperkingen | 226 | 71 |

I. INLEIDING

1. Doel van de richtsnoeren

(1) In deze richtsnoeren worden de beginselen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan artikel 81 van het EG-Verdrag uiteengezet¹. Wat onder verticale overeenkomsten wordt verstaan, wordt omschreven in artikel 2, lid 1, van Verordening (EG) **[nieuwe verordening invoegen]** van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen² (hierna “de Groepsvrijstellingsverordening” genoemd) (zie de punten 24 t/m 46). Deze richtsnoeren laten de mogelijke parallelle toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op verticale overeenkomsten onverlet. De richtsnoeren zijn als volgt gestructureerd:

- in afdeling II (punten 8 t/m 22) wordt beschreven welke verticale overeenkomsten over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen;
- in afdeling III (punten 23 t/m 69) wordt de toepassing van de Groepsvrijstellingsverordening toegelicht;
- in afdeling IV (punten 70 t/m 81) worden de beginselen betreffende de intrekking van de groepsvrijstelling en de buitentoepassingverklaring van de Groepsvrijstellingsverordening uiteengezet;
- afdeling V (punten 82 t/m 91) betreft de marktafbakening en de berekening van het marktaandeel;
- in afdeling VI (punten 92 t/m 226) wordt een beschrijving gegeven van het algemene kader voor de analyse van individuele gevallen en het handhavingsbeleid van de Commissie ter zake.

(2) In deze richtsnoeren geldt de analyse steeds voor zowel goederen als diensten, hoewel bepaalde verticale beperkingen vooral bij de distributie van goederen worden toegepast. Verticale overeenkomsten kunnen ook zowel betrekking hebben op intermediaire als op finale goederen en diensten. Tenzij anders vermeld, gelden de analyse en argumenten in de tekst voor alle soorten goederen en diensten en voor alle handelsniveaus. Het begrip “producten” omvat zowel goederen als diensten. De begrippen “leverancier” en “afnemer” worden voor alle handelsniveaus gebruikt. Aangezien artikel 81 uitsluitend betrekking heeft op overeenkomsten tussen ondernemingen, zijn de Groepsvrijstellingsverordening en de richtsnoeren niet van toepassing op overeenkomsten met eindgebruikers die geen onderneming zijn.

(3) Met de publicatie van deze richtsnoeren wenst de Commissie ondernemingen te helpen bij hun eigen toetsing van verticale overeenkomsten aan de communautaire mededingingsregels. De in deze richtsnoeren beschreven criteria moeten worden toegepast met inachtneming van de specifieke omstandigheden van elke zaak. Dit sluit een mechanische toepassing uit. Elke zaak moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de eigen feitelijke toedracht ervan.

¹ Deze richtsnoeren vervangen de Bekendmaking van de Commissie – Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, PB C 291 van 13.10.2000, blz. 1-44.

² Verwijzing naar nieuwe groepsvrijstellingsverordening.

De Commissie kan deze bekendmaking van tijd tot tijd herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen of voortschrijdende inzichten.

(4) Deze richtsnoeren laten de uitlegging onverlet die het Gerecht van eerste aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kunnen geven met betrekking tot de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op verticale overeenkomsten.

2. Toepasselijkheid van artikel 81 op verticale overeenkomsten

(5) Artikel 81 van het EG-Verdrag is van toepassing op verticale overeenkomsten die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen (hierna “verticale beperkingen” genoemd)³. Artikel 81 biedt een passend wettelijk kader voor de beoordeling van verticale beperkingen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen concurrentiebeperkende en concurrentiebevorderende effecten: artikel 81, lid 1, verbiedt overeenkomsten die de mededinging op merkbare wijze beperken of vervalsen, terwijl artikel 81, lid 3, voorziet in een vrijstelling voor overeenkomsten die voldoende voordelen bieden om de concurrentiebeperkende effecten te compenseren⁴.

(6) De meeste verticale beperkingen kunnen alleen tot mededingingsproblemen leiden wanneer er op een of meer handelniveaus onvoldoende concurrentie is, d.w.z. wanneer er op leveranciers- of afnemersniveau, of op beide niveaus, sprake is van een zekere mate van marktmacht. Verticale beperkingen zijn doorgaans minder schadelijk dan horizontale beperkingen en kunnen aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren.

(7) Artikel 81 heeft tot doel te voorkomen dat ondernemingen ten koste van consumenten gebruikmaken van overeenkomsten – in dit geval verticale overeenkomsten – om de concurrentie op de markt te beperken. De beoordeling van verticale beperkingen is ook van belang in verband met de algemenere doelstelling om een geïntegreerde interne markt tot stand te brengen. Marktintegratie bevordert de mededinging in de Gemeenschap. Ondernemingen mogen geen particuliere belemmeringen tussen lidstaten opwerpen waar belemmeringen van overheidswege met succes zijn weggenomen.

II. VERTICALE OVEREENKOMSTEN DIE OVER HET ALGEMEEN BUITEN HET TOEPASSINGSGBIED VAN ARTIKEL 81, LID 1, VALLEN

1. Overeenkomsten van geringe betekenis en van mkb-bedrijven

(8) Overeenkomsten die niet van dien aard zijn dat zij de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden of ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op merkbare wijze wordt beperkt, vallen niet binnen het toepassingsgebied van

³ Zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig/Commissie, Jurispr. 1966, blz. 299 en in zaak 56/65, Technique Minière/Machinenbau Ulm, Jurispr. 1966, blz. 235, en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen in zaak T-77/92, Parker Pen/Commissie, Jurispr. 1994, blz. II-549.

⁴ Zie voor de algemene methode van de Commissie en haar interpretatie van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81, lid 1, en met name artikel 81, lid 3, de mededeling van de Commissie “Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag”, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97-118.

artikel 81, lid 1. De Groepsvrijstellingsverordening is alleen van toepassing op overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen. Deze richtsnoeren laten de toepassing van de huidige⁵ of een eventuele toekomstige de-minimisbekendmaking onverlet.

(9) Behoudens de in de de-minimisbekendmaking vastgestelde voorwaarden met betrekking tot hardekernbeperkingen (ook wel “hardcorerestricties” genoemd) en cumulatieve effecten, wordt er in het algemeen van uitgegaan dat verticale overeenkomsten die worden gesloten door niet-concurrerende ondernemingen waarvan het individuele marktaandeel op de relevante markt niet meer dan 15% bedraagt, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen⁶. Er bestaat geen vermoeden dat verticale overeenkomsten die worden gesloten door ondernemingen met een marktaandeel van meer dan 15%, ipso facto in strijd zijn met artikel 81, lid 1. Ook bij overeenkomsten tussen ondernemingen met een marktaandeel van meer dan 15% kan het voorkomen dat deze de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig beïnvloeden, noch de mededinging merkbaar beperken⁷. Dergelijke overeenkomsten moeten met inachtneming van de juridische en economische context ervan worden beoordeeld. De criteria voor de beoordeling van individuele overeenkomsten worden in de punten 92 tot en met 226 uiteengezet.

(10) Met betrekking tot in de de-minimisbekendmaking bedoelde hardekernbeperkingen kan artikel 81, lid 1, ook van toepassing zijn beneden de drempel van 15%, indien er sprake is van een merkbaar effect op de handel tussen lidstaten en op de mededinging. In dit verband is de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg relevant⁸. Er wordt ook op gewezen dat een beoordeling van de positieve en negatieve effecten van hardekernbeperkingen, zoals met name beschreven in punt 47 van de richtsnoeren, noodzakelijk kan zijn.

(11) Voorts is de Commissie van oordeel dat, behoudens cumulatieve effecten en hardekernbeperkingen, verticale overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen, zoals gedefinieerd in de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie⁹, zelden van dien aard zijn dat zij de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kunnen beïnvloeden of de mededinging op merkbare wijze beperken in de zin van artikel 81, lid 1, zodat zij over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen. In gevallen waarin dergelijke overeenkomsten wel aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 1, voldoen, zal de Commissie er in de regel van afzien een procedure in te leiden aangezien het belang van de Gemeenschap onvoldoende wordt geraakt, tenzij de betrokken ondernemingen collectief of individueel een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt innemen.

⁵ Zie de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13-15.

⁶ Voor overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen geldt een “de-minimisdrempel” van 10% voor het gezamenlijke marktaandeel op elke betrokken relevante markt.

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

⁸ Zie de arresten van het Hof van Justitie in zaak 5/69, Völk/Vervaecke, Jurispr. 1969, blz. 295, zaak 1/71, Cadillon/Höss, Jurispr. 1971, blz. 351 en zaak C-306/96, Javico/Yves Saint Laurent, Jurispr. 1998, blz. I-1983, punten 16 en 17.

⁹ PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36.

2. Agentuurovereenkomsten

i) Definitie van agentuurovereenkomsten

(12) Een agent is een natuurlijke of rechtspersoon die bevoegd is tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten namens een andere persoon (de principaal), hetzij op eigen naam van de agent hetzij op naam van de principaal, betreffende:

- de koop van goederen of diensten door de principaal; of
- de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten.

(13) De bepalende factor voor de definitie van een agentuurovereenkomst met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, is het financiële of commerciële risico dat de agent draagt in verband met de activiteiten waarvoor hij door de principaal als agent is aangewezen. Het is in dit verband niet van belang of de agent voor één principaal dan wel voor meerdere principalen handelt. Het is evenmin van belang welke kwalificatie door de partijen of in de nationale wetgeving aan de overeenkomst wordt gegeven.

(14) Voor de definitie van een agentuurovereenkomst met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, zijn drie soorten financiële of commerciële risico's van belang. Ten eerste zijn er de contractspecifieke risico's die rechtstreeks verband houden met de contracten waarover de agent onderhandelt en/of die hij sluit namens de principaal, zoals de financiering van het aanhouden van voorraden. Ten tweede zijn er de risico's die verband houden met marktspecifieke investeringen. Dit zijn investeringen die specifiek vereist zijn voor het type activiteit waarvoor de agent door de principaal is aangesteld, d.w.z. die noodzakelijk zijn om de agent in staat te stellen tot het onderhandelen over en/of het sluiten van het betrokken type contracten. Bij dergelijke investeringen gaat het gewoonlijk om "verzonken investeringen", d.w.z. dat de investering bij beëindiging van de activiteit op het betrokken gebied niet voor andere activiteiten kan worden gebruikt of slechts met aanzienlijk verlies kan worden verkocht. Ten derde zijn er de risico's die verband houden met andere activiteiten, zoals aftersales- of reparatiediensten of activiteiten op andere productmarkten, voor zover de principaal van de agent verlangt dat hij dergelijke activiteiten verricht – maar niet als agent namens de principaal – en voor zover deze activiteiten onmisbaar zijn om de contractgoederen of -diensten namens de principaal te kopen of verkopen¹⁰.

(15) Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, wordt een overeenkomst als agentuurovereenkomst beschouwd indien de agent geen of slechts minieme risico's draagt in verband met de contracten die hij sluit en/of waarover hij onderhandelt namens de principaal in verband met marktspecifieke investeringen voor het betrokken type activiteit en in verband met andere activiteiten die de principaal van hem verlangt en die onmisbaar zijn om als agent met betrekking tot de contractgoederen en -diensten op te treden. Risico's die met de bedrijvigheid van het verrichten van agentuurdiensten in het algemeen verband houden, zoals het risico dat het inkomen van de agent afhankelijk is van zijn succes als agent, of algemene investeringen in bijvoorbeeld bedrijfsruimte of personeel, zijn echter niet relevant voor deze beoordeling.

¹⁰ Zie het arrest van 15 september 2005 in zaak T-325/01, Daimler Chrysler/Commissie, het arrest van 14 december 2006 in zaak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA en het arrest van 11 september 2008 in zaak C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL.

(16) Voor de toepassing van artikel 81, lid 1, wordt een overeenkomst over het algemeen dus als agentuurovereenkomst beschouwd wanneer de eigendom van de gekochte of verkochte contractgoederen niet bij de agent berust of de agent niet zelf de contractdiensten verleent, en de agent:

- niet bijdraagt in de kosten in verband met de koop/levering van de contractgoederen of -diensten, met inbegrip van de kosten voor het vervoer van de goederen. Dit betekent niet dat de agent niet zelf de vervoersdienst mag verrichten, op voorwaarde dat de principaal hem hiervoor vergoedt;
- niet op eigen kosten of op eigen risico de contractgoederen in voorraad houdt. Tot deze kosten behoren de kosten voor de financiering van het aanhouden van de voorraden en de kosten in geval van verlies van voorraden. De agent moet niet-verkochte goederen zonder kosten naar de principaal kunnen terugzenden. Het voorgaande geldt voor zover de agent niet zelf een fout begaat (bijvoorbeeld door na te laten redelijke veiligheidsmaatregelen te treffen om verlies van voorraden te voorkomen);
- geen aansprakelijkheid jegens derden aanvaardt voor schade die door het verkochte product wordt veroorzaakt (productaansprakelijkheid), tenzij de agent in dit verband zelf schuld treft;
- geen aansprakelijkheid aanvaardt voor het geval dat de klant het contract niet naleeft, met uitzondering van het verlies van de provisie van de agent. Het voorgaande geldt voor zover de agent niet zelf een fout begaat (bijvoorbeeld door niet mee te werken aan redelijke veiligheidsmaatregelen of maatregelen ter voorkoming van diefstal of door geen passende stappen te ondernemen om diefstal aan de principaal of aan de politie te melden of door de principaal niet alle aan de agent beschikbare noodzakelijke informatie betreffende de financiële betrouwbaarheid van de klant te verstrekken);
- direct noch indirect verplicht is te investeren in verkoopbevordering, bijvoorbeeld door bij te dragen in het reclamebudget van de principaal;
- niet overgaat tot marktspecifieke investeringen in uitrusting, lokalen of personeelsopleiding, zoals bijvoorbeeld investeringen in de opslagtank voor de detailverkoop van benzine of de aanschaf van speciale software voor de verkoop van polissen door verzekeringsagenten;
- geen door de principaal verlangde aftersales-, reparatie- of garantiedienst opzet en/of verzorgt, tenzij deze diensten volledig worden vergoed door de principaal of tenzij deze diensten niet onmisbaar zijn om de contractgoederen of -diensten namens de principaal te kopen of verkopen¹¹;
- niet op andere (product)markten opereert, tenzij dit niet onmisbaar is om de contractgoederen of -diensten namens de principaal te kopen of verkopen.

¹¹ Zie het arrest van 15 september 2005 in zaak T-325/01, Daimler Chrysler/Commissie, punt 113. In dit punt stelt het Gerecht van eerste aanleg dat de risico's die de agent op zich neemt voor servicediensten in beginsel niet van belang zijn voor de beoordeling van de risico's voor de koop en verkoop van contractgoederen of -diensten namens de principaal. Deze risico's zijn echter wel relevant indien zij onmisbaar zijn om de contractgoederen of -diensten namens de principaal te kopen of verkopen.

(17) Deze lijst is niet uitputtend. Wanneer de agent echter een van de hierboven vermelde risico's of kosten draagt, wordt de overeenkomst tussen de agent en de principaal niet als agentuurovereenkomst beschouwd. Het vraagstuk van het risico moet in elk geval afzonderlijk worden beoordeeld, waarbij eerder naar de economische realiteit moet worden gekeken dan naar de rechtsvorm. Om praktische redenen kan de risicoanalyse beginnen met de beoordeling van de contractspecifieke risico's. Als de agent contractspecifieke risico's draagt, volstaat dit om te concluderen dat hij een onafhankelijke distributeur is. Als de agent daarentegen geen contractspecifieke risico's draagt, moet de analyse worden voortgezet door de risico's in verband met marktspecifieke investeringen te beoordelen. Als de agent noch contractspecifieke risico's, noch risico's in verband met marktspecifieke investeringen draagt, moeten ten slotte de risico's in verband met andere verlangde activiteiten, zoals service na verkoop, worden beoordeeld, voor zover deze activiteiten onmisbaar zijn om als agent namens de principaal op te treden.

ii) Toepassing van artikel 81, lid 1, op agentuurovereenkomsten

(18) Bij agentuurovereenkomsten, zoals hierboven gedefinieerd, maakt de koop- of verkoopfunctie van de agent deel uit van de activiteiten van de principaal. Omdat de principaal de commerciële en financiële risico's van de koop en verkoop van de contractgoederen en -diensten draagt, vallen alle verplichtingen van de agent in verband met de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit namens de principaal, buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1. De volgende verplichtingen van de agent zullen als inherent aan een agentuurovereenkomst worden beschouwd, omdat elk ervan betrekking heeft op de mogelijkheid voor de principaal om de activiteit van de agent in verband met de contractgoederen of -diensten af te bakenen, hetgeen van essentieel belang is wil de principaal, die de risico's moet dragen, in staat zijn de commerciële strategie te bepalen:

- beperkingen met betrekking tot het grondgebied waarop de agent de betrokken goederen of diensten mag verkopen;
- beperkingen met betrekking tot de klanten aan wie de agent de betrokken goederen of diensten mag verkopen;
- de prijs waarvoor en de voorwaarden waaronder de agent de betrokken goederen of diensten moet kopen of verkopen.

(19) Naast bepalingen betreffende de voorwaarden waaronder de agent de contractgoederen of -diensten namens de principaal moet kopen of verkopen, bevatten agentuurovereenkomsten vaak bepalingen die betrekking hebben op de relatie tussen de agent en de principaal. In het bijzonder kunnen zij bepalingen bevatten die de principaal verbieden met betrekking tot een bepaald type transactie, klant of grondgebied andere agenten aan te wijzen (exclusieveagentuurbepalingen), en/of een bepaling die de agent verbiedt te handelen als agent of distributeur van ondernemingen die met de principaal concurreren (merkexclusiviteitsbepalingen). Omdat de agent een afzonderlijke onderneming is die geen deel uitmaakt van de principaal, kunnen de bepalingen betreffende de relatie tussen de agent en de principaal in strijd zijn met artikel 81, lid 1. Exclusieveagentuurbepalingen hebben over het algemeen geen concurrentiebeperkende effecten. Merkexclusiviteitsbepalingen en na het einde van de overeenkomst geldende niet-concurrentiebedingen, die de concurrentie tussen merken betreffen, kunnen in strijd zijn met artikel 81, lid 1, indien zij leiden tot of bijdragen tot een (cumulatieve) afscherming van de relevante markt waarop de contractgoederen of -diensten worden gekocht of verkocht (zie met name afdeling VI.2.1). Dergelijke bepalingen

kunnen onder de Groepsvrijstellingsverordening vallen, met name wanneer aan de voorwaarden in artikel 5 van die verordening wordt voldaan. Zij kunnen ook op zichzelf gerechtvaardigd zijn op grond van efficiëntieverbeteringen overeenkomstig artikel 81, lid 3, bijvoorbeeld in de in de punten 140 tot en met 144 beschreven gevallen.

(20) Een agentuurovereenkomst kan ook binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen indien zij, ook al draagt de principaal alle relevante financiële en commerciële risico's, collusie vergemakkelijkt. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een aantal principalen dezelfde agenten aanwijzen en tegelijkertijd collectief anderen beletten van de diensten van die agenten gebruik te maken, of wanneer de principalen zich van de agenten bedienen om samen te spannen betreffende de marketingstrategie of om gevoelige marktinformatie uit te wisselen.

(21) Wanneer de agent alle in punt 16 beschreven risico's, of enkele ervan, draagt, wordt de overeenkomst tussen de agent en de principaal met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, niet als agentuurovereenkomst beschouwd. In dat geval wordt de agent behandeld als een onafhankelijke wederverkoper en is artikel 81, lid 1, op de overeenkomst van toepassing, zoals op elke andere verticale overeenkomst.

3. Toeleveringsovereenkomsten

(22) Bij toelevering verstrekt een opdrachtgever technologie of uitrusting aan een toeleverancier, die zich ertoe verbindt daarmee (uitsluitend) voor de opdrachtgever bepaalde producten te vervaardigen. Op toelevering is de bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 81, lid 1, van het Verdrag¹² van toepassing. Volgens deze bekendmaking, die van kracht blijft, vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten exclusief voor de opdrachtgever te vervaardigen, in de regel niet onder het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, mits de toeleverancier de technologie of uitrusting nodig heeft om de producten te vervaardigen. Andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling of het verbod om in het algemeen voor derden te produceren, kunnen echter wel onder het verbod van artikel 81 vallen¹³.

III. TOEPASSING VAN DE GROEPSVRIJSTELLINGSVERORDENING

1. Door de Groepsvrijstellingsverordening gecreëerde “veilige zone”

(23) De Groepsvrijstellingsverordening voert voor verticale overeenkomsten een vermoeden van wettigheid in dat afhankelijk is van het marktaandeel van de leverancier en de afnemer. Krachtens artikel 3 van de Groepsvrijstellingsverordening bepalen het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij de contractgoederen of -diensten verkoopt en het marktaandeel van de afnemer op de markt(en) waarop deze de contractgoederen of -diensten doorverkoopt of waarop deze de door hem met behulp van de contractgoederen of -diensten vervaardigde producten verkoopt, of de groepsvrijstelling van toepassing is. De groepsvrijstelling kan alleen van toepassing zijn als de marktaandelen van de leverancier en

¹² PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.

¹³ Zie punt 3 van de bekendmaking over toelevering.

de afnemer niet meer dan 30% bedragen. Zie afdeling V (punten 82 t/m 91) voor vraagstukken in verband met het marktaandeel.

2. Toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening

i) Definitie van verticale overeenkomsten

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

(25) Deze definitie omvat vier hoofdbestanddelen:

- de Groepsvrijstellingsverordening is van toepassing op overeenkomsten en onderling afgestemde praktijken. Zij is niet van toepassing op eenzijdige gedragingen van de betrokken ondernemingen. Dergelijke eenzijdige gedragingen vallen onder artikel 82 van het EG-Verdrag, dat misbruik van een machtspositie verbiedt. Er is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 81 wanneer de partijen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen. Het maakt niet uit in welke vorm die wilsovereenstemming tot uitdrukking wordt gebracht, als de wilsovereenstemming van de partijen maar getrouw wordt weergegeven. Wanneer de wilsovereenstemming niet in een expliciete overeenkomst tot uitdrukking wordt gebracht, moet de Commissie aantonen dat het eenzijdige beleid van de ene partij de instemming van de andere partij heeft. Voor verticale overeenkomsten kan de instemming met een bepaald eenzijdig beleid op twee manieren worden vastgesteld. Ten eerste kan de instemming worden afgeleid uit de bevoegdheden die aan de partijen worden toegekend in een tevoren gesloten algemene overeenkomst. Als in een tevoren gesloten overeenkomst is bepaald of toegestaan dat een partij later een specifiek eenzijdig beleid zal voeren dat bindend is voor de andere partij, kan op grond daarvan worden vastgesteld dat er sprake is van instemming door de andere partij¹⁴. Ten tweede kan de Commissie, als een dergelijke expliciete instemming ontbreekt, aantonen dat er sprake is van stilzwijgende instemming. Daarvoor moet eerst worden aangetoond dat de ene partij expliciet of impliciet van de andere partij verlangt dat zij medewerking aan de uitvoering van zijn eenzijdige beleid verleent en vervolgens dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdige beleid daadwerkelijk uit te voeren¹⁵. Als distributeurs bijvoorbeeld, nadat een leverancier een eenzijdige verminderde levering heeft aangekondigd om parallelhandel te voorkomen, onmiddellijk hun orders verminderen en geen parallelhandel meer drijven, betekent dit dat zij stilzwijgend instemmen met het eenzijdige beleid van de leverancier. Evenzo kan bij verticale overeenkomsten stilzwijgende instemming worden afgeleid uit de mate van dwang die een partij uitoefent om haar eenzijdige beleid aan de andere partij of partijen bij de overeenkomst op te leggen, in combinatie met het aantal distributeurs dat het eenzijdige beleid van de leverancier daadwerkelijk uitvoert. Zo wijst een systeem van controles en sancties, opgezet door een leverancier om distributeurs te straffen

¹⁴ Arrest van 13 juli 2006 in zaak C-74/04 P, Commissie/Volkswagen AG.

¹⁵ Arrest van 26 oktober 2000 in zaak T-41/96, Bayer AG/Commissie.

die zich niet naar zijn eenzijdige beleid schikken, op stilzwijgende instemming met het eenzijdige beleid van de leverancier indien dit systeem de leverancier in staat stelt zijn beleid in de praktijk toe te passen. De twee bovengenoemde manieren om de instemming vast te stellen kunnen worden gecombineerd;

- bij de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn twee of meer ondernemingen betrokken. Verticale overeenkomsten met eindgebruikers die niet als onderneming werkzaam zijn, vallen buiten het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening. Meer in het algemeen vallen overeenkomsten met eindgebruikers niet onder artikel 81, lid 1, omdat deze bepaling slechts van toepassing is op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen. Dit laat de mogelijke toepassing van artikel 82 van het Verdrag onverlet;
- bij de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn ondernemingen betrokken die, met het oog op de toepassing van de overeenkomst, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzaam zijn. Dit betekent bijvoorbeeld dat de ene onderneming een grondstof produceert die door de andere onderneming wordt verwerkt, of dat de eerste een producent is, de tweede een groothandelaar en de derde een detailhandelaar. Dit sluit niet uit dat een onderneming werkzaam is in meer dan één stadium van de productie- of distributieketen;
- de overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben betrekking op de voorwaarden waaronder de partijen – de leverancier en de afnemer – “bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen”. Hieruit blijkt dat het de bedoeling was de Groepsvrijstellingsverordening van toepassing te laten zijn op koop- en distributieovereenkomsten. Dit zijn overeenkomsten die betrekking hebben op de voorwaarden voor de koop, verkoop of wederverkoop van de door de leverancier geleverde goederen of diensten en/of op de voorwaarden voor de verkoop door de afnemer van de goederen of diensten waarin eerstbedoelde goederen of diensten zijn verwerkt. Voor de toepassing van de Groepsvrijstellingsverordening worden niet alleen de door de leverancier geleverde goederen of diensten maar ook de daaruit voortvloeiende goederen of diensten als contractgoederen of -diensten beschouwd. De Groepsvrijstellingsverordening is van toepassing op verticale overeenkomsten die betrekking hebben op om het even welke intermediaire en eindproducten (goederen en diensten). De enige uitzondering is de automobielsector, zolang daarvoor een specifieke groepsvrijstelling blijft gelden (zie Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie¹⁶). De door de leverancier geleverde goederen of diensten kunnen door de afnemer worden doorverkocht of kunnen door hem worden gebruikt om zelf zijn eigen goederen of diensten te produceren.

(26) De Groepsvrijstellingsverordening is ook van toepassing op goederen die worden gekocht en verkocht om aan derden te worden verhuurd. Huur- en leasingovereenkomsten als zodanig vallen echter niet onder de verordening, omdat er daarbij geen sprake is van verkoop van goederen of diensten door de leverancier aan de afnemer. De

¹⁶ PB L 203 van 31.7.2002, blz. 30.

Groepsvrijstellingsverordening geldt meer in het algemeen niet voor beperkingen of verplichtingen die geen betrekking hebben op de koop-, verkoop- of wederverkoopvoorwaarden, zoals een bepaling die partijen verbiedt onafhankelijke onderzoek en ontwikkeling te verrichten, die de partijen eventueel in een voor het overige verticale overeenkomst hebben opgenomen. Bovendien sluit artikel 2, leden 2 tot en met 5, van de Groepsvrijstellingsverordening bepaalde verticale overeenkomsten direct of indirect van het toepassingsgebied ervan uit.

ii) Verticale overeenkomsten tussen concurrenten

(27) Artikel 2, lid 4, van de Groepsvrijstellingsverordening sluit “verticale overeenkomsten gesloten tussen concurrerende ondernemingen” uitdrukkelijk van het toepassingsgebied ervan uit. Verticale overeenkomsten tussen concurrenten zijn, wat de mogelijkerwijs daaruit voortvloeiende collusie betreft, behandeld in de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten¹⁷. Wat de verticale aspecten ervan betreft moeten dergelijke overeenkomsten echter overeenkomstig deze richtsnoeren worden beoordeeld. Concurrerende ondernemingen worden in artikel 1, lid 1, onder a), van de Groepsvrijstellingsverordening gedefinieerd als “daadwerkelijke of potentiële leveranciers in dezelfde productmarkt”, ongeacht of zij al dan niet concurrenten op dezelfde geografische markt zijn. Concurrerende ondernemingen zijn ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële leveranciers zijn van de contractgoederen of -diensten of van goederen of diensten die substituten voor de contractgoederen of -diensten vormen. Een potentiële leverancier is een onderneming die niet daadwerkelijk een concurrerend product produceert, maar dit zonder de overeenkomst zou kunnen en het in geval van een kleine, duurzame relatieve prijsstijging waarschijnlijk ook zou doen. Dit is het geval wanneer de onderneming in staat is, en waarschijnlijk bereid zou zijn, de nodige bijkomende investeringen te doen om binnen een jaar met haar product op de markt te komen. Deze beoordeling moet op realistische gronden berusten; de louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden is ontoereikend¹⁸.

(28) Er bestaan twee uitzonderingen op de algemene uitsluiting van verticale overeenkomsten tussen concurrenten, die beide in artikel 2, lid 4, zijn opgenomen en betrekking hebben op niet-wederkerige overeenkomsten. Niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten vallen onder de Groepsvrijstellingsverordening 1) wanneer de leverancier een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer alleen een distributeur en niet tevens een producent van concurrerende goederen is, of 2) wanneer de leverancier een aanbieder van diensten is die op verschillende handelsniveaus opereert, terwijl de afnemer op detailhandelsniveau opereert en geen concurrerende diensten aanbiedt op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt. De eerste uitzondering betreft gevallen van duale distributie, d.w.z. gevallen waarin de producent van bepaalde goederen ook als distributeur van die goederen handelt in concurrentie met onafhankelijke distributeurs van zijn goederen. Een distributeur die een producent specificaties verstrekt voor de productie van bepaalde goederen onder de merknaam van de distributeur, wordt niet als de producent van deze onder zijn huismerk verkochte goederen beschouwd. De tweede uitzondering betreft soortgelijke gevallen van duale distributie, maar ditmaal van diensten, waarin de leverancier ook een aanbieder van producten is op het detailhandelsniveau waarop de afnemer opereert.

¹⁷ PB C 3 van 6.1.2001. Ook naar de komende herziening moet worden verwezen.

¹⁸ Zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5, punten 20 tot en met 24; het XIIIe Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, punt 55; en Beschikking 90/410/EEG van de Commissie in de zaak IV/32.009-Elopak/Metal Box-Odin, PB L 209 van 8.8.1990, blz. 15.

iii) Verenigingen van detailhandelaren

(29) Ingevolge artikel 2, lid 2, van de Groepsvrijstellingsverordening is de groepsvrijstelling van toepassing op verticale overeenkomsten, gesloten door een ondernemersvereniging die aan bepaalde voorwaarden voldoet, hetgeen betekent dat door alle andere verenigingen gesloten verticale overeenkomsten van het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening zijn uitgesloten. Verticale overeenkomsten, gesloten tussen een vereniging en haar leden of tussen een vereniging en haar leveranciers, vallen slechts onder de Groepsvrijstellingsverordening indien alle leden van de vereniging detailhandelaren in goederen (geen diensten) zijn en mits geen enkel individueel lid een omzet van meer dan 50 miljoen euro behaalt. Detailhandelaren zijn distributeurs die goederen aan eindgebruikers doorverkopen. Wanneer slechts een klein aantal leden van de vereniging een omzet van iets meer dan 50 miljoen euro behaalt, zal dit normaliter niets aan de beoordeling op grond van artikel 81 veranderen.

(30) Bij een ondernemersvereniging kan zowel sprake zijn van horizontale als van verticale overeenkomsten. De horizontale overeenkomsten moeten worden beoordeeld aan de hand van de beginselen in de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Indien deze beoordeling tot de conclusie leidt dat een bepaalde vorm van samenwerking tussen ondernemingen op het gebied van koop of verkoop aanvaardbaar is, zal een tweede beoordeling noodzakelijk zijn, namelijk een onderzoek naar de verticale overeenkomsten die de vereniging met haar leveranciers of met haar individuele leden sluit. Deze laatste beoordeling zal geschieden op grond van de bepalingen van de Groepsvrijstellingsverordening en deze richtsnoeren. Bijvoorbeeld, horizontale overeenkomsten gesloten tussen de leden van de vereniging of besluiten van de vereniging, zoals het besluit de leden te verplichten van de vereniging te kopen of het besluit tot toewijzing van exclusieve gebieden aan de leden, moeten eerst als een horizontale overeenkomst worden beoordeeld. Slechts indien deze beoordeling gunstig uitvalt, is een beoordeling van de verticale overeenkomsten tussen de vereniging en individuele leden of tussen de vereniging en leveranciers relevant.

iv) Verticale overeenkomsten met bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten

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

- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten deel uitmaken van een verticale overeenkomst, d.w.z. een overeenkomst die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen;
- de intellectuele-eigendomsrechten moeten worden overgedragen of met het oog op gebruik in licentie worden gegeven aan de afnemer;

- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten mogen niet het hoofdonderwerp van de overeenkomst vormen;
- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten rechtstreeks verband houden met het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten. In het geval van franchising, waarbij de exploitatie van de intellectuele-eigendomsrechten op marketing gericht is, worden de goederen of diensten door de master-franchisenemer of de franchisenemers gedistribueerd;
- de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten mogen, wat de contractgoederen of -diensten betreft, geen mededingingsbeperkingen omvatten die hetzelfde doel hebben als verticale beperkingen waarvoor op grond van de Groepsvrijstellingsverordening geen vrijstelling geldt.

(32) Deze voorwaarden zorgen ervoor dat de Groepsvrijstellingsverordening op verticale overeenkomsten van toepassing is indien het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten op efficiëntere wijze kan geschieden wanneer intellectuele-eigendomsrechten worden overgedragen of met het oog op gebruik in licentie worden gegeven aan de afnemer. Beperkingen met betrekking tot de overdracht of het gebruik van intellectuele-eigendomsrechten kunnen met andere woorden onder de Groepsvrijstellingsverordening vallen wanneer het hoofdonderwerp van de overeenkomst de koop of distributie van goederen of diensten is.

(33) De eerste voorwaarde maakt duidelijk dat de context waarin de intellectuele-eigendomsrechten ter beschikking worden gesteld, moet worden gevormd door een overeenkomst betreffende de koop of distributie van goederen of een overeenkomst betreffende de koop of verrichting van diensten, en niet door een overeenkomst betreffende de overdracht of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten met het oog op de productie van goederen of een zuivere licentieovereenkomst. De Groepsvrijstellingsverordening is bijvoorbeeld niet van toepassing op:

- een overeenkomst waarbij de ene partij de andere partij een recept ter beschikking stelt en haar een licentie op de productie van een volgens dit recept bereide drank verleent;
- een overeenkomst waarbij de ene partij de andere partij een matrijs of origineel ter beschikking stelt en haar een licentie op de productie en distributie van kopieën verleent;
- een zuivere licentieovereenkomst betreffende het gebruik van een merk of embleem met het oog op merchandising;
- een sponsorcontract, waarbij de betrokkene het recht verkrijgt in zijn reclame te vermelden dat hij de officiële sponsor van een evenement is;
- een licentieovereenkomst betreffende auteursrechten, zoals een overeenkomst betreffende het recht tot opname en/of uitzending van een evenement.

(34) De tweede voorwaarde maakt duidelijk dat de Groepsvrijstellingsverordening niet van toepassing is wanneer de intellectuele-eigendomsrechten door de afnemer ter beschikking van de leverancier worden gesteld, ongeacht of zij betrekking hebben op de wijze van productie of

distributie. Een overeenkomst betreffende de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten aan de leverancier, die mogelijkwijs beperkingen inzake de verkoop door de leverancier omvat, valt niet onder de Groepsvrijstellingsverordening. Dit betekent in het bijzonder dat de Groepsvrijstellingsverordening niet geldt bij uitbesteding waarbij knowhow aan een toeleverancier wordt overgedragen¹⁹. De Groepsvrijstellingsverordening geldt echter wel voor verticale overeenkomsten waarbij de afnemer de leverancier slechts specificaties met betrekking tot de te leveren goederen of diensten verstrekt.

(35) De derde voorwaarde maakt duidelijk dat, wil de Groepsvrijstellingsverordening van toepassing zijn, het hoofdonderwerp van de overeenkomst niet de overdracht of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten mag zijn. Het hoofdonderwerp moet de koop, verkoop of wederverkoop van goederen of diensten zijn en de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten moeten de uitvoering van de verticale overeenkomst vergemakkelijken.

(36) De vierde voorwaarde vereist dat de bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van goederen of diensten door de afnemer of zijn klanten vergemakkelijkt. De voor gebruik of wederverkoop geleverde goederen of diensten zijn gewoonlijk afkomstig van de licentiegever, maar kunnen ook door de licentienemer worden gekocht van een derde leverancier. De bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten zullen doorgaans de marketing van goederen of diensten betreffen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een franchiseovereenkomst wanneer de franchisegever de franchisenemer goederen voor wederverkoop verkoopt en hem daarenboven met het oog op de marketing van die goederen een licentie op het gebruik van zijn merk en knowhow verleent. Dit is ook het geval wanneer de leverancier van een concentraat de afnemer een licentie verleent om dit aan te lengen en het aldus verkregen product te bottelen alvorens het als drank te verkopen.

(37) De vijfde voorwaarde impliceert in het bijzonder dat de bepalingen betreffende de intellectuele-eigendomsrechten niet hetzelfde doel mogen hebben als een van de hardekernbeperkingen die in artikel 4 van de Groepsvrijstellingsverordening zijn opgesomd, of als een van de beperkingen waarop de Groepsvrijstellingsverordening volgens artikel 5 niet van toepassing is (zie de punten 47 t/m 65).

(38) Intellectuele-eigendomsrechten die kunnen worden geacht de uitvoering van verticale overeenkomsten in de zin van artikel 2, lid 3, van de Groepsvrijstellingsverordening te vergemakkelijken, hebben voornamelijk betrekking op drie grote gebieden: merken, auteursrechten en knowhow.

Merken

(39) Een aan een distributeur verleende merklicentie kan betrekking hebben op de distributie van de producten van de licentiegever in een bepaald gebied. Indien het een exclusieve licentie betreft, komt de overeenkomst neer op een alleenverkoopovereenkomst.

Auteursrechten

(40) De auteursrechthebbende kan wederverkopers van auteursrechtelijk beschermde goederen (boeken, software enz.) de verplichting opleggen deze slechts door te verkopen op

¹⁹ Zie de bekendmaking betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten, PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2.

voorwaarde dat de afnemer – hetzij een andere wederverkoper, hetzij de eindgebruiker – ertoe wordt verplicht geen inbreuk op het auteursrecht te plegen. Voor zover dergelijke verplichtingen opgelegd aan de wederverkoper binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, vallen, is de Groepsvrijstellingsverordening erop van toepassing.

(41) Overeenkomsten krachtens welke harde kopieën van software met het oog op wederverkoop worden geleverd en waarbij de wederverkoper geen licentie op rechten op de software verwerft maar slechts gerechtigd is de harde kopieën door te verkopen, moeten voor de toepassing van de Groepsvrijstellingsverordening worden beschouwd als overeenkomsten inzake de levering van goederen met het oog op wederverkoop. Bij deze vorm van distributie is er slechts sprake van licentiëring van de software tussen de auteursrechthebbende en de gebruiker van de software. Dit kan de vorm aannemen van een zogenoemde shrink-wraplicentie (krimpfolielicentie), hetgeen wil zeggen dat in de verpakking van de harde kopie een aantal voorwaarden zijn opgenomen die de eindgebruiker door het openen van de verpakking wordt geacht te aanvaarden.

(42) Afnemers van hardware waarin auteursrechtelijk beschermde software is vervat, kunnen door de auteursrechthebbende ertoe worden verplicht geen inbreuk op het auteursrecht te plegen. Aldus kan het hun worden verboden kopieën van de software te maken en die door te verkopen of kopieën te maken en de software te gebruiken in combinatie met andere hardware. Voor zover dergelijke gebruiksbependingen binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, vallen, is de Groepsvrijstellingsverordening erop van toepassing.

Knowhow

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

(44) Licenties in franchiseovereenkomsten vallen onder de Groepsvrijstellingsverordening indien aan alle vijf in punt 31 opgesomde voorwaarden is voldaan. Dit is gewoonlijk het geval, daar bij de meeste franchiseovereenkomsten, met inbegrip van master-franchiseovereenkomsten, de franchisegever de franchisenemer goederen en/of diensten verstrekt, in het bijzonder diensten op het gebied van commerciële of technische bijstand. De intellectuele-eigendomsrechten helpen de franchisenemer de door de franchisegever of een door hem aangewezen leverancier geleverde producten door te verkopen of deze producten te gebruiken en de daaruit voortvloeiende goederen of diensten te verkopen. Wanneer de franchiseovereenkomst uitsluitend of hoofdzakelijk het in licentie geven van intellectuele-eigendomsrechten betreft, valt zij niet onder de Groepsvrijstellingsverordening, maar de Commissie zal er in de regel de in de Groepsvrijstellingsverordening en in deze richtsnoeren uiteengezette beginselen op toepassen.

(45) De volgende verplichtingen in verband met intellectuele-eigendomsrechten worden over het algemeen als noodzakelijk beschouwd om de intellectuele-eigendomsrechten van de

franchisegever te beschermen, en vallen, indien artikel 81, lid 1, erop van toepassing is, eveneens binnen de werkingssfeer van de Groepsvrijstellingsverordening:

- a) een verplichting van de franchisenemer om direct noch indirect een soortgelijke bedrijfsactiviteit uit te oefenen;
- b) een verplichting van de franchisenemer om geen financiële belangen in een concurrerende onderneming te verwerven, die hem de macht zouden geven het economische gedrag van die onderneming te beïnvloeden;
- c) een verplichting van de franchisenemer om de hem door de franchisegever verstrekte knowhow niet aan derden bekend te maken zolang deze knowhow niet tot het publieke domein is gaan behoren;
- d) een verplichting van de franchisenemer om de franchisegever alle bij de exploitatie van de franchise opgedane ervaring mede te delen en hem en de andere franchisenemers een niet-exclusieve licentie op de uit deze ervaring voortvloeiende knowhow te verlenen;
- e) een verplichting van de franchisenemer om de franchisegever in kennis te stellen van inbreuken op de in licentie gegeven intellectuele-eigendomsrechten, in rechte op te treden tegen inbreukplegers of de franchisegever bij rechtsvorderingen tegen inbreukplegers bijstand te verlenen;
- f) een verplichting van de franchisenemer om de hem door de franchisegever in licentie gegeven knowhow niet te gebruiken voor andere doeleinden dan de exploitatie van de franchise;
- g) een verplichting van de franchisenemer om de in de franchiseovereenkomst vervatte rechten en verplichtingen niet zonder toestemming van de franchisegever aan anderen over te dragen.

v) Verhouding tot andere verordeningen betreffende groepsvrijstellingen

(46) Artikel 2, lid 5, van de Groepsvrijstellingsverordening bepaalt dat deze verordening “niet van toepassing [is] op verticale overeenkomsten waarvan het onderwerp binnen het toepassingsbereik van andere groepsvrijstellingsverordeningen valt”. Dit betekent dat de Groepsvrijstellingsverordening niet geldt voor verticale overeenkomsten die binnen de werkingssfeer vallen van Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie²⁰ betreffende technologieoverdracht, Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie²¹ betreffende de autoverkoop, en de Verordeningen (EG) nr. 2658/2000²² en (EG) nr. 2659/2000²³ waarbij een

²⁰ Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, PB L 123 van 27.4.2004, blz. 11-17.

²¹ Verordening (EG) nr. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, PB L 203 van 1.8.2002, blz. 30.

²² Verordening (EG) nr. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, PB L 304 van 5.12.2000, blz. 3.

vrijstelling wordt verleend voor in samenhang met horizontale overeenkomsten gesloten verticale overeenkomsten, of eventuele toekomstige verordeningen van dien aard.

3. Hardekernbeperkingen in de Groepsvrijstellingsverordening

(47) Artikel 4 van de Groepsvrijstellingsverordening bevat een lijst van hardekernbeperkingen die tot gevolg hebben dat de verticale overeenkomst in haar geheel van de werkingssfeer van de Groepsvrijstellingsverordening is uitgesloten²⁴. De opname van een dergelijke hardekernbeperking in een overeenkomst schept het vermoeden dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt. Ook schept dit het vermoeden dat de overeenkomst waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, beantwoordt en dat de groepsvrijstelling bijgevolg niet van toepassing is. Dit is echter een weerlegbaar vermoeden, dat er niet aan in de weg staat dat ondernemingen zich in individuele gevallen krachtens artikel 81, lid 3, kunnen beroepen op efficiëntieverbeteringen²⁵. Als ondernemingen aantonen dat de opname van de hardekernbeperking in de overeenkomst waarschijnlijk efficiëntieverbeteringen zal opleveren en dat in het algemeen aan alle voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan, mag de Commissie zich niet slechts op een vermoeden baseren, maar moet zij een feitelijke beoordeling maken van de waarschijnlijke negatieve effecten op de mededinging, alvorens definitief te beoordelen of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan²⁶.

(48) De in artikel 4, onder a), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven hardekernbeperking betreft verticale prijsbinding, d.w.z. overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederkoop prijs of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen. In het geval van contractuele bepalingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de wederverkoop prijs direct wordt vastgesteld, is de beperking evident. Prijsbinding kan echter ook indirect worden bereikt. Voorbeelden hiervan zijn een overeenkomst waarbij de marge van de distributeur wordt vastgesteld, een overeenkomst waarbij het maximumniveau wordt vastgesteld van de kortingen die de distributeur ten opzichte van een bepaald prijsniveau mag toekennen, het van het in acht nemen van een bepaald prijsniveau afhankelijk stellen van de toekenning van kortingen of de terugbetaling van promotiekosten door de leverancier, het koppelen van de opgelegde wederverkoop prijs aan de wederverkoop prijzen van concurrenten, bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties, vertraging of opschorting van leveringen of beëindiging van overeenkomsten, wanneer dit verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. De doeltreffendheid van directe of indirecte maatregelen om prijsbinding te bewerkstelligen, kan worden verhoogd

²³ Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, PB L 304 van 5.12.2000, blz. 7.

²⁴ Deze lijst van hardekernbeperkingen is van toepassing op verticale overeenkomsten die betrekking hebben op de handel binnen de Gemeenschap. Zie voor verticale overeenkomsten die betrekking hebben op uitvoer naar of invoer/wederinvoer vanuit landen buiten de Gemeenschap, het arrest in zaak C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Jurispr. 1998, blz. I-1983.

²⁵ Zie met name de punten 102 tot en met 105, waarin een algemene beschrijving wordt gegeven van de mogelijke efficiëntieverbeteringen in verband met verticale beperkingen, en afdeling VI.2.2.10 betreffende wederverkoop prijsbeperkingen. Zie voor algemene richtsnoeren hieromtrent de in voetnoot 4 genoemde mededeling "Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag".

²⁶ De twee afzonderlijke juridische stappen die hier zijn beschreven, kunnen in de praktijk in een iteratief proces plaatsvinden, waarbij de partijen en de autoriteit in verschillende stappen hun argumenten uitbreiden en verbeteren.

door deze te combineren met maatregelen die erop gericht zijn distributeurs die beneden de prijs verkopen, op het spoor te komen, zoals de invoering van een prijscontrolesysteem of het opleggen aan de wederverkopers van de verplichting om te melden wanneer andere leden van het distributienet van het standaardprijsniveau afwijken. De doeltreffendheid van directe of indirecte prijsbinding kan ook worden verhoogd door deze te combineren met maatregelen die de prikkel voor de afnemer om de wederverkoopprijs te verlagen, kunnen verzwakken; zo kan de leverancier een adviesprijs op het product aanbrenge van of kan hij de afnemer verplichten een clause van meestbegunstigde klant toe te passen. Dezelfde indirecte en "ondersteunende" maatregelen kunnen worden gebruikt om ervoor te zorgen dat de vaststelling van maximumprijzen of adviesprijzen hetzelfde effect heeft als de oplegging van vaste prijzen. De toepassing van een bepaalde steunmaatregel of de verstrekking van een lijst met adviesprijzen of maximumprijzen door de leverancier aan de afnemer wordt echter op zichzelf niet geacht tot prijsbinding te leiden.

(49) Bij agentuurovereenkomsten stelt de principaal gewoonlijk de verkoopprijs vast, omdat de agent geen eigenaar van de goederen wordt. Wanneer een dergelijke overeenkomst echter met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, niet als agentuurovereenkomst kan worden beschouwd (zie de punten 12 t/m 21), vormt een bepaling die de agent verbiedt, of diens mogelijkheid beperkt, om zijn vaste of variabele provisie met zijn klant te delen, een harde kernbeperking in de zin van artikel 4, onder a), van de Groepsvrijstellingsverordening. Om te voorkomen dat deze harde kernbeperking in de overeenkomst wordt opgenomen, moet het de agent daarom blijven vrijstaan de daadwerkelijk aan zijn klant aangerekende prijs te verlagen, zonder dat hierdoor de inkomsten van de principaal dalen²⁷.

(50) De in artikel 4, onder b), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven harde kernbeperking betreft overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de verkoop door een afnemer die partij is bij de overeenkomst, of zijn klanten, te beperken, voor zover deze beperkingen verband houden met het gebied waarin of de klanten aan wie de afnemer of zijn klanten de contractgoederen of -diensten mogen verkopen. Deze harde kernbeperking heeft betrekking op marktverdeling door de toewijzing van gebieden of klantenkringen. Dit kan het resultaat zijn van directe verplichtingen, zoals de verplichting om niet aan bepaalde klanten of niet aan klanten in bepaalde gebieden te verkopen of de verplichting om bestellingen van die klanten door te geven aan andere distributeurs. Het kan ook het resultaat zijn van indirecte maatregelen die erop gericht zijn de distributeur aan te sporen niet aan dergelijke klanten te verkopen, zoals weigering of verlaging van bonussen of kortingen, beëindiging van levering, vermindering van de geleverde hoeveelheden of beperking van de geleverde hoeveelheden tot de vraag binnen het toegewezen gebied of de toegewezen klantenkring, dreiging met opzegging van het contract of oplegging van de verplichting winst over te dragen. Voorts kan het resultaat zijn van het feit dat de leverancier geen garantie verleent die in de hele Gemeenschap geldt en op grond waarvan alle distributeurs in de regel verplicht zijn de garantiedienst te verlenen en voor die dienst door de leverancier worden vergoed, zelfs als het om producten gaat die door andere distributeurs in hun gebied zijn verkocht. Deze praktijken zullen met nog grotere waarschijnlijkheid als een beperking van de verkoop door de afnemer worden aangemerkt wanneer zij gepaard gaan met de toepassing door de leverancier van een controlesysteem dat erop gericht is de daadwerkelijke bestemming van de geleverde goederen te traceren (bv. door het gebruik van verschillende etiketten of serienummers). In een individueel geval kan een

²⁷ Zie bv. Beschikking 91/562/EEG van de Commissie (zaak IV/32.737 - Eirpage), PB L 306 van 7.11.1991, blz. 22, inzonderheid punt 6.

aan alle distributeurs opgelegd verbod om aan bepaalde eindgebruikers te verkopen echter niet alleen op grond van efficiëntieverbeteringen krachtens artikel 81, lid 3, van het Verdrag te verdedigen zijn, maar bovendien objectief noodzakelijk zijn²⁸ en buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, van het Verdrag vallen. In dat geval zal een dergelijk verbod niet als een harde kernbeperking worden beschouwd als het de concurrentie die zonder dit verbod zou heersen, niet beperkt gezien de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst van kracht is, zoals een openbaar verbod op de verkoop van gevaarlijke stoffen aan bepaalde klanten omwille van de veiligheid of gezondheid. Dit impliceert dat ook de leverancier zelf niet aan die klanten mag verkopen. Verplichtingen van de wederverkoper in verband met het tonen van het merk van de leverancier worden evenmin als harde kernbeperkingen aangemerkt. Omdat artikel 4, onder b), uitsluitend betrekking heeft op beperkingen betreffende de verkoop door de afnemer of zijn klanten, zijn beperkingen betreffende de verkoop door de leverancier geen harde kernbeperking, behoudens hetgeen hieronder ten aanzien van de verkoop van vervangingsonderdelen in het kader van artikel 4, onder e), van de Groepsvrijstellingsverordening wordt opgemerkt.

(51) Er zijn vier uitzonderingen op de in artikel 4, onder b), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven harde kernbeperking. De eerste uitzondering houdt in dat de leverancier de actieve verkoop door een afnemer die een partij is bij de overeenkomst in een gebied dat of aan een klantenkring die op basis van exclusiviteit aan een andere afnemer is toegewezen of door de leverancier voor zichzelf is gereserveerd, mag beperken. Een gebied of klantenkring geldt als exclusief toegewezen wanneer de leverancier afsprekt zijn product maar aan één distributeur te leveren met het oog op distributie in een bepaald gebied of aan een bepaalde klantenkring en de exclusieve distributeur beschermd wordt tegen actieve verkoop in zijn gebied of aan zijn klantenkring door de leverancier en door alle andere afnemers van de leverancier in de Gemeenschap. De leverancier mag de toewijzing van een exclusief gebied en de toewijzing van een exclusieve klantenkring met elkaar combineren en bijvoorbeeld in een bepaald gebied een exclusieve distributeur voor een bepaalde klantenkring aanwijzen. In geval van een dergelijke bescherming van op basis van exclusiviteit toegewezen gebieden of klantenkringen moet echter passieve verkoop in dergelijke gebieden of aan dergelijke klantenkringen toegestaan zijn. Voor de toepassing van artikel 4, onder b), van de Groepsvrijstellingsverordening omschrijft de Commissie actieve en passieve verkoop als volgt:

- onder “actieve verkoop” wordt verstaan het op eigen initiatief benaderen van individuele klanten, bijvoorbeeld door hen rechtstreeks aan te schrijven, een ongevraagde e-mail te sturen of te bezoeken; dan wel het op eigen initiatief benaderen van een specifieke klantenkring of van klanten in een specifiek gebied door middel van specifiek op hen gerichte reclame in de media of andere vormen van promotie of door een opslagplaats of verkooppunt in dat gebied op te richten;
- onder “passieve verkoop” wordt verstaan het ingaan op spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van het leveren van goederen of diensten aan die klanten. Algemene reclame of promotie in de media en op internet die klanten in de (exclusieve) gebieden of klantenkringen van andere distributeurs bereikt, maar die een redelijke manier is om klanten buiten die gebieden of klantenkringen te bereiken, bijvoorbeeld om klanten binnen het eigen gebied te bereiken, wordt beschouwd als

²⁸ Zie punt 18 van de mededeling van de Commissie “Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag”, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97-118.

passieve verkoop. Algemene reclame of promotie wordt een redelijke manier geacht om dergelijke klanten te bereiken wanneer deze investeringen voor de afnemer ook aantrekkelijk zouden zijn wanneer daarmee geen klanten in de (exclusieve) gebieden of klantenkringen van andere distributeurs zouden worden bereikt.

(52) Elke distributeur moet ongehinderd van internet gebruik kunnen maken om producten aan te prijzen of te verkopen. Een beperking van het gebruik van internet door distributeurs die partij zijn bij de overeenkomst kan alleen verenigbaar zijn met de Groepsvrijstellingsverordening voor zover de promotie of verkoop via internet tot actieve verkoop in, bijvoorbeeld, de exclusieve gebieden of klantenkringen van andere distributeurs zou leiden. Het gebruik van internet wordt in de regel niet als een vorm van actieve verkoop in dergelijke gebieden of klantenkringen beschouwd, omdat het een redelijke manier is om klanten in het algemeen te bereiken. Dat dit buiten het eigen gebied of de eigen klantenkring effect kan hebben, vloeit voort uit de technologie, met name uit de gemakkelijke universele toegankelijkheid. Wanneer een klant de website van een distributeur bezoekt en die distributeur benadert en wanneer dat contact tot een verkoop met inbegrip van levering leidt, wordt dit als passieve verkoop beschouwd. Welke taal op de website of in het contact wordt gebruikt, doet hierbij gewoonlijk niet ter zake. De Commissie beschouwt bijvoorbeeld het volgende als hardekernbeperkingen ten aanzien van passieve verkoop:

- de verplichting voor een (exclusieve) distributeur om te verhinderen dat in een ander (exclusief) gebied gevestigde klanten zijn website bezoeken of om klanten op zijn website automatisch door te sturen naar de websites van de producent of van andere (exclusieve) distributeurs;
- de verplichting voor een (exclusieve) distributeur om transacties van klanten via internet af te breken zodra uit de creditcardgegevens blijkt dat hun adres niet binnen het (exclusieve) gebied van de distributeur valt;
- de verplichting voor een distributeur om het aandeel van de internetverkoop in de totale verkoop te beperken²⁹;
- de verplichting voor een distributeur om voor producten die online worden doorverkocht een hogere prijs te betalen dan voor producten die offline worden doorverkocht³⁰.

(53) In de regel wordt een website niet als een vorm van actieve verkoop aan bepaalde klanten beschouwd, tenzij de site specifiek op die klanten gericht is. Onlinereclame die specifiek op bepaalde klanten gericht is, beschouwt de Commissie bijvoorbeeld als een vorm van actieve verkoop aan deze klanten.

²⁹ Dit belet niet dat de leverancier van de afnemer verlangt dat hij ten minste een bepaalde absolute hoeveelheid producten (in waarde of in volume uitgedrukt) offline verkoopt om een doeltreffende werking van zijn fysieke winkel te waarborgen, zonder de onlineverkoop van de distributeur te beperken, noch dat de leverancier waarborgt dat de onlineactiviteit van de distributeur binnen het distributiemodel van de leverancier past (zie de punten 54 t/m 57). Deze minimumhoeveelheid voor offlineverkoop kan gelijk zijn voor alle afnemers of voor elke afnemer afzonderlijk worden vastgesteld op basis van objectieve criteria, zoals de omvang van de afnemer binnen het netwerk of zijn geografische locatie.

³⁰ Dit belet niet dat de leverancier de afnemer een vaste vergoeding aanbiedt om zijn offline- of onlineverkoopinspanningen te steunen.

(54) Niettemin kan de leverancier in het kader van de groepsvrijstelling kwaliteitsnormen opleggen voor het gebruik van een internetsite voor het doorverkopen van zijn goederen, zoals hij dit ook kan voor een winkel of voor reclame en promotie in het algemeen. Dit laatste kan in het bijzonder van belang zijn voor selectieve distributie, waarbij de leverancier in het kader van de groepsvrijstelling van zijn distributeurs kan verlangen dat zij een fysieke winkel of showroom hebben voordat zij tot onlinedistributie mogen overgaan. Dezelfde overwegingen gelden voor catalogusverkoop. In een individueel geval kan een absoluut verbod op internet- of catalogusverkoop niet alleen op grond van efficiëntieverbeteringen krachtens artikel 81, lid 3, van het Verdrag te verdedigen zijn, maar bovendien objectief noodzakelijk zijn en buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, van het Verdrag vallen. In dat geval zal een dergelijk verbod niet als een hardekernbeperking worden beschouwd als het de concurrentie die zonder dit verbod zou heersen, niet beperkt gezien de specifieke omstandigheden waarin de overeenkomst van kracht is, zoals wanneer het bedoeld is om een openbaar verbod op de verkoop van gevaarlijke stoffen via internet omwille van de veiligheid of gezondheid na te leven. De leverancier mag in geen geval het recht op verkoop en/of reclame via internet aan zichzelf voorbehouden.

(55) Er zijn nog drie uitzonderingen op de in artikel 4, onder b), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven hardekernbeperking. Deze drie uitzonderingen gelden voor de beperking van zowel de actieve als de passieve verkoop. De eerste uitzondering staat beperkingen toe waarmee wordt voorkomen dat groothandelaren aan eindgebruikers verkopen, waardoor de leverancier een scheiding tussen de groothandel en de detailhandel kan aanbrengen. De tweede uitzondering staat beperkingen toe waarmee leveranciers voorkomen dat erkende distributeurs binnen een selectief distributiestelsel op markten waar een dergelijk stelsel wordt toegepast aan niet-erkende distributeurs verkopen, ongeacht het handelsniveau. De derde uitzondering staat beperkingen toe waarmee leveranciers voorkomen dat afnemers voor montage geleverde onderdelen aan concurrenten van de leverancier doorverkopen. Onder “onderdelen” worden alle intermediaire goederen verstaan en met “montage” wordt het gebruik van een input voor de productie van goederen bedoeld.

(56) Een distributeur die een nieuw merk als eerste gaat verkopen of een bestaand merk als eerste op een nieuwe markt gaat verkopen en dus feitelijk zorgt voor een toetreding tot de desbetreffende markt, kan belangrijke investeringen moeten doen om de nieuwe markt, waar voordien geen vraag naar dat type product in het algemeen of naar dat type product van de betrokken producent bestond, op te zetten en/of te ontwikkelen. Dergelijke uitgaven zijn veelal verzonken kosten en in dergelijke omstandigheden is het zeer goed mogelijk dat de distributeur alleen bereid is de distributieovereenkomst te sluiten als hij gedurende een bepaalde tijd beschermd wordt tegen (actieve en) passieve verkoop in zijn gebied of aan zijn klantengroep door andere distributeurs. Daarom vallen beperkingen van de passieve verkoop door andere distributeurs in een dergelijk gebied of aan een dergelijke klantenkring gedurende de eerste twee jaar waarin de distributeur de contractgoederen of -diensten in dat gebied of aan die klantenkring verkoopt, over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, wanneer de distributeur belangrijke investeringen moet doen om de nieuwe markt op te zetten en/of te ontwikkelen.

(57) De in artikel 4, onder c), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven hardekernbeperking sluit beperkingen van de actieve of passieve verkoop aan al dan niet professionele eindgebruikers door leden van een selectief distributiestelsel uit, zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een lid van het stelsel te verbieden vanuit een niet-erkende plaats van vestiging werkzaam te zijn. Dit betekent dat aan de distributeurs die deel uitmaken

van een selectief distributiestelsel als omschreven in artikel 1, lid 1, onder c), van de Groepsvrijstellingsverordening, binnen het gebied waar de leverancier zijn selectieve distributiestelsel(s) toepast, geen beperkingen mogen worden opgelegd met betrekking tot de gebruikers aan wie zij mogen verkopen, noch met betrekking tot de namens die gebruikers als koper handelende agenten. Binnen een selectief distributiestelsel moeten de wederverkopers ongehinderd actief of passief producten kunnen verkopen aan alle eindgebruikers, ook via internet. Daarom beschouwt de Commissie alle verplichtingen die erkende wederverkopers ontmoedigen om internet te gebruiken doordat de criteria voor onlineverkoop niet equivalent zijn aan de criteria voor verkoop in de fysieke winkel, als hardekernbeperkingen. Dit betekent niet dat de criteria voor onlineverkoop gelijk moeten zijn aan de criteria voor offlineverkoop, maar dat zij dezelfde doelstellingen en vergelijkbare resultaten moeten hebben en dat het verschil tussen de criteria gerechtvaardigd moet zijn door de verschillende aard van beide distributiewijzen³¹.

(58) Dit betekent tevens dat selectieve distributie niet met alleenverkoop mag worden gecombineerd als dat tot een beperking van de actieve of passieve verkoop door de wederverkopers zou leiden, al mogen aan de wederverkoper wel beperkingen worden opgelegd met betrekking tot de keuze van de plaats van vestiging van zijn bedrijf. Het kan erkende wederverkopers worden verboden hun bedrijf vanuit verschillende vestigingen uit te oefenen of een nieuw verkooppunt op een andere locatie te openen. In dit verband mag het gebruik van internet niet worden gelijkgesteld aan de opening van een nieuw verkooppunt op een andere locatie. Voor de exploitatie van mobiele verkooppunten (bv. rijdende winkels) kan een gebied worden afgebakend waarbuiten niet mag worden verkocht. Bovendien kan de leverancier zich ertoe verbinden in een bepaald deel van het gebied waar het selectieve distributiestelsel wordt toegepast, slechts aan één of een beperkt aantal wederverkopers te leveren.

(59) De in artikel 4, onder d), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven hardekernbeperking betreft de beperking van onderlinge leveringen tussen erkende distributeurs binnen een selectief distributiestelsel. Dit betekent dat een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging direct noch indirect tot doel mag hebben de actieve of passieve verkoop van de contractproducten tussen de erkende distributeurs te verbieden of te beperken. Het moet de erkende distributeurs vrijstaan de contractproducten te betrekken van andere erkende distributeurs binnen het net die op hetzelfde of op een ander handelsniveau werkzaam zijn. Dit betekent dat selectieve distributie niet mag worden gecombineerd met verticale beperkingen die erop gericht zijn distributeurs te dwingen de contractproducten uitsluitend uit een bepaalde bron te betrekken. Het houdt tevens in dat binnen een selectief distributienet aan erkende groothandelaren geen beperkingen mogen worden opgelegd met betrekking tot hun verkoop van het product aan erkende detailhandelaren.

³¹ Dit kan met de volgende voorbeelden worden geïllustreerd:

- om verkoop aan niet-erkende wederverkopers te vermijden, kan een leverancier van zijn geselecteerde wederverkopers eisen dat zij niet meer dan een bepaalde hoeveelheid contractproducten aan individuele eindgebruikers verkopen. Deze eis kan voor onlineverkoop strenger of minder streng zijn, wanneer de producten voor niet-erkende wederverkopers gemakkelijker, respectievelijk moeilijker, via internet te verkrijgen zijn dan in een fysieke winkel;
- om een snelle levering van contractproducten te waarborgen, kan een leverancier voor offlineverkoop eisen dat de producten onmiddellijk worden geleverd. Wanneer voor onlineverkoop geen identieke eis kan worden opgelegd, mag de leverancier voor deze verkoop bepaalde haalbare leveringstermijnen vastleggen.

(60) De in artikel 4, onder e), van de Groepsvrijstellingsverordening beschreven harde kernbeperking betreft overeenkomsten die het eindgebruikers, onafhankelijke herstellende en dienstverrichters bemoeilijken of verhinderen vervangingsonderdelen rechtstreeks van de producent van die onderdelen te kopen. Een overeenkomst tussen een producent van (vervangings)onderdelen en een afnemer die deze onderdelen in zijn eigen producten verwerkt (Original Equipment Manufacturer; OEM-producent) mag direct noch indirect de verkoop van deze onderdelen door de producent aan eindgebruikers, onafhankelijke herstellende of dienstverrichters beperken of verbieden. Er kan met name sprake zijn van indirecte beperkingen wanneer de leverancier van de vervangingsonderdelen wordt belemmerd de technische informatie en de speciale uitrusting te leveren die gebruikers, onafhankelijke herstellende of dienstverrichters nodig hebben om die onderdelen te gebruiken. In de overeenkomst mogen echter wel beperkingen worden gesteld aan de levering van vervangingsonderdelen aan herstellende of dienstverrichters aan wie de OEM-producent de reparatie of het onderhoud van zijn eigen producten heeft toevertrouwd. De OEM-producent kan met andere woorden van de leden van zijn eigen reparatie- en onderhoudsnet eisen dat zij alleen bij hem vervangingsonderdelen kopen.

4. Uitgesloten beperkingen in de Groepsvrijstellingsverordening

(61) Artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening sluit bepaalde verplichtingen van het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening uit, zelfs wanneer de marktaandeeldrempel niet wordt overschreden. De Groepsvrijstellingsverordening blijft echter van toepassing op het resterende gedeelte van de verticale overeenkomst indien dat gedeelte kan worden gescheiden van de verplichtingen waarvoor de vrijstelling niet geldt.

(62) De eerste uitsluiting, in artikel 5, onder a), van de Groepsvrijstellingsverordening, betreft het niet-concurrentiebeding. Een niet-concurrentiebeding is een verplichting van de afnemer om ten belope van meer dan 80% van de totale hoeveelheid contractgoederen of -diensten en substituten daarvan die hij het voorgaande jaar heeft gekocht, die goederen of diensten van de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken (zie de definitie in artikel 1, lid 1, onder b), van de Groepsvrijstellingsverordening); de afnemer mag met andere woorden geen concurrerende goederen of diensten kopen dan wel tot ten hoogste 20% van de totale door hem gekochte hoeveelheid goederen of diensten. Een verbod op de verkoop van concurrerende goederen of diensten via internet wordt beschouwd als een niet-concurrentiebeding indien de afnemer daardoor in de praktijk wordt beperkt in zijn aankoop van concurrerende goederen of diensten tot ten hoogste 20% van de door hem gekochte hoeveelheid goederen of diensten. Wanneer voor het aan de sluiting van het contract voorafgaande jaar geen relevante gegevens betreffende de door de afnemer gekochte hoeveelheid beschikbaar zijn, mag gebruik worden gemaakt van de beste schatting door de afnemer van zijn totale jaarlijkse behoefte. Dergelijke niet-concurrentiebedingen vallen buiten het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening wanneer zij van onbepaalde duur zijn of de duur ervan vijf jaar overschrijdt. Niet-concurrentiebedingen die voor langer dan vijf jaar stilzwijgend verlengbaar zijn, vallen eveneens buiten het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening. De groepsvrijstelling geldt over het algemeen wel voor niet-concurrentiebedingen waarvan de duur vijf jaar of minder bedraagt, mits niets de afnemer belet bij het verstrijken van de periode van vijf jaar het beding daadwerkelijk te beëindigen. Wanneer bijvoorbeeld in een overeenkomst een vijf jaar geldend niet-concurrentiebeding is opgenomen en de leverancier de afnemer een lening verstrekt, mag de terugbetaling van die lening geen beletsel voor de afnemer vormen om na vijf jaar daadwerkelijk een einde aan het niet-concurrentiebeding te maken. Voorts moet, wanneer de leverancier de afnemer uitrusting

ter beschikking heeft gesteld die niet relatiegebonden is, de afnemer bij het einde van het niet-concurrentiebeding de kans krijgen die uitrusting tegen de marktwaarde over te nemen.

(63) De beperking tot vijf jaar is niet van toepassing wanneer de wederverkoop van de goederen of diensten door de afnemer geschiedt "in lokaliteiten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij". In dit geval mag de looptijd van het niet-concurrentiebeding gelijk zijn aan de periode gedurende welke de afnemer het verkooppunt in gebruik heeft (artikel 5, onder a), van de Groepsvrijstellingsverordening). De reden voor deze uitzondering is dat van een leverancier redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat hij de afnemer zonder zijn instemming concurrerende producten laat verkopen in lokaliteiten en op terreinen waarvan de leverancier de eigenaar is. Kunstmatige eigendomsconstructies, opgezet met de bedoeling de beperking tot vijf jaar te ontlopen, kunnen niet voor deze uitzondering in aanmerking komen.

(64) De tweede uitsluiting van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, in artikel 5, onder b), van de Groepsvrijstellingsverordening, betreft niet-concurrentiebedingen die voor de afnemer gelden na het verstrijken van de overeenkomst. Een dergelijk beding valt gewoonlijk niet onder de Groepsvrijstellingsverordening, tenzij het onmisbaar is om door de leverancier aan de afnemer overgedragen knowhow te beschermen, uitsluitend geldt voor het verkooppunt waarin de afnemer tijdens de duur van de overeenkomst werkzaam is geweest, en niet langer dan één jaar geldt. Volgens de definitie in artikel 1, lid 1, onder f), van de Groepsvrijstellingsverordening moet de knowhow "wezenlijk" zijn, waaronder wordt verstaan "dat de knowhow voor de afnemer belangrijk en nuttig is voor het gebruik, de verkoop of de wederverkoop van de contractgoederen of -diensten".

(65) De derde uitsluiting van het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling, in artikel 5, onder c), van de Groepsvrijstellingsverordening, betreft de verkoop van concurrerende goederen binnen een selectief distributiestelsel. De groepsvrijstelling is van toepassing op de combinatie van selectieve distributie met een niet-concurrentiebeding dat de distributeurs de wederverkoop van concurrerende merken in het algemeen verbiedt. De groepsvrijstelling geldt echter niet wanneer de leverancier zijn erkende distributeurs direct of indirect belet van bepaalde concurrerende leveranciers producten voor wederverkoop te kopen. Deze uitsluiting heeft tot doel te voorkomen dat een aantal leveranciers die dezelfde selectieve verkooppunten gebruiken, een bepaalde concurrent of een aantal bepaalde concurrenten verhinderen zich voor de distributie van hun producten van diezelfde verkooppunten te bedienen (een dergelijke uitsluiting van een concurrerende leverancier zou neerkomen op een vorm van collectieve boycot)³².

5. Scheidbaarheid

(66) De Groepsvrijstellingsverordening stelt verticale overeenkomsten vrij op voorwaarde dat er geen hardekernbeperking in de zin van artikel 4 is vervat in de verticale overeenkomst of wordt uitgeoefend door toepassing van de verticale overeenkomst. Indien er sprake is van een of meer hardekernbeperkingen, gaat de aanspraak op de groepsvrijstelling verloren voor de verticale overeenkomst in haar geheel. Hardekernbeperkingen kunnen niet van de rest van de overeenkomst worden gescheiden.

³² Een voorbeeld van indirecte maatregelen die een dergelijke uitsluiting tot gevolg hadden, is te vinden in Beschikking 92/428/EEG in zaak IV/33.542 – Parfum-Givenchy (PB L 236 van 19.8.1992, blz. 11).

(67) De regel van scheidbaarheid is echter wel van toepassing op de in artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening vastgestelde voorwaarden. Derhalve gaat de aanspraak op de groepsvrijstelling slechts verloren voor het gedeelte van de verticale overeenkomst dat niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5.

6. Verschillende producten die via hetzelfde distributiestelsel worden afgezet

(68) Wanneer een leverancier via dezelfde distributieovereenkomst verschillende goederen of diensten distribueert, kan het, gelet op de marktaandeeldrempel, voorkomen dat sommige daarvan onder de Groepsvrijstellingsverordening vallen en andere niet. In dit geval geldt de groepsvrijstelling voor de goederen en diensten die aan de toepassingsvoorwaarden voldoen.

(69) Voor de goederen of diensten die niet onder de Groepsvrijstellingsverordening vallen, gelden de gewone mededingingsregels:

- er geldt geen groepsvrijstelling, maar evenmin een vermoeden van onwettigheid;
- indien er sprake is van een inbreuk op artikel 81, lid 1, waarvoor geen vrijstelling kan worden verleend, kan worden onderzocht of er binnen het bestaande distributiestelsel passende oplossingen te vinden zijn om de bezwaren uit het oogpunt van de mededinging weg te nemen;
- indien dit niet het geval is, zal de betrokken leverancier andere regelingen voor de distributie moeten treffen.

Deze situatie kan zich ook voordoen wanneer artikel 82 met betrekking tot bepaalde producten wel en met betrekking tot andere producten niet van toepassing is.

IV. INTREKKING VAN DE GROEPSVRIJSTELLING EN BUITENTOEPASSINGVERKLARING VAN DE VERORDENING

1. Intrekkingsprocedure

(70) Het door de Groepsvrijstellingsverordening verleende vermoeden van wettigheid kan worden ingetrokken indien een verticale overeenkomst, op zichzelf of in samenhang met soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers toegepaste overeenkomsten, binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt en niet aan alle voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet.

(71) Aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, kan met name niet zijn voldaan wanneer de toegang tot de relevante markt of de mededinging op die markt aanmerkelijk wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers toegepaste overeenkomsten. Overeenkomsten moeten als soortgelijk worden beschouwd, wanneer zij beperkingen omvatten die hetzelfde effect op de markt hebben. Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer op een gegeven markt bepaalde leveranciers zuiver kwalitatieve selectieve distributie toepassen en andere leveranciers kwantitatieve selectieve distributie. Onder deze omstandigheden moet bij de beoordeling rekening worden gehouden met de concurrentiebeperkende effecten die aan elk individueel netwerk van overeenkomsten kunnen worden toegerekend. Waar passend, kan de intrekking zich beperken tot de kwantitatieve limitering van het aantal erkende distributeurs.

(72) De verantwoordelijkheid voor een concurrentiebeperkende cumulatieve werking kan slechts worden gelegd bij de ondernemingen die hiertoe wezenlijk bijdragen. Overeenkomsten, gesloten door ondernemingen waarvan de bijdrage tot de cumulatieve werking onbeduidend is, vallen niet onder het verbod van artikel 81, lid 1,³³ en worden derhalve niet met intrekking bedreigd. De mate van verantwoordelijkheid zal worden beoordeeld aan de hand van de criteria in de punten 124 tot en met 226.

(73) Wanneer de intrekkingprocedure wordt toegepast, rust de bewijslast dat de overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt en niet aan een of meer van de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet, op de Commissie. Een beschikking tot intrekking kan slechts voor de toekomst (“ex nunc”) gevolgen hebben, wat betekent dat de vrijstelling ten aanzien van de betrokken overeenkomsten geldig blijft tot de datum waarop de intrekking van kracht wordt.

(74) Volgens artikel 6, lid 2, van de Groepsvrijstellingsverordening kan de mededingingsautoriteit van een lidstaat het voordeel van de verordening intrekken met betrekking tot verticale overeenkomsten waarvan de concurrentiebeperkende effecten zich doen gevoelen op het grondgebied van die lidstaat of een deel ervan, dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont. De Commissie bezit de uitsluitende bevoegdheid om het voordeel van de Groepsvrijstellingsverordening in te trekken met betrekking tot verticale overeenkomsten die de mededinging beperken op een relevante geografische markt die ruimer is dan het grondgebied van één lidstaat. Wanneer het grondgebied van één lidstaat, of een deel ervan, de relevante geografische markt vormt, zijn zowel de Commissie als die lidstaat tot intrekking bevoegd.

2. Buitentoepassingverklaring van de Groepsvrijstellingsverordening

(75) Artikel 7 van de Groepsvrijstellingsverordening verleent de Commissie de bevoegdheid om naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke verticale beperkingen bij verordening van het toepassingsgebied van de Groepsvrijstellingsverordening uit te sluiten wanneer zij meer dan 50% van de relevante markt bestrijken. Een dergelijke maatregel is niet gericht tot individuele ondernemingen, maar raakt alle ondernemingen waarvan de overeenkomsten in de verordening houdende buitentoepassingverklaring van de Groepsvrijstellingsverordening worden omschreven.

(76) Terwijl in geval van intrekking van het voordeel van de Groepsvrijstellingsverordening overeenkomstig artikel 6 bij beschikking een inbreuk op artikel 81 door een individuele onderneming wordt vastgesteld, heeft een verordening op grond van artikel 7 slechts tot gevolg dat voor de betrokken beperkingen en de betrokken markten het voordeel van de toepassing van de Groepsvrijstellingsverordening wegvalt en artikel 81, leden 1 en 3, weer ten volle van toepassing worden. Na de vaststelling van een verordening waarbij de Groepsvrijstellingsverordening met betrekking tot bepaalde verticale beperkingen op een bepaalde markt buiten toepassing wordt verklaard, zullen de criteria, ontwikkeld in de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg en in mededelingen en eerdere beschikkingen van de Commissie, de leidraad vormen voor de toepassing van artikel 81 op individuele overeenkomsten. Zo nodig zal de Commissie een beschikking geven in een individueel geval, die als richtsnoer kan dienen voor alle ondernemingen die op de betrokken markt werkzaam zijn.

³³ Arrest in de zaak-Delimitis.

(77) Bij de berekening van de marktdekkingsgraad van 50% moet rekening worden gehouden met elk individueel netwerk van verticale overeenkomsten die beperkingen, of combinaties daarvan, omvatten welke soortgelijke effecten op de markt hebben. Artikel 7 legt de Commissie niet de verplichting op op te treden wanneer de marktdekkingsgraad van 50% wordt overschreden. In het algemeen kan worden gesteld dat een buitentoepassingverklaring op haar plaats is wanneer het aannemelijk is dat de toegang tot de relevante markt of de mededinging op die markt op merkbare wijze wordt beperkt. Dit kan met name het geval zijn wanneer naast elkaar bestaande selectieve distributienetten die meer dan 50% van de markt bestrijken, de markt kunnen afsluiten door selectiecriteria te hanteren die niet vanwege de aard van de betrokken goederen vereist zijn of die discriminerend zijn voor bepaalde distributievormen die voor de afzet van die goederen kunnen worden gebruikt.

(78) Bij de beoordeling of het noodzakelijk is artikel 7 toe te passen, zal de Commissie nagaan of een individuele intrekking een betere oplossing zou zijn. Dit kan met name afhankelijk zijn van het aantal concurrerende ondernemingen die tot een cumulatieve werking op de markt bijdragen, of van het aantal betrokken geografische markten binnen de Gemeenschap.

(79) In elke verordening op grond van artikel 7 moet het toepassingsgebied ervan duidelijk worden afgebakend. Dit betekent dat de Commissie ten eerste de relevante geografische en productmarkt(en) moet bepalen en ten tweede de categorie verticale beperkingen moet aanwijzen waarvoor de Groepsvrijstellingsverordening niet langer zal gelden. Wat dit laatste aspect betreft, kan de Commissie de draagwijdte van haar verordening aanpassen naar gelang van het bezwaar uit het oogpunt van de mededinging dat zij met de verordening wil aanpakken. Hoewel bijvoorbeeld alle naast elkaar bestaande netwerken van merkexclusiviteitsregelingen in aanmerking moeten worden genomen voor het bepalen van de marktdekkingsgraad van 50%, kan de Commissie het toepassingsgebied van de verordening tot buitentoepassingverklaring desondanks beperken tot niet-concurrentiebedingen die een bepaalde duur overschrijden. Overeenkomsten die van kortere duur zijn of die een minder beperkend karakter hebben zouden derhalve ongemoeid kunnen worden gelaten, daar van die beperkingen in mindere mate een marktafsluitende werking uitgaat. Evenzo kan, wanneer op een bepaalde markt selectieve distributie in combinatie met bijkomende beperkingen zoals niet-concurrentiebedingen of afnamequotering wordt toegepast, de verordening tot buitentoepassingverklaring uitsluitend op die bijkomende beperkingen van toepassing zijn. Zo nodig kan de Commissie ook bij wijze van leidraad het marktaandeelniveau aangeven dat in de specifieke context van de betrokken markt onvoldoende kan worden geacht om een individuele onderneming in staat te stellen in wezenlijke mate tot de cumulatieve werking bij te dragen.

(80) De overgangperiode van ten minste zes maanden die de Commissie op grond van artikel 7, lid 2, moet vaststellen, zou de betrokken ondernemingen in staat moeten stellen hun overeenkomsten aan te passen in het licht van de verordening waarbij de Groepsvrijstellingsverordening buiten toepassing wordt verklaard.

(81) Een verordening houdende buitentoepassingverklaring van de Groepsvrijstellingsverordening laat de vrijstelling ten aanzien van de betrokken overeenkomsten gedurende de periode voordat de verordening van toepassing wordt, onverlet.

V. MARKTBEPALING EN BEREKENING VAN HET MARKTAANDEEL

1. Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt

(82) In de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht³⁴ wordt toegelicht op welke regels en criteria en op welk bewijsmateriaal de Commissie zich baseert bij het behandelen van vragen in verband met de bepaling van de markt. Deze bekendmaking, waarop in deze richtsnoeren niet nader wordt ingegaan, moet voor dergelijke vragen als grondslag dienen. In deze richtsnoeren wordt slechts stilgestaan bij enkele specifieke problemen die zich in verband met verticale beperkingen voordoen en die niet in de algemene bekendmaking inzake de bepaling van de markt worden behandeld.

2. Relevante markt voor de berekening van de marktaandeeldrempel van 30% overeenkomstig de Groepsvrijstellingsverordening

(83) Volgens artikel 3 van de Groepsvrijstellingsverordening is het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer bepalend voor de toepassing van de groepsvrijstelling. De Groepsvrijstellingsverordening is alleen van toepassing als zowel het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij de contractproducten aan de afnemer verkoopt, als dat van de afnemer op de markt(en) waar hij de contractproducten (door)verkoop niet meer dan 30% bedraagt.

(84) Voor de berekening van het marktaandeel van een onderneming moet worden bepaald wat de relevante markt is waarop de onderneming de contractproducten verkoopt. Hiertoe moeten de relevante productmarkt en de relevante geografische markt worden bepaald. De relevante productmarkt omvat alle goederen of diensten die door de afnemers als onderling verwisselbaar worden beschouwd op grond van hun kenmerken, hun prijs en het gebruik waarvoor zij bestemd zijn. De relevante geografische markt omvat het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van de relevante goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.

(85) Wat de productmarkt is, hangt in de eerste plaats af van de substitueerbaarheid uit het oogpunt van de afnemers. Wanneer het geleverde product als input voor de productie van andere producten wordt gebruikt en over het algemeen niet in het eindproduct herkenbaar is, wordt de productmarkt normaliter bepaald door de voorkeur van de directe afnemers. De klanten van de afnemers zullen doorgaans geen sterke voorkeur hebben wat betreft de door de afnemers gebruikte basisproducten. De tussen de leverancier en de afnemer van het basisproduct overeengekomen verticale beperkingen hebben gewoonlijk slechts betrekking op de koop en verkoop van het intermediaire product en niet op de verkoop van het daaruit voortvloeiende product. Bij de distributie van eindproducten zal het antwoord op de vraag wat substituten voor de directe afnemers zijn, gewoonlijk worden beïnvloed of bepaald door de voorkeur van de consumenten. Een distributeur kan als wederverkoper de voorkeur van de consumenten niet negeren wanneer hij eindproducten koopt. Bovendien hebben op het niveau van de distributie verticale beperkingen doorgaans niet alleen betrekking op de verkoop van producten door de leverancier aan de afnemer, maar ook op de wederverkoop ervan. Omdat er tussen verschillende distributievormen gewoonlijk concurrentie bestaat, worden markten over

³⁴ PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5.

het algemeen niet bepaald door de distributievorm waarvan gebruik wordt gemaakt. Wanneer leveranciers over het algemeen een assortiment producten verkopen, kan het volledige assortiment bepalend zijn voor de productmarkt indien de afnemers de verschillende assortimenten in hun geheel en niet de producten afzonderlijk als substituten beschouwen. Omdat distributeurs professionele afnemers zijn, is de geografische groothandelsmarkt doorgaans ruimer dan de detailhandelsmarkt waarop het product aan de eindgebruikers wordt doorverkocht. Dit zal er vaak toe leiden dat van nationale of nog ruimere groothandelsmarkten wordt uitgegaan.

(86) Wanneer bij een verticale overeenkomst drie partijen betrokken zijn die elk op een verschillend handelsniveau werkzaam zijn, mag, om voor groepsvrijstelling in aanmerking te komen, geen van hun marktaandelen de marktaandeedrempel van 30% overschrijden. Wanneer bijvoorbeeld in een overeenkomst tussen een producent, een groothandelaar (of een vereniging van detailhandelaren) en een detailhandelaar een niet-concurrentiebeding wordt opgenomen, mogen de marktaandelen van de producent, de groothandelaar (of de vereniging van detailhandelaren) en de detailhandelaar op hun downstreammarkten, om voor de groepsvrijstelling in aanmerking te komen, niet hoger zijn dan 30%.

(87) Wanneer een leverancier zowel oorspronkelijke uitrusting als vervangingsonderdelen voor die uitrusting produceert, zal hij vaak de enige of de grootste leverancier van die onderdelen op de vervangingsmarkt zijn. Dit kan zich ook voordoen wanneer de leverancier (de OEM-leverancier) de productie van de vervangingsonderdelen uitbesteedt. De relevante markt voor de toepassing van de Groepsvrijstellingsverordening kan worden gevormd door hetzij de markt van de oorspronkelijke uitrusting met inbegrip van de vervangingsonderdelen, hetzij de markt van de oorspronkelijke uitrusting afzonderlijk plus een vervangingsmarkt; dit hangt af van de omstandigheden van de zaak, waaronder de effecten van de betreffende beperkingen, de levensduur van de uitrusting en de hoogte van de herstel- of vervangingskosten³⁵.

(88) Wanneer de verticale overeenkomst naast bepalingen betreffende de levering van de contractgoederen ook bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten – zoals een bepaling betreffende het gebruik van het merk van de leverancier – omvat, die de marketing van de contractgoederen door de afnemer vergemakkelijken, is het marktaandeel van de leverancier op de markt waarop hij de contractgoederen verkoopt van belang voor de toepassing van de groepsvrijstelling. Wanneer een franchisegever geen goederen voor wederverkoop levert, maar een geheel van diensten en goederen die in combinatie met de in de overeenkomst opgenomen bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten het in franchise gegeven bedrijfsconcept vormen, moet de franchisegever rekening houden met zijn marktaandeel als verstrekker van een bedrijfsconcept. Daartoe moet de franchisegever zijn marktaandeel berekenen op de markt waarop van het bedrijfsconcept gebruik wordt gemaakt, d.w.z. de markt waarop de franchisenemers het bedrijfsconcept exploiteren om aan eindgebruikers goederen of diensten te leveren. De franchisegever moet zijn marktaandeel baseren op de waarde van de goederen of diensten die door zijn franchisenemers op die markt worden geleverd. Op een dergelijke markt kan niet alleen van andere in franchise gegeven

³⁵ Zie bv. de zaak Pelikan/Kyocera in het XXVe Verslag over het mededingingsbeleid, punt 87, en Beschikking 91/595/EEG van de Commissie in zaak IV/M.12 – Varta/Bosch (PB L 320 van 22.11.1991, blz. 26), de beschikking van de Commissie in zaak IV/M.1094 – Caterpillar/Perkins Engines (PB C 94 van 28.3.1998, blz. 23) en de beschikking van de Commissie in zaak IV/M.768 – Lucas/Varity (PB C 266 van 13.9.1996, blz. 6). Zie ook punt 56 van de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht.

bedrijfsconcepten concurrentie uitgaan, maar ook van leveranciers van substitueerbare goederen of diensten die geen franchising toepassen. Gesteld bijvoorbeeld dat er een markt voor fastfooddiensten bestaat, en onder voorbehoud van de omschrijving van een dergelijke markt, zou een franchisegever die op die markt werkzaam is, zijn marktaandeel moeten berekenen op basis van de relevante omzet van zijn franchisenemers op die markt.

3. Berekening van marktaandelen overeenkomstig de Groepsvrijstellingsverordening

(89) De marktaandelen moeten in principe op basis van de waarde worden berekend. Wanneer geen gegevens over de waarde beschikbaar zijn, mogen onderbouwde schattingen worden gemaakt. Dergelijke schattingen kunnen op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder gegevens over hoeveelheden, worden gebaseerd (zie artikel 8, onder a), van de Groepsvrijstellingsverordening).

(90) De in-houseproductie, d.w.z. de productie van een intermediair product voor eigen gebruik, kan van groot belang zijn bij een onderzoek uit het oogpunt van de mededinging, als een van de bronnen van concurrentie of om de marktpositie van een onderneming duidelijker te bepalen. Met het oog op de marktbeoordeling en de berekening van het marktaandeel zal de in-houseproductie echter niet worden meegeteld bij de intermediaire goederen en diensten.

(91) In het geval van duale distributie van eindproducten, d.w.z. wanneer de producent van een eindproduct ook als distributeur op de markt optreedt, moeten bij de marktbeoordeling en de berekening van het marktaandeel de eigen goederen worden meegeteld die de producent via zijn verticaal geïntegreerde distributeurs en agenten verkoopt (zie artikel 8, onder c), van de Groepsvrijstellingsverordening). “Geïntegreerde distributeurs” zijn verbonden ondernemingen in de zin van artikel 1, lid 2, van de Groepsvrijstellingsverordening³⁶.

VI. HANDHAVINGSBELEID IN INDIVIDUELE ZAKEN

1. Analyse kader

(92) Buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling is het in individuele gevallen van belang te onderzoeken of een overeenkomst onder artikel 81, lid 1, valt, en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan. Als een verticale overeenkomst die buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling valt omdat de marktaandeeldrempel is overschreden, geen beperkingen omvat die ertoe strekken de concurrentie te verminderen, en met name geen harde kernbeperkingen, bestaat er geen vermoeden dat die overeenkomst onder artikel 81, lid 1, valt of niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet. Er moet een individuele beoordeling van de waarschijnlijke effecten van de overeenkomst worden gemaakt. Ondernemingen worden ertoe aangemoedigd hun eigen beoordeling te maken. Overeenkomsten die hetzij de mededinging niet beperken in de zin van artikel 81, lid 1, hetzij aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen, zijn rechtsgeldig en afdwingbaar. Uit hoofde van artikel 1, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 hoeft geen kennisgeving te worden gedaan om van een individuele vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, te kunnen profiteren. Wanneer de Commissie een individueel onderzoek instelt, rust op haar de bewijslast dat de overeenkomst een inbreuk op artikel 81, lid 1, oplevert. Op ondernemingen die verzoeken om van artikel 81, lid 3, te mogen profiteren, rust de bewijslast dat aan de

³⁶ Voor de marktbeoordeling en de berekening van het marktaandeel is het niet relevant of de geïntegreerde distributeur daarnaast ook producten van concurrenten verkoopt.

voorwaarden van dat lid wordt voldaan. Wanneer wordt aangetoond dat concurrentiebeperkende effecten waarschijnlijk zijn, worden de betrokken ondernemingen in de gelegenheid gesteld veronderstelde efficiëntievoordelen te onderbouwen en uit te leggen waarom een bepaald distributiesysteem onmisbaar is om waarschijnlijke voordelen voor consumenten te verwezenlijken zonder de mededinging uit te schakelen, alvorens de Commissie besluit of de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet.

(93) Om te beoordelen of een verticale overeenkomst ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, wordt de feitelijke of waarschijnlijke toekomstige situatie op de relevante markt, met de geldende verticale beperkingen, vergeleken met de situatie die zich zonder de verticale beperkingen in de overeenkomst zou voordoen (de zgn. “counterfactual”). Bij de beoordeling van individuele gevallen houdt de Commissie, waar nodig, rekening met zowel feitelijke als waarschijnlijke gevolgen. Om ten gevolge te hebben dat de mededinging wordt beperkt, moeten verticale overeenkomsten de feitelijke of potentiële mededinging in zoverre ongunstig beïnvloeden dat op de relevante markt met een redelijke mate van waarschijnlijkheid negatieve gevolgen voor de prijzen, de output, de innovatie of de verscheidenheid of de kwaliteit van de goederen en diensten kunnen worden verwacht. De waarschijnlijke negatieve gevolgen voor de mededinging moeten merkbaar zijn³⁷. Het is waarschijnlijk dat merkbare concurrentiebeperkende effecten optreden wanneer ten minste een van de partijen een zekere mate van marktmacht heeft of krijgt en de overeenkomst bijdraagt tot het ontstaan, het behoud of de versterking van die marktmacht of de partijen in staat stelt van die marktmacht gebruik te maken. Marktmacht is het vermogen om gedurende een niet onaanzienlijke periode een prijsniveau in stand te houden dat boven het niveau van concurrerende prijzen ligt of om een productie in stand te houden die qua hoeveelheden, productkwaliteit en -verscheidenheid of innovatie beneden het concurrerende niveau ligt. Voor de vaststelling van een schending van artikel 81, lid 1, is doorgaans een geringere mate van marktmacht vereist dan voor de vaststelling van een machtspositie overeenkomstig artikel 82.

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

(95) Dit zelfbeperkende karakter moet echter niet worden overschat. Wanneer een onderneming geen marktmacht bezit, kan zij slechts haar winst trachten te verhogen door haar productie- en distributieproces te optimaliseren, al dan niet met behulp van verticale beperkingen. Meer in het algemeen kunnen verticale beperkingen, door de complementaire rol

³⁷ Zie afdeling II.1.

van de partijen bij een verticale overeenkomst bij het op de markt brengen van een product, een aanzienlijke efficiëntiewinst opleveren. Wanneer een onderneming echter over marktmacht beschikt, dan kan zij echter ook ten nadele van haar directe concurrenten haar winst trachten te verhogen door hun kosten te doen stijgen, en ten nadele van haar afnemers en uiteindelijk de consumenten door te proberen zich een gedeelte van hun surplus toe te eigenen. Hiervan kan sprake zijn wanneer de upstreamonderneming en de downstreamonderneming de extra winst onderling verdelen of wanneer een van de twee verticale beperkingen gebruikt om zich alle extra winst toe te eigenen.

1.1. Negatieve effecten van verticale beperkingen

(96) De mogelijke negatieve markteffecten van verticale beperkingen, die het communautaire mededingingsrecht beoogt te verhinderen, zijn de volgende:

- i) concurrentiebeperkende uitsluiting van andere leveranciers of andere afnemers door het opwerpen van barrières voor toetreding of uitbreiding;
- ii) afzwakking van de concurrentie tussen de leverancier en zijn concurrenten en/of vergemakkelijking van collusie tussen deze leveranciers, vaak vermindering van de concurrentie tussen merken genoemd³⁸;
- iii) afzwakking van de concurrentie tussen de afnemer en zijn concurrenten en/of vergemakkelijking van collusie tussen deze concurrenten, vaak vermindering van de concurrentie binnen een merk genoemd als het gaat om de concurrentie tussen distributeurs op basis van het merk of product van dezelfde leverancier;
- iv) belemmering van de marktintegratie, waaronder met name beperking van de mogelijkheden van de consument om goederen of diensten in de lidstaat van zijn keuze te kopen.

(97) Marktafscherming, afzwakking van concurrentie en collusie op het niveau van de producent kunnen de consument met name benadelen door hogere groothandelsprijzen voor producten, beperktere productkeuze, lagere productkwaliteit of minder productinnovatie. Marktafscherming, afzwakking van concurrentie en collusie op het niveau van de distributeur kunnen de consument met name benadelen door hogere detailhandelsprijzen voor producten, beperktere keuze aan prijs-servicecombinaties en distributievormen, geringere beschikbaarheid en kwaliteit van de detailhandelsdiensten en minder innovatie op distributiegebied.

(98) Op een markt waarop individuele distributeurs slechts het merk of de merken van één leverancier kunnen distribueren, zal de geringere concurrentie tussen de distributeurs van hetzelfde merk tot gevolg hebben dat de concurrentie binnen een merk tussen deze distributeurs afneemt, maar dit hoeft geen negatieve gevolgen voor de concurrentie tussen de distributeurs in het algemeen te hebben. Als de concurrentie tussen merken in zo'n geval hevig is, is het onwaarschijnlijk dat een afname van de concurrentie binnen een merk negatieve gevolgen heeft voor de consument.

³⁸ Onder collusie wordt zowel expliciete collusie als stilzwijgende collusie (bewust parallel gedrag) verstaan.

(99) Exclusieve regelingen zijn over het algemeen nadeliger voor de concurrentie dan niet-exclusieve regelingen. Bij exclusieve regelingen wendt krachtens de uitdrukkelijke bewoordingen van het contract of door de werking van de regeling in de praktijk, de ene partij zich volledig of nagenoeg volledig tot de andere partij om in zijn behoeften te voorzien. Zo leidt een niet-concurrentiebeding ertoe dat de afnemer slechts één merk koopt. Afnamequotering daarentegen laat de afnemer de mogelijkheid concurrerende goederen te kopen. De mate van marktafscherming kan dus minder zijn in het geval van afnamequotering.

(100) Verticale beperkingen die betrekking hebben op merkloze goederen en diensten zijn over het algemeen minder schadelijk dan beperkingen die gevolgen hebben voor de distributie van merkgoederen en -diensten. Het gebruik van merken verhoogt de productdifferentiatie en vermindert de substitueerbaarheid van producten, waardoor de elasticiteit van de vraag afneemt en de mogelijkheid om de prijzen te verhogen toeneemt. Het onderscheid tussen merkgoederen en -diensten en merkloze goederen en diensten zal vaak samenvallen met het onderscheid tussen eindproducten en intermediaire producten.

(101) Het combineren van verticale beperkingen versterkt over het algemeen hun negatieve effecten. Sommige combinaties van verticale beperkingen zijn evenwel beter voor de mededinging dan elk van die beperkingen afzonderlijk. Bij een alleenverkoopstelsel bijvoorbeeld kan de distributeur in de verleiding komen de prijs van de producten te verhogen, omdat de concurrentie binnen een merk is afgenomen. Afnamequotering of de vaststelling van een maximumwederverkoop prijs kunnen dergelijke prijsverhogingen in toom houden. De mogelijke negatieve effecten van verticale beperkingen worden versterkt wanneer meerdere leveranciers en hun afnemers op dezelfde wijze zaken doen, waardoor zogenoemde cumulatieve effecten ontstaan.

1.2. Positieve effecten van verticale beperkingen

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

(103) Hoewel wordt getracht een redelijk overzicht van de verschillende rechtvaardigingen voor verticale beperkingen te geven, wordt in deze richtsnoeren geen aanspraak gemaakt op volledigheid. De toepassing van bepaalde verticale beperkingen kan om de volgende redenen gerechtvaardigd zijn:

- 1) om een “meeliftprobleem” op te lossen. Het is mogelijk dat een distributeur profiteert van de promotie-inspanningen van een andere distributeur. Dit probleem doet zich het meest voor op het groothandels- en detailhandelsniveau. Alleenverkoop of soortgelijke beperkingen kunnen nuttig zijn om dergelijke meeliftproblemen te voorkomen. Ook leveranciers kunnen met andere leveranciers meeliften; wanneer bijvoorbeeld een van hen investeert in promotie in de zaak van de afnemer, over het algemeen op het detailhandelsniveau, kan dit ook klanten aantrekken voor zijn

concurrenten. Beperkingen zoals een niet-concurrentiebeding kunnen ertoe bijdragen dit soort meeliftproblemen te verhelpen³⁹.

Er rijst pas er een probleem wanneer er werkelijk sprake is van meeliften. Afnemers kunnen uitsluitend met andere afnemers meeliften wanneer het gaat om presaleservice en andere promotieactiviteiten, maar niet bij service na verkoop, die de distributeur individueel aan zijn klanten in rekening kan brengen. Het product zal over het algemeen betrekkelijk nieuw of technisch ingewikkeld moeten zijn, of de reputatie van het product moet in hoge mate bepalend zijn voor de vraag, omdat de klant anders op grond van vroegere aankopen waarschijnlijk zeer goed weet wat hij wil. En het moet om een redelijk duur product gaan, omdat het anders niet aantrekkelijk voor een klant is om naar één winkel te gaan voor informatie en naar een andere om te kopen. Ten slotte moet het voor de producent ondoenlijk zijn alle afnemers contractueel bepaalde promotie- of serviceverplichtingen op te leggen.

Ook leveranciers kunnen slechts in welbepaalde gevallen met andere leveranciers meeliften, namelijk wanneer de promotie in de zaak van de afnemer wordt gevoerd en algemeen, niet-merkgebonden is;

- 2) om nieuwe markten toegankelijk te maken of te betreden. Wanneer een producent een nieuwe geografische markt wenst te betreden, bijvoorbeeld door voor de eerste keer naar een ander land te exporteren, kan dit speciale initiële investeringen van de distributeur vergen om het merk op de markt ingang te doen vinden. Om een plaatselijke distributeur tot deze investeringen te bewegen, kan het noodzakelijk zijn hem gebiedsbescherming te verlenen, zodat hij zijn investeringen kan terugverdienen door tijdelijk een hogere prijs aan te rekenen. Op andere markten gevestigde distributeurs moeten er bijgevolg gedurende een beperkte periode van worden weerhouden op de nieuwe markt te verkopen (zie ook afdeling III.3, punt 56). Dit is een bijzonder geval van het onder 1) beschreven meeliftprobleem;
- 3) vanwege het vraagstuk van “certification free-riding”. In sommige sectoren hebben bepaalde detailhandelaren de reputatie alleen “kwaliteitsproducten” te verkopen. In een dergelijk geval kan het voor de introductie van een nieuw product van vitaal belang zijn dat het door deze detailhandelaren wordt verkocht. Indien de producent in het begin zijn verkoop niet tot deze topwinkels kan beperken, loopt hij het risico dat zijn product uit het assortiment wordt verwijderd en dat de introductie ervan mislukt. Dit betekent dat er een goede reden kan zijn om een beperking zoals alleenverkoop of selectieve distributie gedurende een beperkte tijd toe te staan, lang genoeg om de introductie veilig te stellen, maar niet zo lang dat verspreiding op grote schaal wordt belemmerd. Zulke voordelen zijn waarschijnlijker bij “ervaringsproducten” en bij complexe producten die een relatief grote uitgave voor de consument betekenen;
- 4) vanwege het zogenoemde “hold-upprobleem”. Soms zijn klantspecifieke investeringen door ofwel de leverancier ofwel de afnemer noodzakelijk, bijvoorbeeld in speciale uitrusting of opleiding. Zo kan het gebeuren dat een producent van

³⁹ Of consumenten al met al daadwerkelijk profijt trekken van extra promotie-inspanningen, hangt ervan af of met de extra promotie veel nieuwe klanten worden geïnformeerd en overtuigd, waardoor zij voordeel ondervinden, dan wel voornamelijk klanten worden bereikt die hun aankoopbeslissing al hebben gemaakt en voor wie de extra promotie uitsluitend of voornamelijk tot gevolg heeft dat de prijs stijgt.

componenten nieuwe machines en gereedschappen moet vervaardigen om aan bepaalde eisen van een van zijn klanten te kunnen voldoen. Hij zal misschien niet tot de noodzakelijke investeringen bereid zijn indien niet vooraf bepaalde leveringsafspraken kunnen worden gemaakt.

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

- 5) vanwege een specifiek “hold-upprobleem” in geval van overdracht van wezenlijke knowhow. Eenmaal overgedragen knowhow kan niet worden teruggenomen en de overdrager van de knowhow zal allicht niet willen dat deze ten behoeve van of door zijn concurrenten wordt gebruikt. Indien de knowhow niet gemakkelijk verkrijgbaar was voor de afnemer, wezenlijk is en onmisbaar is voor de uitvoering van de overeenkomst, kan een beperking in de vorm van een niet-concurrentiebeding gerechtvaardigd zijn. Artikel 81, lid 1, is daarop normaliter niet van toepassing;
- 6) vanwege het vraagstuk van “verticale neveneffecten”. Het is mogelijk dat niet alleen een detailhandelaar van een door hem gevoerde verkoopbevorderingsactie profiteert, maar ook de producent. Als de groothandelsprijs van de producent hoger is dan zijn marginale productiekosten, profiteert de producent van elke extra eenheid die een detailhandelaar verkoopt door zijn detailhandelsprijs te verlagen of zijn verkoopinspanningen op te voeren. De producent kan dus positieve neveneffecten ondervinden van dergelijke acties van de detailhandelaar en uit het oogpunt van de producent kan de detailhandelaar te hoge prijzen vragen en/of te weinig verkoopinspanningen leveren. De negatieve neveneffecten van een te hoge prijsstelling door de detailhandelaar worden wel het probleem van “dubbele marginalisatie” genoemd, dat kan worden voorkomen door de instelling van een maximumprijs aan de wederverkoper op te leggen. Om de detailhandelaar ertoe aan

te zetten zijn verkoopinspanningen op te voeren, kan gebruik worden gemaakt van selectieve distributie, alleenverkoop of soortgelijke beperkingen⁴⁰.

- 7) vanwege schaalvoordelen bij de distributie. Om van schaalvoordelen te profiteren, zodat zijn product tegen een lagere detailhandelsprijs wordt verkocht, kan de producent besluiten de wederverkoop van zijn product aan een beperkt aantal distributeurs toe te vertrouwen. Hij kan daartoe gebruikmaken van alleenverkoop, afnamequotering in de vorm van een verplichting om een minimumhoeveelheid af te nemen, selectieve distributie die een dergelijke verplichting omvat, of exclusieve afname;
- 8) vanwege onvolkomenheden van de kapitaalmarkt. Het kan voorkomen dat de terbeschikkingstelling van kapitaal door de gewone geldverschaffers (banken, kapitaalmarkten) suboptimaal is wanneer zij over onvolmaakte informatie over de soliditeit van de leningnemer beschikken of wanneer er een ontoereikende basis is om zekerheid voor de lening te stellen. Soms is de afnemer of de leverancier beter geïnformeerd en in staat om door middel van een exclusieve relatie extra zekerheid voor zijn investering te verkrijgen. Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt, kan dit tot een niet-concurrentiebeding of afnamequotering leiden. Wanneer de afnemer de leverancier een lening verstrekt, kan dit een reden zijn voor exclusieve levering of leveringsquotering;
- 9) vanwege eenvormigheids- en kwaliteitsnormering. Een verticale beperking kan tot het creëren van een merkimago bijdragen doordat van de distributeurs een zekere mate van eenvormigheid en kwaliteit wordt verlangd, waardoor het product aantrekkelijker wordt voor de consument en de verkoop stijgt. Dit komt onder meer voor bij selectieve distributie en franchising.

(104) Uit de in punt 103 beschreven negen situaties blijkt dat onder bepaalde omstandigheden verticale overeenkomsten kunnen helpen efficiëntieverbeteringen te realiseren en nieuwe markten te ontwikkelen, hetgeen tegen mogelijke negatieve effecten kan opwegen. Dit geldt het sterkst voor verticale beperkingen van beperkte duur die de introductie van nieuwe, complexe producten vergemakkelijken of relatiegebonden investeringen beschermen. Soms is een verticale beperking noodzakelijk zolang de leverancier zijn product aan de afnemer verkoopt (zie in het bijzonder de in punt 103, onder 1), 5), 6), 7) en 9), beschreven situaties).

(105) De verschillende verticale beperkingen zijn in ruime mate substitueerbaar. Dit betekent dat hetzelfde efficiëntieprobleem door middel van verschillende verticale beperkingen kan worden verholpen. Zo kunnen bijvoorbeeld schaalvoordelen bij de distributie worden gerealiseerd door gebruik te maken van alleenverkoop, selectieve distributie, afnamequotering of exclusieve afname. Dit is van belang omdat de verschillende verticale beperkingen andere negatieve effecten op de mededinging kunnen hebben. Dit speelt een rol in de discussie over de onmisbaarheid in de zin van artikel 81, lid 3.

1.3. Methodiek van de analyse

(106) De beoordeling van een verticale beperking gebeurt in de regel in de volgende vier stappen⁴¹:

⁴⁰ Zie hiervoor echter voetnoot 39.

- 1) ten eerste moeten de betrokken ondernemingen vaststellen welk marktaandeel de leverancier en de afnemer hebben op de markten waarop zij de contractproducten (door)verkopen;
- 2) als het relevante marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer de drempel van 30% niet overschrijdt, valt de verticale overeenkomst onder de Groepsvrijstellingsverordening voor zover zij geen hardekernbeperkingen omvat en anderszins aan de in die verordening vastgestelde voorwaarden voldoet;
- 3) als het relevante marktaandeel van de leverancier en/of de afnemer boven de drempel van 30% ligt, moet worden beoordeeld of de verticale overeenkomst onder artikel 81, lid 1, valt;
- 4) als de verticale overeenkomst onder artikel 81, lid 1, valt, moet worden onderzocht of zij aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, voldoet.

1.3.1. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 81, lid 1

(107) Wanneer het marktaandeel boven de drempel van 30% ligt, zal de Commissie overgaan tot een volledige toetsing uit het oogpunt van de mededinging. De volgende factoren zijn met name van belang om te bepalen of een verticale overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, teweegbrengt:

- a) aard van de overeenkomst;
- b) marktpositie van de partijen;
- c) marktpositie van de concurrenten;
- d) marktpositie van de afnemers van de contractproducten;
- e) toetredingsdrempels;
- f) rijpheid van de markt;
- g) handelsniveau;
- h) aard van het product;
- i) overige factoren.

(108) Het belang van elke factor afzonderlijk kan van geval tot geval verschillen en hangt van alle andere factoren af. Zo is een hoog marktaandeel van de partijen gewoonlijk een goede indicator van marktmacht, maar in het geval van lage toetredingsdrempels hoeft dit niet zo te zijn. Het is bijgevolg niet mogelijk om met betrekking tot het belang van de afzonderlijke factoren strikte regels op te stellen. Evenwel kan het volgende worden gesteld.

⁴¹ Deze stappen zijn niet bedoeld om de juridische redenering te beschrijven die de Commissie moet volgen om een besluit te nemen.

(109) Verticale overeenkomsten kunnen zeer diverse vormen aannemen. Daarom is het belangrijk de overeenkomst te analyseren op basis van de erin opgenomen beperkingen, de duur van de beperkingen en het percentage van de totale verkoop op de markt waarop de beperkingen van invloed zijn. Het kan nodig zijn deze analyse niet tot de expliciete voorwaarden van de overeenkomst te beperken. Het bestaan van impliciete beperkingen kan worden afgeleid uit de manier waarop de overeenkomst door de partijen wordt toegepast en uit de stimulansen die zij krijgen.

(110) De marktpositie van de partijen geeft een aanwijzing voor de mate van marktmacht die de leverancier, de afnemer of beiden kunnen bezitten. Hoe groter hun marktaandeel is, des te groter hun marktmacht waarschijnlijk zal zijn. Dit geldt in het bijzonder wanneer in het marktaandeel kostenvoordelen of andere concurrentievoordelen ten opzichte van concurrenten tot uitdrukking komen. Deze concurrentievoordelen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit het feit dat de leverancier een pionier op de markt is (met de beste vestigingsplaats enz.), over essentiële octrooien of superieure technologie beschikt, merkleider is of een superieur assortiment van producten aanbiedt.

(111) De marktpositie van de concurrenten wordt aan de hand van dezelfde indicatoren, namelijk marktaandeel en eventuele concurrentievoordelen, beoordeeld. Hoe sterker en hoe talrijker de concurrenten zijn, des te kleiner het risico dat de partijen afzonderlijk in staat zullen zijn marktmacht uit te oefenen en de markt af te schermen of de concurrentie af te zwakken. Het is ook van belang na te gaan of er doeltreffende en snelle tegenmaatregelen zijn die concurrenten waarschijnlijk zullen nemen. Wanneer het aantal concurrenten vrij klein wordt en hun marktpositie (omvang, kosten, O&O-potentieel enz.) min of meer dezelfde is, kan deze marktstructuur echter het risico van collusie verhogen. Fluctuerende of snel veranderende marktaandelen zijn over het algemeen een indicatie van hevige concurrentie.

(112) De marktpositie van de klanten van de partijen vormt een aanwijzing of een of meer van deze klanten over afnemersmacht beschikt. De eerste indicator van afnemersmacht is het marktaandeel van de klant op de inkoopmarkt. Dit marktaandeel geeft aan hoe belangrijk de vraag van de klant voor mogelijke leveranciers is. Andere indicatoren betreffen de positie van de klant op zijn wederverkoopmarkt, waarbij factoren zoals een brede geografische spreiding van zijn verkooppunten, huismerken en zijn merkimage in de ogen van de consumenten een rol spelen. In sommige omstandigheden kan afnemersmacht de partijen ervan weerhouden marktmacht uit te oefenen en zo een concurrentieprobleem voorkomen. Dit geldt in het bijzonder wanneer sterke klanten bij een kleine maar blijvende relatieve prijsstijging in staat zijn en stimulansen hebben om nieuwe leveranciers op de markt te introduceren. Wanneer de sterke klanten slechts gunstige voorwaarden voor zichzelf bedingen of prijsstijgingen eenvoudigweg aan hun klanten doorberekenen, voorkomt hun positie niet dat de partijen marktmacht uitoefenen.

(113) Toetredingsdrempels worden afgemeten aan de mate waarin reeds op de markt gevestigde ondernemingen hun prijs tot boven het door concurrentie bepaalde peil kunnen verhogen zonder dat dit ertoe leidt dat andere ondernemingen tot de markt toetreden. Als er geen toetredingsdrempels zijn, zijn prijsstijgingen door de gemakkelijke en snelle toetreding niet winstgevend. Wanneer het waarschijnlijk is dat binnen een of twee jaar effectieve toetreding plaatsvindt, waardoor de uitoefening van marktmacht wordt voorkomen of geërodeerd, kan over het algemeen van lage toetredingsdrempels worden gesproken. Toetredingsdrempels kunnen het gevolg zijn van zeer uiteenlopende factoren zoals schaal- en meerproductvoordelen, overheidsregelingen (in het bijzonder wanneer daardoor exclusieve rechten in het leven worden geroepen), overheidssteun, invoerrechten, intellectuele-

eigendomsrechten, eigendom van grondstoffen waarvan de aanvoer bijvoorbeeld door natuurlijke oorzaken beperkt is⁴², essentiële faciliteiten, pioniersvoordeel en door intensieve reclame gedurende een bepaalde periode bij de consumenten opgebouwde merktrouw. Ook verticale beperkingen en verticale integratie kunnen als een toetredingsdrempel werken, doordat de toegang wordt bemoeilijkt en (potentiële) concurrenten worden uitgesloten. Er kunnen toetredingsdrempels op het niveau van de leveranciers, op het niveau van de afnemers of op beide niveaus bestaan. Voor de vraag of bepaalde van deze factoren als toetredingsdrempels moeten worden aangemerkt, is met name bepalend of zij gepaard gaan met “verzonken kosten”. Verzonken kosten zijn kosten die moeten worden gemaakt om een markt te betreden of op een markt werkzaam te zijn, maar die bij uittreding uit de markt verloren gaan. Reclamekosten, gemaakt met het oog op klantenbinding, zijn gewoonlijk verzonken kosten, tenzij de onderneming bij het verlaten van de markt zonder verlies haar merknaam kan verkopen of hem elders kan gebruiken. Hoe meer verzonken kosten er zijn, des te meer moeten potentiële toetreders de risico's van toetreding tot de markt afwegen en des te geloofwaardiger is het dreigement van de gevestigde ondernemingen dat zij de nieuwe concurrentie het hoofd zullen bieden, omdat verzonken kosten het kostbaar maken de markt te verlaten. Wanneer bijvoorbeeld distributeurs door een niet-concurrentiebeding aan een producent zijn gebonden, zal het marktafscherpende effect sterker zijn als de potentiële toetreder verzonken kosten moet maken om een eigen distributienet op te zetten. Over het algemeen gaat toetreding, soms in mindere en soms in meerdere mate, met verzonken kosten gepaard. Daarom is feitelijke concurrentie in de regel effectiever en zal ze bij het beoordelen van een concreet geval zwaarder wegen dan potentiële concurrentie.

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

(115) Het handelsniveau houdt verband met het onderscheid tussen intermediaire en eindproducten. Intermediaire producten worden aan ondernemingen verkocht om als input voor de productie van andere goederen of diensten te worden gebruikt, en zijn meestal niet herkenbaar in het eindproduct. De kopers van intermediaire producten zijn gewoonlijk goed geïnformeerde klanten, die in staat zijn de kwaliteit te beoordelen en bijgevolg minder afgaan op merk en imago. Eindproducten worden direct of indirect verkocht aan consumenten, die zich vaak meer door merk en imago laten leiden. Omdat de distributeurs (detailhandelaren, groothandelaren) aan de vraag van de consumenten tegemoet moeten komen, kan de concurrentie meer schade ondervinden wanneer het distributeurs onmogelijk wordt gemaakt een merk of een aantal merken te verkopen, dan wanneer afnemers van intermediaire producten de toegang tot bepaalde bronnen voor de levering van concurrerende producten wordt afgesneden.

(116) De aard van het product speelt met name bij eindproducten een rol bij de beoordeling van zowel de waarschijnlijke negatieve als de waarschijnlijke positieve effecten. Bij de beoordeling van de waarschijnlijke negatieve effecten is het belangrijk of de producten op de markt meer homogeen dan wel heterogeen zijn, of het product duur is en beslag legt op een groot gedeelte van het budget van de consument dan wel goedkoop is, en of het product eenmalig dan wel herhaaldelijk wordt aangeschaft. Hoe heterogener en minder duur het

⁴² Zie Beschikking 97/26/EG van de Commissie in de zaak IV/M.619 – Gencor/Lonhro, PB L 11 van 14.1.1997, blz. 30.

product is en hoe meer het daarbij om een eenmalige aanschaf gaat, des te waarschijnlijker is het over het algemeen dat verticale beperkingen negatieve effecten hebben.

(117) Het kan bij het beoordelen van bepaalde beperkingen noodzakelijk zijn andere factoren in aanmerking te nemen. Tot deze factoren behoren het cumulatieve effect, d.w.z. de mate waarin de markt door soortgelijke overeenkomsten van anderen wordt bestreken, de vraag of de overeenkomst is “opgelegd” (er rusten hoofdzakelijk op één partij beperkingen of verplichtingen) dan wel “overeengekomen” (beide partijen aanvaarden beperkingen of verplichtingen), het regelgevend kader en gedrag dat op collusie kan wijzen of collusie kan vergemakkelijken, zoals prijsleiderschap, het vooraf aankondigen van prijswijzigingen, discussies over de “juiste” prijs, prijsrigiditeit in geval van overcapaciteit, prijsdiscriminatie en heimelijke gedragsafstemming in het verleden.

1.3.2. Relevante factoren voor de toetsing aan artikel 81, lid 3

(118) Beperkende verticale overeenkomsten kunnen ook concurrentiebevorderende effecten in de vorm van efficiëntieverbeteringen hebben, die zwaarder kunnen wegen dan de concurrentiebeperkende effecten. Deze afweging wordt gemaakt in het kader van artikel 81, lid 3, waarin een uitzondering op het verbod van artikel 81, lid 1, is opgenomen. Deze uitzondering geldt alleen als een verticale overeenkomst objectieve economische voordelen oplevert, de concurrentiebeperkingen onmisbaar zijn voor het realiseren van de efficiëntieverbeteringen, een billijk aandeel in de efficiëntievoordelen de gebruikers ten goede komt en de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid geeft voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen⁴³.

(119) De toetsing van beperkende overeenkomsten aan artikel 81, lid 3, vindt plaats in de feitelijke context van de overeenkomst⁴⁴ en op basis van de op een bepaald moment bestaande feiten. Deze toetsing is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 81, lid 3, is van toepassing zolang aan de vier voorwaarden wordt voldaan, en is niet meer van toepassing wanneer dat niet langer het geval is⁴⁵. Bij de toepassing van artikel 81, lid 3, overeenkomstig deze beginselen moet rekening worden gehouden met de investeringen die de partijen hebben gedaan en met de tijd en de beperkingen die nodig zijn om een investering ter vergroting van de efficiëntie te doen en terug te verdienen.

(120) Met het oog op de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, moeten de objectieve voordelen van de overeenkomst, namelijk de efficiëntieverbeteringen, worden beoordeeld. Zoals uiteengezet is in afdeling VI.1.2, kunnen verticale overeenkomsten in dit opzicht veelal efficiëntieverbeteringen opleveren doordat de wijze waarop de partijen hun complementaire activiteiten verrichten, wordt verbeterd.

(121) Bij de toepassing van het onmisbaarheids criterium van artikel 81, lid 3, zal de Commissie met name nagaan of individuele beperkingen een efficiëntere productie, koop en/of (weder)verkoop van de contractproducten mogelijk maken dan zonder de betrokken beperking het geval zou zijn. Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de

⁴³ Zie de in voetnoot 4 genoemde Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag.

⁴⁴ Zie het arrest in de gevoegde zaken 25/84 en 26/84, Ford, Jurispr. 1985, blz. 2725.

⁴⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie in de TPS-zaak (PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6). Evenzo geldt het verbod van artikel 81, lid 1, slechts zolang de overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt.

marktvoorwaarden en de feitelijke situatie waarmee de partijen bij de overeenkomst te maken hebben. Ondernemingen die zich op artikel 81, lid 3, beroepen, zijn niet verplicht hypothetische en theoretische alternatieven te onderzoeken. Zij moeten echter uiteenzetten en aantonen waarom kennelijk realistische en aanzienlijk minder beperkende alternatieven aanzienlijk minder efficiënt zouden zijn. Als de toepassing van een schijnbaar commercieel realistisch en minder beperkend alternatief tot een aanzienlijk verlies aan efficiëntie zou leiden, wordt de desbetreffende beperking onmisbaar geacht.

(122) De voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen, impliceert dat gebruikers van de in het kader van de verticale overeenkomst gekochte en/of (door)verkochte producten ten minste gecompenseerd moeten worden voor de negatieve gevolgen van de overeenkomst⁴⁶. Dit betekent dat de efficiëntieverbeteringen volledig moeten opwegen tegen de negatieve gevolgen die de overeenkomst waarschijnlijk zal hebben voor de prijzen, de output en andere relevante factoren.

(123) De laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, die vereist dat de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid mag geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen, vergt een analyse van de resterende concurrentiedruk op de markt en de gevolgen van de overeenkomst voor deze bronnen van concurrentie. Bij de toepassing van de laatste voorwaarde van artikel 81, lid 3, moet rekening worden gehouden met de samenhang tussen artikel 81, lid 3, en artikel 82. Volgens de vaste rechtspraak staat de toepassing van artikel 81, lid 3, niet in de weg aan de toepassing van artikel 82 van het Verdrag⁴⁷. Aangezien voorts zowel artikel 81 als artikel 82 tot doel hebben de daadwerkelijke mededinging op de markt te behouden, moet artikel 81, lid 3, omwille van de consistentie worden uitgelegd als inhoudend dat deze uitzonderingsregeling niet mag worden toegepast op beperkende overeenkomsten die misbruik van een machtspositie inhouden⁴⁸. De verticale overeenkomst mag de daadwerkelijke mededinging niet uitschakelen door alle of de meeste bestaande bronnen van daadwerkelijke of potentiële mededinging weg te nemen. Rivaliteit tussen ondernemingen is een belangrijke aanjager van economische efficiëntie, onder meer door dynamische efficiëntieverbeteringen in de vorm van innovatie. Zonder rivaliteit heeft de onderneming met een machtspositie onvoldoende stimulansen om te blijven streven naar efficiëntieverbeteringen, en deze door te geven. Wanneer er geen resterende concurrentie is, noch een te voorziene dreiging van toetreding, weegt de bescherming van rivaliteit en de concurrentiewerking zwaarder dan mogelijke efficiëntieverbetering. Een beperkende overeenkomst die ervoor zorgt dat een marktpositie wordt geschapen, behouden of versterkt die in de buurt komt van een monopolie, is normaliter niet te rechtvaardigen op grond van efficiëntieverbeteringen.

⁴⁶ Zie punt 85 van de in voetnoot 4 genoemde Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag.

⁴⁷ Zie het arrest in de gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Jurispr. 2000, blz. I-1365, punt 130. Evenmin staat de toepasselijkheid van artikel 81, lid 3, in de weg aan de toepasselijkheid van de bepalingen van de Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal. Deze bepalingen zijn onder bepaalde omstandigheden toepasselijk op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1; zie hiervoor het arrest in zaak C-309/99, *Wouters*, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 120.

⁴⁸ Zie in dit verband het arrest in zaak T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Jurispr. 1990, blz. II-309. Zie ook punt 106 van de in voetnoot 4 genoemde Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag.

2. Analyse van specifieke verticale beperkingen

(124) Hieronder worden de meest voorkomende verticale beperkingen en combinaties van verticale beperkingen geanalyseerd met behulp van het in de punten 92 tot en met 123 ontwikkelde analysekader.

2.1. Merkexclusiviteit

(125) Tot de categorie “merkexclusiviteit” behoren overeenkomsten waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat de afnemer ertoe wordt gedwongen of aangezet zijn bestellingen van een bepaald type product bij één leverancier te plaatsen. Dit element komt onder meer voor bij een niet-concurrentiebeding en bij afnamequotering. Een niet-concurrentiebeding is gebaseerd op een verplichting of een systeem van prikkels ten gevolge waarvan de afnemer meer dan 80% van zijn behoefte op een bepaalde markt slechts van één leverancier koopt. Dit betekent niet dat de afnemer alleen direct van de leverancier mag kopen, maar dat hij geen concurrerende goederen of diensten koopt en doorverkoopt of verwerkt. Afnamequotering is een zwakkere vorm van een niet-concurrentiebeding, waarbij ten gevolge van tussen de leverancier en de afnemer overeengekomen prikkels of verplichtingen deze laatste zijn bestellingen grotendeels bij die ene leverancier plaatst. Afnamequotering kan onder meer de vorm aannemen van minimale afnameverplichtingen, voorraadverplichtingen of niet-lineaire prijszetting, zoals voorwaardelijke kortingsregelingen of een tweeledige prijs (vaste vergoeding plus prijs per eenheid). Een zogenoemde Engelse clause, die inhoudt dat de afnemer een eventueel gunstiger aanbod aan de leverancier moet melden en dit slechts mag aanvaarden wanneer de leverancier hem geen even gunstig aanbod doet, zal waarschijnlijk hetzelfde effect hebben als een merkexclusiviteitsverplichting, in het bijzonder wanneer de afnemer verplicht is bekend te maken van wie het gunstiger aanbod afkomstig is.

(126) De mogelijke risico's van merkexclusiviteit voor de mededinging zijn afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers en potentiële leveranciers, vergemakkelijking van collusie tussen leveranciers in geval van cumulatieve toepassing en, wanneer de afnemer een detailhandelaar is die aan consumenten verkoopt, een vermindering van de in-storeconcurrentie tussen merken. Deze restrictieve effecten hebben alle drie directe gevolgen voor de concurrentie tussen merken.

(127) Merkexclusiviteit is krachtens de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld indien het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer niet meer dan 30% bedraagt en mits de duur van het niet-concurrentiebeding niet langer dan vijf jaar is. Boven de marktaandeedrempel of in geval van overschrijding van de maximale looptijd van vijf jaar gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van individuele gevallen.

(128) Merkexclusiviteitsverplichtingen van één specifieke leverancier kunnen met name tot concurrentiebeperkende uitsluiting leiden wanneer, zonder die verplichtingen, belangrijke concurrentiedruk uitgaat van concurrenten die hetzij nog niet op de markt aanwezig zijn op het moment dat de verplichtingen worden aangegaan, hetzij niet in staat zijn te concurreren om de volledige levering aan de afnemers. Concurrenten kunnen niet in staat zijn te concurreren om de volledige vraag van een individuele afnemer omdat de desbetreffende leverancier voor ten minste een deel van de vraag op de markt een onmisbare handelspartner is, bijvoorbeeld omdat zijn merk een “must-stockproduct” is dat de voorkeur heeft van tal van eindgebruikers, of omdat de andere leveranciers zodanige capaciteitsbeperkingen ondervinden

dat aan een deel van de vraag alleen door de desbetreffende leverancier kan worden voldaan⁴⁹. De marktpositie van de leverancier is dus van groot belang voor het beoordelen van mogelijke concurrentiebeperkende effecten van merkexclusiviteitsverplichtingen.

(129) Als concurrenten onder gelijke voorwaarden kunnen concurreren om de volledige vraag van elke afzonderlijke afnemer, is het over het algemeen onwaarschijnlijk dat een merkexclusiviteitsverplichting van een specifieke leverancier de daadwerkelijke mededinging belemmert, tenzij afnemers door de duur en de marktdekking van de merkexclusiviteitsverplichtingen moeilijk van leverancier kunnen veranderen. Hoe hoger zijn gebonden marktaandeel, d.w.z. het gedeelte van zijn marktaandeel dat hij met een merkexclusiviteitsverplichting verkoopt, des te signifikanter zal de marktafscherming waarschijnlijk zijn. Evenzo zal de marktafscherming waarschijnlijk signifikanter zijn naarmate de merkexclusiviteitsverplichtingen van langere duur zijn. Merkexclusiviteitsbedingen die voor minder dan een jaar worden aangegaan door ondernemingen die geen machtspositie innemen, worden over het algemeen geacht geen merkbare concurrentiebeperkende effecten en per saldo geen negatieve effecten te hebben. Bij merkexclusiviteitsverplichtingen met een looptijd van één tot vijf jaar, aangegaan door niet-dominante ondernemingen, is in de regel een echte afweging tussen de concurrentiebevorderende en de concurrentiebeperkende effecten vereist, terwijl in het geval van merkexclusiviteitsverplichtingen met een looptijd van meer dan vijf jaar voor de meeste soorten investeringen de verplichtingen niet noodzakelijk worden geacht om de beweerde efficiëntieverbeteringen te verwezenlijken of de efficiëntieverbeteringen ontoereikend worden geacht om het marktafschermende effect te compenseren. Bij merkexclusiviteitsverplichtingen die door ondernemingen met een machtspositie worden aangegaan, is concurrentiebeperkende afscherming waarschijnlijker.

(130) Voor het beoordelen van de marktmacht van de leverancier is de marktpositie van zijn concurrenten belangrijk. Zolang die concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen merkbare concurrentiebeperkende effecten te verwachten. Uitsluiting van concurrenten is niet erg waarschijnlijk wanneer zij een even sterke marktpositie innemen en even aantrekkelijke producten kunnen aanbieden. In een dergelijk geval kan er echter ten aanzien van potentiële toetreders sprake zijn van marktafscherming wanneer verschillende grote leveranciers met een aanzienlijk aantal afnemers op de relevante markt overeenkomsten met een merkexclusiviteitsverplichting sluiten (geval van cumulatief effect). Ook kunnen overeenkomsten met een merkexclusiviteitsverplichting in een dergelijk geval collusie tussen concurrerende leveranciers in de hand werken. Wanneer deze leveranciers individueel onder toepassing van de groepsvrijstelling vallen, kan het in zo'n geval waarin een negatief cumulatief effect optreedt, noodzakelijk zijn deze vrijstelling in te trekken. Er wordt over het algemeen van uitgegaan dat een gebonden marktaandeel van minder dan 5% niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief afschermend effect bijdraagt.

(131) Wanneer het marktaandeel van de grootste leverancier minder dan 30% en dat van de vijf grootste leveranciers minder dan 50% bedraagt is het onwaarschijnlijk dat een situatie ontstaat waarin er sprake is van een individueel of cumulatief concurrentiebeperkend effect. Indien een potentiële toetreders de markt niet op rendabele wijze kan penetreren, is dit waarschijnlijk toe te schrijven aan andere factoren dan merkexclusiviteitsverplichtingen, bijvoorbeeld aan de voorkeur van de consument.

⁴⁹ Arrest in zaak T-65/98 Van den Bergh Foods/Commissie, Jurispr. 2003, blz. II-4653, punten 104 en 156.

(132) Toetredingsdrempels zijn een belangrijke factor om vast te stellen of er werkelijk sprake is van concurrentiebeperkende marktafscherming. Zolang het voor concurrerende leveranciers betrekkelijk gemakkelijk is om nieuwe afzetmogelijkheden te creëren of alternatieve afnemers voor hun product te vinden, is marktafscherming waarschijnlijk geen echt probleem. Er bestaan echter vaak toetredingsdrempels, zowel op het productie- als op het distributieniveau.

(133) Tegenmacht is een relevante factor, omdat sterke afnemers zich niet gemakkelijk van de levering van concurrerende goederen of diensten zullen laten afsnijden. Meer in het algemeen kan het nodig zijn dat de leverancier zijn klanten, om hen ervan te overtuigen merkexclusiviteit te aanvaarden, geheel of gedeeltelijk compenseert voor het verlies aan concurrentie als gevolg van de exclusiviteit. Wanneer een dergelijke compensatie wordt gegeven, kan het in het individuele belang van een klant zijn om met de leverancier een merkexclusiviteitsverplichting aan te gaan. Het zou echter verkeerd zijn, hieruit automatisch te concluderen dat alle merkexclusiviteitsverplichtingen gunstig zijn voor alle klanten op die markt en voor de eindgebruikers. Het is met name onwaarschijnlijk dat alle klanten zullen profiteren wanneer er veel klanten zijn en het geheel van merkexclusiviteitsverplichtingen ten gevolge heeft dat de toetreding of uitbreiding van concurrerende ondernemingen wordt belet.

(134) Ten slotte is het handelsniveau een relevante factor. Concurrentiebeperkende marktafscherming is minder waarschijnlijk in het geval van een intermediair product. Wanneer de leverancier van een intermediair product geen machtspositie inneemt, blijft er voor de concurrerende leveranciers een aanzienlijk gedeelte van de vraag over dat “vrij” is. Beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie kan zich, wanneer er een cumulatief effect optreedt, echter een concurrentiebeperkend marktafschermend effect plaatsvinden. Een cumulatief concurrentiebeperkend effect is onwaarschijnlijk zolang minder dan 50% van de markt gebonden is.

(135) Wanneer de overeenkomst betrekking heeft op de levering van een eindproduct op het groothandelsniveau, hangt de waarschijnlijkheid van een concurrentieprobleem voornamelijk af van het type groothandel en de toetredingsdrempels op het groothandelsniveau. Er is geen echt risico van concurrentiebeperkende marktafscherming wanneer concurrerende producenten gemakkelijk hun eigen groothandel kunnen opzetten. Of de toetredingsdrempels laag zijn, hangt ten dele af van het type groothandel, d.w.z. van de vraag of groothandelaren al dan niet efficiënt kunnen opereren wanneer zij slechts handel drijven in het product waarop de overeenkomst betrekking heeft (bijvoorbeeld roomijs), dan wel of het efficiënter is handel te drijven in een heel gamma van producten (bijvoorbeeld diepvrieslevensmiddelen). In het laatste geval is het voor een producent die slechts één product verkoopt, inefficiënt zijn eigen groothandel op te zetten. In dat geval kunnen er concurrentiebeperkende effecten optreden. Bovendien kunnen zich problemen in verband met cumulatieve effecten voordoen wanneer verschillende leveranciers de meeste van de beschikbare groothandelaren aan zich binden.

(136) Wat eindproducten betreft, is marktafscherming over het algemeen waarschijnlijker op het detailhandelsniveau, omdat de meeste producenten die alleen voor hun eigen producten detailhandelsverkooppunten willen oprichten, op belangrijke toetredingsdrempels stuiten. Op het detailhandelsniveau kunnen overeenkomsten met een merkexclusiviteitsverplichting bovendien tot een vermindering van de in-storeconcurrentie tussen merken leiden. Dit verklaart waarom, alle andere relevante factoren in aanmerking genomen, bij eindproducten op het detailhandelsniveau belangrijke concurrentiebeperkende effecten kunnen optreden zodra een leverancier zonder machtspositie 30% of meer van de relevante markt aan zich bindt. In het geval van een onderneming met een machtspositie kunnen reeds bij een vrij klein gebonden marktaandeel belangrijke concurrentiebeperkende effecten optreden.

(137) Op het detailhandelsniveau kan er ook sprake zijn van een cumulatief marktafshermend effect. Wanneer alle leveranciers een marktaandeel van minder dan 30% hebben, is een cumulatief concurrentiebeperkend marktafshermend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 40% bedraagt; intrekking van de groepsvrijstelling is bijgevolg onwaarschijnlijk. Dit cijfer kan hoger zijn wanneer andere factoren zoals het aantal concurrenten, de toetredingsdrempels enz. in aanmerking worden genomen. Wanneer niet alle ondernemingen marktaandelen beneden de drempel van de Groepsvrijstellingsverordening hebben, maar geen van hen een machtspositie inneemt, is een cumulatief concurrentiebeperkend marktafshermend effect onwaarschijnlijk indien het totale gebonden marktaandeel minder dan 30% bedraagt.

(138) Wanneer de afnemer zijn bedrijf uitoefent in ruimten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of die de leverancier van niet met de afnemer verbonden derden huurt, zal de mogelijkheid om maatregelen op te leggen die het probleem van een eventueel marktafshermend effect daadwerkelijk verhelpen, beperkt zijn. In dit geval is het onwaarschijnlijk dat de Commissie tussenbeide komt beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie.

(139) In bepaalde sectoren kan het moeilijk zijn in één verkooppunt meer dan één merk te verkopen; in een dergelijk geval kan een probleem van marktafsherming beter worden verholpen door de looptijd van de contracten te beperken.

(140) Wanneer merkbare concurrentiebeperkende effecten zijn vastgesteld, rijst de vraag of een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, mogelijk is. Met betrekking tot niet-concurrentiebedingen kunnen in het bijzonder de in punt 103, onder 1) (meeliftproblemen tussen leveranciers), 4), 5) (“hold-upproblemen”) en 8) (onvolkomenheden van de kapitaalmarkt) beschreven efficiëntieverbeteringen van belang zijn.

(141) In het geval van een efficiëntieverbetering zoals beschreven in punt 103, onder 1), 4) en 8), zou afnamequotering misschien een minder restrictief alternatief kunnen zijn. Een niet-concurrentiebeding kan de enige realistische manier zijn om een efficiëntieverbetering zoals beschreven in punt 103, onder 5) (“hold-upprobleem” in verband met de overdracht van knowhow) te verwezenlijken.

(142) In het geval van een relatiegebonden investering door de leverancier (zie efficiëntieverbetering 4) in punt 103) zal een overeenkomst die voor de duur van de afschrijving van de investering voorziet in een niet-concurrentiebeding of een clause inzake afnamequotering, over het algemeen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen. In het geval van hoge relatiegebonden investeringen kan een niet-concurrentiebeding met een looptijd van meer dan vijf jaar gerechtvaardigd zijn. Er kan bijvoorbeeld sprake zijn van een relatiegebonden investering wanneer de leverancier uitrusting moet installeren of aanpassen die nadien uitsluitend voor het produceren van componenten voor een bepaalde afnemer kan worden gebruikt. Algemene of marktspecifieke investeringen in (extra) capaciteit zijn normaliter geen relatiegebonden investeringen. Wanneer echter een leverancier nieuwe capaciteit creëert die specifiek met de bedrijfsactiviteiten van een bepaalde afnemer verband houdt – men denke bijvoorbeeld aan een producent van blikjes die op het terrein of in de nabijheid van de conservenfabriek van een levensmiddelenproducent nieuwe capaciteit voor de productie van blikjes creëert –, kan het zijn dat die nieuwe capaciteit slechts rendabel is indien voor die bepaalde afnemer wordt geproduceerd, in welk geval de investering als relatiegebonden zou worden beschouwd.

(143) Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt of hem uitrusting ter beschikking stelt die niet-relatiegebonden is, is dit normaliter op zichzelf niet voldoende om een vrijstelling voor een concurrentiebeperkend marktafschermend effect te rechtvaardigen. De gevallen waarin er sprake is van onvolkomenheden van de kapitaalmarkt, waardoor het efficiënter is wanneer de leverancier van een product een lening verstrekt dan wanneer een bank dat doet, zullen niet erg talrijk zijn (zie efficiëntieverbetering 8) in punt 103). Zelfs wanneer de leverancier van het product de efficiëntste kapitaalverschaffer is, dient de lening op de minst beperkende wijze te worden verschaft en mag het de afnemer niet worden verhinderd op een willekeurig tijdstip en zonder betaling van een boete de verplichting te beëindigen en het saldo van de lening af te lossen.

(144) De overdracht van wezenlijke knowhow (efficiëntieverbetering 5) in punt 103) rechtvaardigt gewoonlijk een niet-concurrentiebeding gedurende de volledige looptijd van de leveringsovereenkomst, zoals bijvoorbeeld bij franchising.

(145) Voorbeeld van een niet-concurrentiebeding

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

Het resultaat is dat in totaal 46% (36% + 10%) van de markt is afgesloten voor potentiële toetreders en voor gevestigde ondernemingen die niet over gebonden verkooppunten beschikken. Voor potentiële toetreders is de markt nog moeilijker toegankelijk in de dichtbevolkte gebieden, waar het afschermingseffect nog sterker is, hoewel zij het liefst juist daar de markt zouden betreden. Wegens de sterke merk- en productdifferentiatie en omdat de zoekkosten in verhouding tot de prijs van het product hoog zijn, leidt de afwezigheid van in-storeconcurrentie tussen merken bovendien tot nog meer verlies van welvaart voor de consument. De mogelijke efficiëntieverbeteringen als gevolg van de exclusieve binding van de verkooppunten, die naar de marktleider beweert het gevolg zijn van lagere vervoerskosten en een mogelijk probleem met betrekking tot de voorraadkasten, zijn beperkt en wegen niet op tegen de negatieve effecten op de mededinging. De efficiëntieverbeteringen zijn beperkt omdat de vervoerskosten verband houden met de hoeveelheid en niet met de exclusiviteit en omdat de voorraadkasten niet op speciale knowhow berusten en niet-merkgebonden zijn. Bijgevolg is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan.

(146) Voorbeeld van afnamequotering

Een producent X met een marktaandeel van 40% verkoopt 80% van zijn productie door middel van contracten waarin is bepaald dat de wederverkoper verplicht is ten minste 75% van zijn behoefte aan het betrokken type product van X te betrekken. In ruil hiervoor biedt X op voordelige voorwaarden financiering en uitrusting aan. De contracten hebben een looptijd

van vijf jaar, gedurende welke de lening in gelijke termijnen moet worden afgelost. Na twee jaar hebben de afnemers echter de mogelijkheid het contract met een opzegtermijn van zes maanden te beëindigen, mits zij het saldo van de lening terugbetalen en de uitrusting tegen de marktwaarde overnemen. Bij het verstrijken van de periode van vijf jaar wordt de uitrusting eigendom van de afnemer. De meeste concurrerende producenten zijn klein, twaalf in totaal van wie de grootste een marktaandeel van 20% heeft; zij sluiten soortgelijke contracten met een verschillende looptijd. Bij de producenten met een marktaandeel van minder dan 10% hebben de contracten vaak een langere looptijd en zijn de opzeggingsclausules strikter. De contracten van producent X laten zijn wederverkopers vrij 25% van hun behoefte bij concurrenten te betrekken. De laatste drie jaar zijn twee nieuwe producenten tot de markt toegetreden en zij hebben een gecombineerd marktaandeel van ongeveer 8% weten te behalen, ten dele door de leningen van een aantal wederverkopers over te nemen in ruil voor contracten met die wederverkopers.

Het gebonden marktaandeel van producent X bedraagt 24% ($0,75 \times 0,80 \times 40\%$). Het gebonden marktaandeel van de andere producenten bedraagt ongeveer 25%. Dit betekent dat ten minste gedurende de eerste twee jaar van de looptijd van de leveringscontracten 49% van de markt is afgesloten voor potentiële toetreders en voor gevestigde ondernemingen die niet over gebonden verkooppunten beschikken. De markt laat zien dat de wederverkopers vaak moeilijk leningen van banken kunnen verkrijgen en over het algemeen te klein zijn om zich op een andere wijze, bijvoorbeeld door de uitgifte van aandelen, kapitaal te verschaffen. Bovendien kan producent X aantonen dat hij door slechts aan een beperkt aantal wederverkopers te leveren, zijn afzet beter kan plannen en op zijn vervoerskosten kan besparen. Gelet op de efficiëntieverbeteringen, enerzijds, en het feit dat volgens de contracten van producent X zijn wederverkopers voor 25% van hun behoefte niet-gebonden zijn, de reële mogelijkheid om het contract vroegtijdig op te zeggen, de recente toetreding van nieuwe producenten en het feit dat ongeveer de helft van de wederverkopers niet-gebonden zijn, anderzijds, is het waarschijnlijk dat de door producent X opgelegde afnameverplichting van 75% aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet.

2.2. *Alleenverkoop*

(147) Bij een alleenverkoopovereenkomst verbindt de leverancier zich ertoe in een bepaald gebied zijn producten slechts aan één distributeur met het oog op wederverkoop te verkopen. Tegelijkertijd worden aan de distributeur meestal beperkingen opgelegd met betrekking tot zijn actieve verkoop in andere (op basis van exclusiviteit toegewezen) gebieden. De belangrijkste mogelijke risico's voor de mededinging zijn vermindering van de concurrentie binnen een merk en marktverdeling, waardoor met name prijsdiscriminatie kan worden vergemakkelijkt. Wanneer de meeste of alle leveranciers alleenverkoop toepassen, kan dit collusie, zowel op het niveau van de leveranciers als op het niveau van de distributeurs, in de hand werken. Ten slotte kan alleenverkoop leiden tot uitsluiting van andere distributeurs, waardoor de mededinging op dat niveau wordt beperkt.

(148) Alleenverkoop is krachtens de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld indien het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer niet meer dan 30% bedraagt, zelfs in combinatie met andere verticale beperkingen die geen hardekernbeperkingen zijn, zoals een niet-concurrentiebeding met een duur van ten hoogste vijf jaar, afnamequotering of exclusieve afname. Een combinatie van alleenverkoop met selectieve distributie komt slechts voor groepsvrijstelling in aanmerking wanneer geen beperkingen worden gesteld aan de actieve verkoop in andere gebieden. Boven de marktaandeeldrempel van 30% gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van alleenverkoop in individuele gevallen.

(149) De marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten is een zeer belangrijke factor, omdat de vermindering van de concurrentie binnen een merk slechts een probleem kan doen rijzen indien de concurrentie tussen merken beperkt is. De vermindering van de concurrentie binnen een merk is ernstiger naarmate de positie van de leverancier sterker is. Boven de marktaandeeldrempel van 30% kan er een risico bestaan dat de concurrentie binnen een merk sterk afneemt. Om aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, te voldoen, kan het nodig zijn dat tegenover de vermindering van de concurrentie binnen een merk reële efficiëntieverbeteringen staan.

(150) De positie van de concurrenten kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn. De aanwezigheid van sterke concurrenten zal over het algemeen met zich meebrengen dat de vermindering van de concurrentie binnen een merk door voldoende concurrentie tussen merken wordt gecompenseerd. Wanneer het aantal concurrenten vrij klein wordt en hun marktpositie uit het oogpunt van hun marktaandeel, hun capaciteit en hun distributienet min of meer dezelfde is, bestaat er echter een risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie. De vermindering van de concurrentie binnen een merk kan dit risico verhogen, in het bijzonder wanneer verschillende leveranciers soortgelijke distributiesystemen toepassen. Bij meervoudig exclusief distributeurschap, waarbij verschillende leveranciers in een bepaald gebied dezelfde exclusieve distributeur aanwijzen, kan het risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie nog groter zijn. Wanneer een wederverkoper het exclusieve recht verkrijgt om twee of meer belangrijke concurrerende producten in hetzelfde gebied te distribueren, kan de concurrentie tussen die merken aanzienlijk worden beperkt. Hoe hoger het cumulatieve marktaandeel van de door de meervoudige exclusieve distributeurs gedistribueerde merken is, des te groter is het risico van collusie en/of afzwakking van de concurrentie en des te meer zal de concurrentie tussen merken worden beperkt. Wanneer een detailhandelaar voor een aantal merken de exclusieve distributeur is, kan dit tot gevolg hebben dat hij, wanneer één producent de groothandelsprijs van zijn merk verlaagt, niet gauw geneigd zal zijn deze prijsverlaging aan de consument door te geven, omdat in dat geval zijn omzet van de andere merken en de winst die hij daarmee maakt, zouden afnemen. Ten opzichte van de situatie zonder exclusief distributeurschap hebben de producenten bijgevolg minder belang bij onderlinge prijsconcurrentie. Het zich voordoen van een dergelijk cumulatief effect kan een reden zijn om de groepsvrijstelling in te trekken wanneer de marktaandelen van de leveranciers en afnemers beneden de drempel van de Groepsvrijstellingsverordening liggen.

(151) Toetredingsdrempels, die het voor leveranciers moeilijk kunnen maken nieuwe afzetmogelijkheden te creëren of alternatieve distributeurs te vinden, zijn een minder belangrijke factor voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van alleenverkoop. Uitsluiting van andere leveranciers doet zich niet voor zolang alleenverkoop niet met merkexclusiviteit wordt gecombineerd.

(152) Uitsluiting van andere distributeurs is geen probleem indien de leverancier die het alleenverkoopstelsel toepast, op dezelfde markt een groot aantal exclusieve distributeurs aanwijst en die exclusieve distributeurs geen restricties oplegt met betrekking tot de verkoop aan niet-aangewezen distributeurs. Uitsluiting van andere distributeurs kan echter een probleem worden wanneer er sprake is van afnemersmacht en er op de downstreammarkt sprake is van marktmacht, in het bijzonder wanneer in zeer grote gebieden de exclusieve distributeur de enige afnemer wordt voor een hele markt. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een supermarktketen op een nationale detailhandelsmarkt voor levensmiddelen de enige distributeur van een leidend merk wordt. De uitsluiting van andere distributeurs kan erger zijn in het geval van meervoudig exclusief distributeurschap.

(153) Afnemersmacht kan ook het risico van collusie aan de vraagzijde verhogen wanneer de alleenverkoopregelingen door belangrijke, mogelijksterwijs in verschillende gebieden gevestigde afnemers aan een of meer leveranciers worden opgelegd.

(154) De rijpheid van de markt is een belangrijke factor, omdat vermindering van de concurrentie binnen een merk en prijsdiscriminatie een ernstig probleem kunnen vormen op een “rijpe” markt, maar wellicht minder relevant zijn op een markt met een groeiende vraag, evoluerende technologie en veranderende marktposities.

(155) Het handelsniveau is een belangrijke factor, omdat de mogelijke negatieve effecten verschillend kunnen zijn op het groothandelsniveau en op het detailhandelsniveau. Alleenverkoop wordt voornamelijk bij de distributie van eindproducten toegepast. Een vermindering van de concurrentie binnen een merk is vooral waarschijnlijk op het detailhandelsniveau wanneer de verkoopgebieden groot zijn, omdat de consumenten voor een belangrijk merk kunnen worden geconfronteerd met een gebrek aan keuze tussen een distributeur met hoge prijzen en een hoog serviceniveau en een distributeur met lage prijzen en een laag serviceniveau.

(156) Een producent die een groothandelaar als exclusieve distributeur uitkiest, doet dit gewoonlijk voor een vrij groot gebied, bijvoorbeeld voor een gehele lidstaat. Zolang de groothandelaar de producten zonder enige beperking downstream aan detailhandelaren kan verkopen, treden waarschijnlijk geen merkbare concurrentiebeperkende effecten op. Een mogelijke vermindering van de concurrentie binnen een merk op het groothandelsniveau kan gemakkelijk door efficiëntieverbeteringen op het gebied van logistiek, promotie enz. worden gecompenseerd, in het bijzonder wanneer de producent in een ander land gevestigd is. De mogelijke risico's van meervoudig exclusief distributeurschap voor de concurrentie tussen merken zijn echter hoger op het groothandelsniveau dan op het detailhandelsniveau. Als één groothandelaar voor een groot aantal leveranciers de exclusieve distributeur wordt, kan hierdoor niet alleen de concurrentie tussen de betrokken merken worden beperkt, maar ook de markt op groothandelsniveau worden afgeschermd.

(157) Zoals hierboven al is vermeld, is er geen sprake van uitsluiting van andere leveranciers zolang alleenverkoop niet met merkexclusiviteit wordt gecombineerd. Maar ook wanneer alleenverkoop met merkexclusiviteit wordt gecombineerd, is concurrentiebeperkende uitsluiting van andere leveranciers niet waarschijnlijk, behalve mogelijksterwijs wanneer de merkexclusiviteit wordt toegepast op een dicht net van exclusieve distributeurs met kleine gebieden, of bij een cumulatief effect. Het kan dan noodzakelijk zijn de hierboven met betrekking tot merkexclusiviteit uiteengezette beginselen toe te passen. Wanneer de combinatie van alleenverkoop met merkexclusiviteit echter niet tot marktafscherming leidt, kan zij bevorderlijk voor de mededinging zijn, omdat de prikkel voor de exclusieve distributeur om zijn inspanningen op het betrokken merk toe te spitsen, sterker wordt. Mits geen dergelijk probleem van marktafscherming rijst, is het bijgevolg heel goed mogelijk dat de combinatie van alleenverkoop met een niet-concurrentiebeding voor de volledige looptijd van de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoet, in het bijzonder op het groothandelsniveau.

(158) De combinatie van alleenverkoop met exclusieve afname verhoogt de mogelijke risico's van vermindering van de concurrentie binnen een merk en marktverdeling, hetgeen met name prijsdiscriminatie in de hand kan werken. Alleenverkoop beperkt reeds arbitrage door klanten, omdat een limiet wordt gesteld aan het aantal distributeurs en meestal ook aan de vrijheid van de distributeurs om aan actieve verkoop te doen. Exclusieve afname, waarbij de exclusieve

distributeurs verplicht zijn hun voorraden van het betrokken merk direct van de producent te betrekken, maakt bovendien arbitrage tussen de exclusieve distributeurs onmogelijk, omdat zij niet van andere distributeurs binnen het net mogen kopen. Hierdoor heeft de leverancier meer mogelijkheden om de concurrentie binnen een merk te beperken en tegelijkertijd ten koste van de klanten ongelijke verkoopvoorwaarden toe te passen, tenzij door de combinatie efficiëntieverbeteringen kunnen worden verwezenlijkt waardoor de prijzen voor alle eindgebruikers dalen.

(159) Wat de aard van het product is, is niet erg relevant voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van alleenverkoop. Dit is echter wel relevant wanneer de kwestie van mogelijke efficiëntieverbeteringen aan de orde komt, hetgeen het geval is nadat een merkbaar concurrentiebeperkend effect is vastgesteld.

(160) Alleenverkoop kan tot efficiëntieverbeteringen leiden, in het bijzonder wanneer investeringen door de distributeurs noodzakelijk zijn om een merkimago op te bouwen of te beschermen. De kans op efficiëntieverbeteringen is over het algemeen het grootst bij nieuwe producten, complexe producten, producten waarvan de kwaliteiten vóór consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde ervaringsproducten) en producten waarvan de kwaliteiten zelfs na consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde vertrouwensproducten). Bovendien kan alleenverkoop vanwege schaalvoordelen bij het transport en de distributie tot besparingen op de logistieke kosten leiden.

(161) Voorbeeld van alleenverkoop op het groothandelsniveau

Op de markt voor een duurzaam consumentenproduct is A de marktleider. A verkoopt zijn product via exclusieve distributeurs in de groothandel. De gebieden van de groothandelaren bestrijken in kleinere lidstaten het gehele nationale grondgebied en in grotere lidstaten een bepaalde regio. Deze exclusieve distributeurs verkopen aan alle detailhandelaren in hun gebied. Zij verkopen niet aan consumenten. De groothandelaren zijn met de promotie in hun gebied belast. Dit omvat het sponsoren van plaatselijke evenementen, maar ook het promoten van nieuwe producten bij de detailhandelaren en het adviseren van de detailhandelaren over die producten in hun gebied. Het tempo van de technologische en productinnovatie op de betrokken markt is vrij hoog, en de presaleservice ten behoeve van de detailhandelaren en de consumenten speelt een belangrijke rol. De groothandelaren zijn niet verplicht ten belope van hun totale behoefte de producten van het merk van leverancier A van de producent zelf te betrekken, en arbitrage door groothandelaren of detailhandelaren is mogelijk omdat de transportkosten betrekkelijk laag zijn in verhouding tot de waarde van het product. Er wordt aan de groothandelaren geen niet-concurrentiebeding opgelegd. De detailhandelaren verkopen ook een aantal merken van concurrerende leveranciers en er bestaan op het detailhandelsniveau geen alleenverkoopovereenkomsten of selectieve-distributieovereenkomsten. Op de Europese markt van de verkoop aan groothandelaren heeft A een marktaandeel van ongeveer 50%. Zijn marktaandeel op de verschillende nationale detailhandelsmarkten schommelt tussen 40 en 60%. A heeft op elke nationale markt zes tot tien concurrenten: B, C en D zijn zijn grootste concurrenten; zij zijn ook op elke nationale markt aanwezig, met een marktaandeel tussen 20 en 5%. De overige producenten zijn nationale producenten, met een kleiner marktaandeel. B, C en D beschikken over soortgelijke distributienetten, terwijl de lokale producenten hun producten meestal direct aan detailhandelaren verkopen.

Op de bovengenoemde groothandelsmarkt zijn de risico's van vermindering van de concurrentie binnen een merk en prijsdiscriminatie gering. Arbitrage wordt niet belemmerd,

en het ontbreken van concurrentie binnen een merk is op het groothandelsniveau niet erg relevant. Op het detailhandelsniveau wordt noch de concurrentie binnen een merk, noch de concurrentie tussen merken belemmerd. Bovendien ondervindt de concurrentie tussen merken nauwelijks gevolgen van de exclusiviteitsregelingen op het groothandelsniveau. Om deze redenen is het, zelfs als er sprake zou zijn van concurrentiebeperkende effecten, waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan.

(162) Voorbeeld van meervoudig exclusief distributeurschap op een oligopolistische markt

Op een nationale markt voor een eindproduct zijn er vier marktleiders, met elk een marktaandeel rond 20%. Deze vier marktleiders verkopen hun product via exclusieve distributeurs op het detailhandelsniveau. Aan de detailhandelaren wordt op basis van exclusiviteit een gebied toegewezen, dat de stad of in grote steden het stadsdeel waar zij gevestigd zijn, bestrijkt. In de meeste gebieden wijzen de vier marktleiders dezelfde detailhandelaar als exclusieve distributeur aan (“meervoudig exclusief distributeurschap”); het betreft vaak detailhandelaren van wie het bedrijf centraal gelegen is en die min of meer in het product gespecialiseerd zijn. De overige 20% van de nationale markt bestaat uit kleine lokale producenten, van wie de grootste een marktaandeel van 5% op de nationale markt heeft. Deze lokale producenten verkopen hun producten veelal via andere detailhandelaren, met name omdat de exclusieve distributeurs van de vier grootste leveranciers over het algemeen weinig in de verkoop van minder bekende en goedkopere merken geïnteresseerd zijn. Er bestaat op de markt een sterke merk- en productdifferentiatie. De vier marktleiders voeren grootscheepse landelijke reclamecampagnes en bezitten een sterk merkimage, terwijl de kleine producenten hun producten niet op landelijk niveau promoten. Het gaat om een betrekkelijk rijpe markt, met een stabiele vraag en geen belangrijke technologische en productinnovatie. Het product is relatief eenvoudig.

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

Hoewel het marktaandeel van elk van de marktleiders beneden de drempel ligt, is het mogelijk dat niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan en kan het noodzakelijk zijn de groepsvrijstelling in te trekken.

(163) Voorbeeld van een combinatie van alleenverkoop met exclusieve afname

Producent A is de Europese marktleider voor een volumineus, duurzaam consumentenproduct; hij heeft op de meeste nationale detailhandelsmarkten een marktaandeel

van 40 tot 60%. In de lidstaten waar hij een groot marktaandeel heeft, heeft hij minder concurrenten, met veel kleinere marktaandelen. De concurrenten zijn slechts op één of twee nationale markten aanwezig. A heeft al jaren het beleid dat hij zijn product via zijn nationale dochterondernemingen aan exclusieve distributeurs op het detailhandelsniveau verkoopt. Het is de exclusieve distributeurs niet toegestaan actief in elkaars gebied te verkopen. Deze distributeurs worden hierdoor gestimuleerd om het product te promoten en presaleservice te verlenen. Onlangs zijn de detailhandelaren bovendien verplicht de producten van producent A uitsluitend van diens dochteronderneming in hun eigen land te betrekken. De detailhandelaren die het merk van producent A verkopen, zijn de belangrijkste wederverkopers van dat type product in hun gebied. Zij verkopen ook concurrerende merken, zij het met wisselend succes en enthousiasme. Sinds hij de exclusieve afname heeft ingevoerd, hanteert A prijsverschillen van 10 tot 15% tussen de markten; op markten waarop hij minder concurrentie ondervindt, zijn de prijzen hoger. De markten zijn betrekkelijk stabiel, zowel aan de vraag- als aan de aanbodzijde, en er is geen noemenswaardige technologische evolutie.

Op de markten met hoge prijzen leidt niet alleen de gebiedsexclusiviteit op het detailhandelsniveau tot een vermindering van de concurrentie binnen een merk, maar wordt deze vermindering nog verergerd door de aan de detailhandelaren opgelegde exclusieve-afnameverplichting. De exclusieve-afnameverplichting draagt ertoe bij dat de markten en gebieden gescheiden worden gehouden, doordat zij arbitrage tussen de exclusieve distributeurs in de detailhandel onmogelijk maakt. De exclusieve distributeurs mogen ook niet actief in elkaars gebied verkopen en proberen in de praktijk te vermijden buiten hun eigen gebied te leveren. Hierdoor is prijsdiscriminatie mogelijk geworden, zonder dat de totale verkoop aanmerkelijk is toegenomen. Arbitrage door consumenten of onafhankelijke handelaren is beperkt vanwege de grote omvang van het product.

Hoewel voor het aanwijzen van exclusieve distributeurs mogelijk overtuigende argumenten in verband met efficiëntieverbetering kunnen worden aangevoerd, met name door de stimulans voor detailhandelaren, is het onwaarschijnlijk dat de mogelijke efficiëntieverbeteringen door de combinatie van alleenverkoop en exclusieve afname, en met name de mogelijke efficiëntieverbeteringen door exclusieve afname als gevolg van schaalvoordelen bij het transport, opwegen tegen het negatieve effect van prijsdiscriminatie en verminderde concurrentie binnen een merk. Bijgevolg is het onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan.

2.3. Klantenexclusiviteit

(164) Bij een overeenkomst inzake klantenexclusiviteit verbindt de leverancier zich ertoe zijn producten slechts aan één distributeur te verkopen met het oog op wederverkoop aan een bepaalde categorie klanten. Meestal worden aan de distributeur tegelijkertijd beperkingen opgelegd met betrekking tot zijn actieve verkoop aan exclusief aan anderen toegewezen categorieën klanten. De belangrijkste mogelijke risico's voor de mededinging zijn vermindering van de concurrentie binnen een merk en marktverdeling, waardoor met name prijsdiscriminatie kan worden vergemakkelijkt. Wanneer de meeste of alle leveranciers klantenexclusiviteit toepassen, kan dit collusie, zowel op het niveau van de leveranciers als op het niveau van de distributeurs, in de hand werken. Ten slotte kan klantenexclusiviteit leiden tot uitsluiting van andere distributeurs, waardoor de mededinging op dat niveau wordt beperkt.

(165) Klantenexclusiviteit is krachtens de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld indien het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer de drempel van 30% niet

overschrijdt, zelfs in combinatie met andere verticale beperkingen die niet tot de harde kernbeperkingen behoren, zoals een niet-concurrentiebeding, afnamequotering of exclusieve afname. Een combinatie van klantenexclusiviteit met selectieve distributie vormt normaliter een harde kernbeperking, omdat de actieve verkoop door de erkende distributeurs aan eindgebruikers gewoonlijk niet wordt vrijgelaten. Boven de marktaandeeldrempel van 30% gelden de in de punten 147 tot en met 163 uiteengezette richtsnoeren inzake alleenverkoop op overeenkomstige wijze voor het beoordelen van klantenexclusiviteit, zij het onder voorbehoud van onderstaande opmerkingen.

(166) Klantenexclusiviteit maakt normaliter arbitrage door de klanten moeilijker. Omdat aan elke erkende distributeur een eigen categorie klanten wordt toegewezen, kan het bovendien voor niet-erkende distributeurs die niet tot een dergelijke categorie behoren, moeilijk zijn het product te verkrijgen. Hierdoor zal de mogelijkheid van arbitrage door niet-erkende distributeurs worden beperkt.

(167) Klantenexclusiviteit wordt vooral toegepast op intermediaire producten en, voor zover het eindproducten betreft, op het groothandelniveau, waar onderscheid kan worden gemaakt tussen categorieën klanten die verschillende specifieke eisen aan het product stellen.

(168) Klantenexclusiviteit kan tot efficiëntieverbeteringen leiden, in het bijzonder wanneer van de distributeurs wordt verlangd dat zij bijvoorbeeld in specifieke uitrusting, bekwaamheden of knowhow investeren om te kunnen voldoen aan de eisen van hun categorie klanten. Het hangt van de duur van de afschrijving van deze investeringen af, voor hoelang een systeem van klantenexclusiviteit gerechtvaardigd is. In het algemeen kan worden gesteld dat de kans op efficiëntieverbeteringen het grootst is bij nieuwe of complexe producten en bij producten die aan de behoeften van de individuele klant moeten worden aangepast. Aantoonbare verschillen tussen de behoeften van de klanten zijn waarschijnlijker bij intermediaire producten, d.w.z. producten die aan verschillende typen professionele afnemers worden verkocht. Het is minder waarschijnlijk dat de toewijzing van eindgebruikers tot efficiëntieverbeteringen leidt.

(169) Voorbeeld van klantenexclusiviteit

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

marktaandeelen tussen 25 en 5%, werken aan de verbetering en modernisering van hun producten.

Omdat de exclusiviteit van beperkte duur is en ertoe bijdraagt dat de distributeurs hun investeringen kunnen terugverdienen en hun verkoopinspanningen in het begin op een bepaalde categorie klanten kunnen toespitsen om het product en de markt te leren kennen, en omdat de mogelijke concurrentiebeperkende effecten op een dynamische markt gering lijken, is het waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan.

2.4. *Selectieve distributie*

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

(171) De mogelijke risico's voor de mededinging zijn een vermindering van de concurrentie binnen een merk en, in het bijzonder in het geval van een cumulatief effect, uitsluiting van een bepaald type of bepaalde typen distributeurs en vergemakkelijking van collusie tussen leveranciers of afnemers. Om de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van selectieve distributie aan artikel 81, lid 1, te toetsen, moet onderscheid worden gemaakt tussen zuiver kwalitatieve selectieve distributie en kwantitatieve selectieve distributie. Bij zuiver kwalitatieve selectieve distributie geschiedt de selectie van de wederverkopers uitsluitend aan de hand van criteria die wegens de aard van het product vereist zijn, zoals de opleiding van het verkooppersoneel, de in het verkooppunt verleende service, het aangeboden productassortiment enz.⁵⁰ Door de toepassing van dergelijke criteria wordt als zodanig geen limiet aan het aantal wederverkopers gesteld. Zuiver kwalitatieve selectieve distributie wordt over het algemeen geacht buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, te vallen omdat geen concurrentiebeperkende effecten optreden, mits aan drie voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet het betrokken product van zodanige aard zijn dat een selectief distributiestelsel noodzakelijk is, in die zin dat een dergelijk stelsel vanwege de aard van het betrokken product een rechtmatig vereiste vormt om de kwaliteit van het product te bewaren en erop toe te zien dat het op correcte wijze wordt gebruikt. Ten tweede moeten de wederverkopers worden geselecteerd aan de hand van objectieve criteria van kwalitatieve aard die op eenvormige wijze voor alle potentiële wederverkopers worden vastgesteld en zonder discriminatie worden toegepast. Ten derde mogen de vastgestelde criteria niet verder gaan dan wat noodzakelijk is⁵¹. Bij kwantitatieve selectieve distributie worden daarnaast nog andere selectiecriteria

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-88/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc/Commissie*, Jurispr. 1996, blz. II-1961.

⁵¹ Zie de arresten van het Hof van Justitie in zaak 31/80, *L'Oréal/PVBA "De Nieuwe AMCK"*, Jurispr. 1980, blz. 3775, punten 15 en 16; in zaak 26/76, *Metro I*, Jurispr. 1977, blz. 1875, punten 20 en 21; in zaak 107/82, *AEG*, Jurispr. 1983, blz. 3151, punt 35; en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-19/91, *Vichy/Commissie*, Jurispr. 1992, blz. II-415, punt 65.

toegepast die het potentiële aantal wederverkopers op directere wijze beperken, bijvoorbeeld doordat een minimum- of maximumomzet wordt geëist, het aantal wederverkopers wordt vastgelegd enz.

(172) Kwalitatieve en kwantitatieve selectieve distributie zijn krachtens de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld zolang het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer niet hoger is dan 30%, zelfs in combinatie met andere verticale beperkingen die niet tot de hardekernbeperkingen behoren, zoals een niet-concurrentiebeding of alleenverkoop, op voorwaarde dat geen beperkingen worden gesteld aan de actieve verkoop door de erkende distributeurs aan elkaar en aan eindgebruikers. Selectieve distributie is op grond van de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld ongeacht de aard van het betrokken product. Wanneer vanwege de aard van het product geen selectieve distributie vereist is, brengt een dergelijk distributiesysteem echter over het algemeen onvoldoende efficiëntieverbeteringen met zich mee om een belangrijke vermindering van de concurrentie binnen een merk te compenseren. Indien zich merkbare concurrentiebeperkende effecten voordoen, zal de groepsvrijstelling waarschijnlijk worden ingetrokken. Voorts gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van selectieve distributie in individuele gevallen die niet onder toepassing van de groepsvrijstelling vallen, of ingeval naast elkaar bestaande selectieve distributienetten een cumulatief effect hebben.

(173) De marktpositie van de leverancier en van zijn concurrenten is zeer belangrijk voor het beoordelen van mogelijke concurrentiebeperkende effecten, omdat de vermindering van de concurrentie binnen een merk slechts een probleem kan vormen indien de concurrentie tussen merken beperkt is. Hoe sterker de positie van de leverancier is, des te problematischer is de vermindering van de concurrentie binnen een merk. Een andere belangrijke factor is het aantal selectieve distributienetten op dezelfde markt. Wanneer selectieve distributie slechts door één leverancier op de markt wordt toegepast, heeft kwantitatieve selectieve distributie normaliter per saldo geen negatieve effecten, mits vanwege de aard van de contractproducten de toepassing van een selectief distributiestelsel vereist is en op voorwaarde dat de gehanteerde selectiecriteria noodzakelijk zijn om voor een efficiënte distributie van die producten te zorgen. In werkelijkheid ziet het er echter naar uit dat selectieve distributie vaak door een aantal leveranciers op een bepaalde markt wordt toegepast.

(174) De positie van concurrenten kan in tweeërlei opzicht van betekenis zijn en speelt vooral een rol in het geval van een cumulatief effect. De aanwezigheid van sterke concurrenten brengt over het algemeen met zich dat de vermindering van de concurrentie binnen een merk gemakkelijk door voldoende concurrentie tussen merken wordt gecompenseerd. Wanneer echter een meerderheid van de grote leveranciers selectieve distributie toepast, zal de concurrentie binnen een merk aanzienlijk afnemen en zullen misschien bepaalde typen distributeurs worden uitgesloten; er bestaat dan ook een groter risico dat het tussen die grote leveranciers tot collusie komt. Het risico dat efficiëntere distributeurs worden uitgesloten, is altijd groter geweest bij selectieve distributie dan bij alleenverkoop, vanwege de beperking bij selectieve distributie van de verkoop aan niet-erkende wederverkopers. De bedoeling hiervan is selectieve distributiestelsels een gesloten karakter te verlenen, zodat niet-erkende wederverkopers het product onmogelijk geleverd kunnen krijgen. Hierdoor is selectieve distributie een probaat middel om neerwaartse druk door prijsdiscounters op de marge van de producent en op de marge van de erkende wederverkopers te vermijden.

(175) Wanneer de Groepsvrijstellingsverordening van toepassing is op individuele selectieve distributienetten, kan in het geval van cumulatieve effecten worden overwogen de groepsvrijstelling in te trekken of de Groepsvrijstellingsverordening buiten toepassing te

verklaren. Er zal zich echter waarschijnlijk geen probleem van een cumulatief effect voordoen wanneer het door selectieve distributie bestreken deel van de markt minder dan 50% bedraagt. Er zal zich waarschijnlijk evenmin een dergelijk probleem voordoen wanneer de marktdekkingsgraad hoger dan 50%, maar het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers lager dan 50% is. Wanneer zowel het gecombineerde marktaandeel van de vijf grootste leveranciers als het door selectieve distributie bestreken deel van de markt meer dan 50% bedragen, kan de beoordeling verschillend zijn naargelang de vijf grootste leveranciers al dan niet allen selectieve distributie toepassen. Hoe sterker de positie van de concurrenten die geen selectieve distributie toepassen, des te minder waarschijnlijk het is dat andere distributeurs worden uitgesloten. Wanneer de vijf grootste leveranciers allen selectieve distributie toepassen, kunnen met name bezwaren uit het oogpunt van de mededinging rijzen met betrekking tot overeenkomsten waarin kwantitatieve selectiecriteria worden gehanteerd waardoor op directe wijze beperkingen aan het aantal erkende wederverkopers worden gesteld. De voorwaarden van artikel 81, lid 3, zijn over het algemeen waarschijnlijk niet vervuld wanneer de betrokken selectieve distributiestelsels de markt afschermen voor nieuwe distributeurs die de betrokken producten adequaat kunnen verkopen, in het bijzonder voor prijsdiscounters, en aldus ten voordele van bepaalde bestaande afzetkanalen en ten nadele van de consumenten beperkingen aan de distributie stellen. Meer indirecte vormen van kwantitatieve selectieve distributie, zoals die bijvoorbeeld voortvloeien uit de combinatie van zuiver kwalitatieve selectiecriteria met een aan de wederverkopers opgelegde verplichting om jaarlijks een bepaalde minimumhoeveelheid af te nemen, zullen minder gemakkelijk per saldo negatieve effecten hebben indien die hoeveelheid geen belangrijk percentage uitmaakt van de totale omzet die de afnemer met het betrokken type producten behaalt en indien de verplichting niet verder gaat dan wat noodzakelijk is opdat de leverancier zijn relatiegebonden investeringen zou kunnen terugverdienen en/of schaalvoordelen bij de distributie zou kunnen realiseren. Wat de mate van individuele bijdrage betreft, zal er over het algemeen van worden uitgegaan dat een leverancier met een marktaandeel van minder dan 5% niet in noemenswaardige mate tot een cumulatief effect bijdraagt.

(176) Toetredingsdrempels zijn vooral van belang wanneer de markt voor niet-erkende wederverkopers wordt afgesloten. De toetredingsdrempels zullen over het algemeen aanzienlijk zijn, omdat selectieve distributie gewoonlijk door producenten van merkproducten wordt toegepast. Het zal doorgaans veel tijd en aanzienlijke investeringen van uitgesloten detailhandelaren vergen om hun eigen merken te lanceren of elders concurrerende producten te betrekken.

(177) Afnemersmacht kan het risico van collusie tussen wederverkopers doen toenemen en kan dus aanleiding geven tot een aanzienlijk andere beoordeling van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van selectieve distributie. Er kan met name van afscherming van de markt voor efficiëntere detailhandelaren sprake zijn wanneer een sterke organisatie van wederverkopers aan de leverancier selectiecriteria oplegt die erop gericht zijn in het voordeel van haar leden beperkingen aan de distributie te stellen.

(178) In artikel 5, onder c), van de Groepsvrijstellingsverordening is bepaald dat de leverancier geen verplichting mag opleggen die er direct of indirect toe leidt dat de erkende wederverkopers de merken van bepaalde concurrerende leveranciers niet verkopen. Deze voorwaarde heeft specifiek tot doel te voorkomen dat het door het in het leven roepen van een selectieve club van merken door de leidende leveranciers tot horizontale collusie komt waardoor bepaalde merken worden uitgesloten. Een verplichting van dit type komt waarschijnlijk niet voor een vrijstelling in aanmerking wanneer het gecombineerde

marktaandeel van de vijf grootste leveranciers 50% of meer bedraagt, tenzij geen enkele van de leveranciers die een dergelijke verplichting opleggen, tot die vijf behoort.

(179) Uitsluiting van andere leveranciers is normaal geen probleem, zolang andere leveranciers op dezelfde distributeurs een beroep kunnen doen, d.w.z. zolang het selectieve distributiesysteem niet met merkexclusiviteit wordt gecombineerd. Wanneer er sprake is van een dicht net van erkende distributeurs of wanneer een cumulatief effect optreedt, kan de combinatie van selectieve distributie met een niet-concurrentiebeding een risico van afscherming van de markt voor andere leveranciers doen ontstaan. In dat geval zijn de hierboven met betrekking tot merkexclusiviteit uiteengezette beginselen van toepassing. Wanneer selectieve distributie niet met een niet-concurrentiebeding wordt gecombineerd, kan afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers toch een probleem zijn indien de leidende leveranciers niet alleen zuiver kwalitatieve selectiecriteria toepassen, maar aan hun wederverkopers bepaalde bijkomende verplichtingen opleggen, zoals de verplichting om een minimum aan ruimte in de rekken voor hun producten te reserveren of de verplichting dat de wederverkoper met hun producten een minimumpercentage van zijn totale omzet behaalt. Een dergelijk probleem zal zich waarschijnlijk niet voordoen indien het door selectieve distributie bestreken deel van de markt minder dan 50% bedraagt of indien, wanneer dit dekkingpercentage wordt overschreden, het marktaandeel van de vijf grootste leveranciers lager is dan 50%.

(180) De rijpheid van de markt is een belangrijke factor, omdat vermindering van de concurrentie binnen een merk en mogelijke uitsluiting van leveranciers of wederverkopers op een rijpe markt een ernstig probleem kunnen vormen, maar minder relevant zijn op een markt met een groeiende vraag, evoluerende technologie en veranderende marktposities.

(181) Selectieve distributie kan efficiënt zijn wanneer zij dankzij schaalvoordelen bij het vervoer tot besparingen op de logistieke kosten leidt, hetgeen ongeacht de aard van het product het geval kan zijn (efficiëntieverbetering 7) in punt 103). Bij selectieve distributiestelsels gaat het hier echter meestal slechts om een marginale efficiëntieverbetering. Om een meeliftprobleem tussen de distributeurs te helpen oplossen (efficiëntieverbetering 1) in punt 103) of om een merkimago te helpen creëren (efficiëntieverbetering 9) in punt 103) is de aard van het product bijzonder relevant. In het algemeen kan worden gesteld dat de kans op efficiëntieverbeteringen het grootst is bij nieuwe producten, bij complexe producten, bij producten waarvan de kwaliteiten vóór consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde ervaringsproducten) en bij producten waarvan de kwaliteiten zelfs na consumptie moeilijk te beoordelen zijn (zogenoemde vertrouwensproducten). De combinatie van selectieve distributie met een vestigingsbeding, dat erkende distributeurs beschermt tegen de vestiging van winkels van andere erkende distributeurs in de nabijheid, kan met name aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen als deze combinatie onmisbaar is om belangrijke, relatiegebonden investeringen van de erkende distributeur te beschermen (efficiëntieverbetering 4) in punt 103).

(182) Om ervoor te zorgen dat wordt gekozen voor de beperking waardoor de mededinging het minst wordt beperkt, is het belangrijk na te gaan of dezelfde efficiëntieverbeteringen tegen een vergelijkbare kostprijs door middel van bijvoorbeeld alleen serviceverplichtingen kunnen worden gerealiseerd.

(183) Voorbeeld van kwantitatieve selectieve distributie

Op een markt voor duurzame consumentenproducten verkoopt de marktleider (merk A), die een marktaandeel van 35% heeft, zijn product via een selectief distributienet aan de consumenten. Om tot het net te worden toelaten, moet aan verschillende criteria worden voldaan: de winkel moet over opgeleid personeel beschikken en presaleservice verlenen, er moet in de winkel een speciale afdeling voor de verkoop van het product en soortgelijke hightechproducten zijn en er moet in de winkel een breed assortiment van modellen van de leverancier worden verkocht, die op een aantrekkelijke wijze moeten worden tentoongesteld. Bovendien wordt het aantal voor toelating tot het net in aanmerking komende detailhandelaren direct beperkt door de vaststelling van een maximaal aantal detailhandelaren per aantal inwoners in elke provincie en elk stedelijk gebied. Er zijn op de betrokken markt zes ondernemingen aanwezig die met producent A concurreren. Zijn grootste concurrenten, B, C en D, hebben marktaandelen van respectievelijk 25, 15 en 10%, terwijl de andere producenten kleinere marktaandelen hebben. A is de enige producent die selectieve distributie toepast. Alle selectieve distributeurs van merk A verkopen ook enkele concurrerende merken. De concurrerende merken worden echter ook verkocht in een groot aantal winkels die niet tot het selectieve distributienet van A behoren. Er bestaan verschillende distributiekanaalen: zo worden de merken B en C verkocht in de meeste van de door A geselecteerde winkels, maar ook in andere winkels die een service van hoge kwaliteit verlenen, en in hypermarkten. Merk D wordt voornamelijk in winkels met een hoog serviceniveau verkocht. De technologie op de betrokken markt evolueert tamelijk snel en de belangrijkste leveranciers handhaven door middel van reclame een sterk kwaliteitsimago voor hun producten.

De dekkingsgraad van selectieve distributie op de betrokken markt bedraagt 35%. De concurrentie tussen merken wordt niet direct door het selectieve distributiesysteem van A beïnvloed. Het is mogelijk dat de concurrentie binnen merk A wordt beperkt, maar de consumenten hebben toegang tot detailhandelaren met een laag serviceniveau en lage prijzen voor de merken B en C, waarvan het kwaliteitsimago vergelijkbaar is met dat van merk A. Bovendien wordt de toegang tot detailhandelaren met een hoog serviceniveau voor andere merken niet afgesneden, omdat aan de geselecteerde distributeurs geen restricties met betrekking tot de verkoop van concurrerende merken worden opgelegd en omdat door de kwantitatieve beperking van het aantal detailhandelaren voor merk A, andere detailhandelaren met een hoog serviceniveau overblijven om concurrerende merken te distribueren. In dit geval is het, gezien de serviceverplichtingen en de efficiëntieverbeteringen die deze waarschijnlijk opleveren, en gezien het geringe effect op de concurrentie binnen een merk, waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, is voldaan.

(184) Voorbeeld van selectieve distributie met cumulatief effect

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

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

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

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

2.5. Franchising

(185) Franchiseovereenkomsten bevatten licenties voor intellectuele-eigendomsrechten op met name handelsmerken of emblemen en knowhow voor het gebruik en de distributie van goederen of diensten. Naast de licentie voor intellectuele-eigendomsrechten verstrekt de franchisegever de franchisenemer gewoonlijk gedurende de looptijd van de overeenkomst commerciële of technische bijstand. De licentie en de bijstand vormen integrerende bestanddelen van het in franchise gegeven bedrijfsconcept. Aan de franchisegever wordt door de franchisenemer voor het gebruik van het betrokken bedrijfsconcept over het algemeen een franchisevergoeding betaald. Franchising kan de franchisegever in staat stellen om met beperkte investeringen een uniform distributienet voor zijn producten op te richten. Naast het verstrekken van een bedrijfsconcept, bevatten franchiseovereenkomsten gewoonlijk een combinatie van verschillende verticale beperkingen aangaande de producten die worden gedistribueerd, in het bijzonder selectieve distributie en/of een niet-concurrentiebeding en/of alleenverkoop of een zwakkere vorm daarvan.

(186) De toepassing van de Groepsvrijstellingsverordening op licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten in franchiseovereenkomsten is behandeld in de punten 24 tot en met 46. Voor de in een franchiseovereenkomst opgenomen verticale beperkingen betreffende de koop, verkoop en wederverkoop van goederen en diensten – zoals selectieve distributie, een niet-

concurrentiebeding of alleenverkoop – geldt de groepsvrijstelling zolang het marktaandeel niet meer dan 30% bedraagt⁵². De bovenstaande richtsnoeren met betrekking tot deze typen beperkingen zijn ook op franchising van toepassing, onder voorbehoud van onderstaande bijzondere opmerkingen:

- 1) hoe belangrijker de overdracht van knowhow, des te waarschijnlijker is het dat de beperkingen efficiëntieverbeteringen opleveren en/of onmisbaar zijn om de knowhow te beschermen, en dat de verticale beperkingen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen;
- 2) een niet-concurrentiebeding, opgelegd met betrekking tot de door de franchisenemer gekochte goederen of diensten, valt buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, wanneer dit beding noodzakelijk is om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden. In dergelijke gevallen is ook de duur van het niet-concurrentiebeding uit het oogpunt van artikel 81, lid 1, irrelevant, zolang hij niet de looptijd van de franchiseovereenkomst zelf overschrijdt.

(187) Voorbeeld van franchising

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

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

⁵² Zie ook de punten 82 tot en met 91, in het bijzonder punt 88.

en gespecialiseerde snoepwinkels. Op de markt van machines voor het kleuren van levensmiddelen heeft de franchisegever een marktaandeel van minder dan 10%.

Van de meeste van de in de franchiseovereenkomsten opgenomen verplichtingen kan worden vastgesteld dat zij noodzakelijk zijn om intellectuele-eigendomsrechten te beschermen of om de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van het franchisenet in stand te houden, en dat zij buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen. De restricties van de verkoop (contractgebied en selectieve distributie) vormen een prikkel voor de franchisenemers om in de kleurmachine en het franchiseconcept te investeren en zijn, zo al niet noodzakelijk, dan toch nuttig om de gemeenschappelijke identiteit in stand te houden, zodat daardoor de vermindering van de concurrentie binnen een merk wordt gecompenseerd. Het niet-concurrentiebeding, waardoor gedurende de volledige looptijd van de overeenkomsten in de winkels geen andere merken snoep mogen worden verkocht, stelt de franchisegever in staat de eenvormigheid van de verkooppunten te bewaren en belet concurrenten van zijn handelsnaam te profiteren. Gezien het grote aantal potentiële verkooppunten die voor andere producenten van snoep beschikbaar zijn, leidt het beding niet in noemenswaardige mate tot marktafsluiting. De franchiseovereenkomsten van deze franchisegever voldoen waarschijnlijk aan de voorwaarden voor een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, ingeval de daarin opgenomen verplichtingen onder artikel 81, lid 1, vallen.

2.6. Exclusieve levering

(188) Tot de categorie “exclusieve levering” behoren overeenkomsten waarvan het belangrijkste kenmerk erin bestaat dat de afnemer ertoe wordt gedwongen of aangezet de contractproducten, in het algemeen of voor een bepaald gebruik, uitsluitend of voornamelijk aan één afnemer te verkopen. Dit kan in de vorm van een verplichting tot exclusieve levering, waarbij de leverancier de beperking wordt opgelegd met het oog op wederverkoop of een bepaald gebruik aan slechts één afnemer te leveren, maar bijvoorbeeld ook in de vorm van een leveringsquotering, waarbij de leverancier en de afnemer afspraken maken over stimulansen voor de leverancier om hoofdzakelijk aan één afnemer te leveren. Bij intermediaire goederen of diensten wordt exclusieve levering soms “industriële levering” genoemd.

(189) Exclusieve levering is krachtens de Groepsvrijstellingsverordening vrijgesteld indien het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer de drempel van 30% niet overschrijdt, zelfs in combinatie met andere verticale beperkingen die niet tot de hardkernbeperkingen behoren, zoals een niet-concurrentiebeding. Boven de marktaandeedrempel gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van exclusieve levering in individuele gevallen.

(190) Het grootste risico van exclusieve levering voor de mededinging is concurrentiebeperkende uitsluiting van andere afnemers. De mogelijke effecten lijken op die van exclusieve distributie, met name wanneer de exclusieve distributeur de enige afnemer wordt voor de hele markt (zie afdeling VI.2.2, en met name punt 152). Het is evident dat het marktaandeel van de afnemer op de upstreaminkoopmarkt een belangrijke factor is om te beoordelen in hoeverre de afnemer bij machte is exclusieve levering, die andere afnemers de toegang tot bevoorrading afsnijdt, “op te leggen”. De positie van de afnemer op de downstreammarkt is echter de factor waarvan afhangt of zich een mededingingsprobleem kan voordoen. Wanneer de afnemer op de downstreammarkt geen marktmacht bezit, is het onwaarschijnlijk dat merkbare negatieve effecten voor de consument optreden. Negatieve effecten kunnen zich voordoen wanneer het marktaandeel van de afnemer op de

downstreamverkoopmarkt alsook op de upstreaminkoopmarkt meer dan 30% bedraagt. Wanneer het marktaandeel van de afnemer op de upstreammarkt niet hoger dan 30% is, kunnen toch nog belangrijke marktafsluitende effecten optreden, met name wanneer het marktaandeel van de afnemer op zijn downstreammarkt 30% overschrijdt en de exclusieve levering een bepaald gebruik van de contractproducten betreft. Neemt een onderneming op de downstreammarkt een machtspositie in, dan kan elke verplichting om de producten uitsluitend of hoofdzakelijk aan de dominante afnemer te leveren, gemakkelijk belangrijke concurrentiebeperkende effecten hebben.

(191) Naast de marktpositie van de afnemer op de upstream- en downstreammarkt zijn ook de draagwijdte en de duur van de door hem toegepaste verplichting tot exclusieve levering van belang. Hoe hoger het aandeel van de gebonden leveringen is en hoe langer de exclusieve levering duurt, des te belangrijker is waarschijnlijk de marktafsluiting. Overeenkomsten inzake exclusieve levering met een looptijd van minder dan vijf jaar, gesloten door ondernemingen zonder machtspositie, vereisen in de regel een afweging van de concurrentiebevorderende en de concurrentiebeperkende effecten, terwijl overeenkomsten met een looptijd van meer dan vijf jaar voor de meeste soorten investeringen niet noodzakelijk worden geacht om de beweerde efficiëntieverbeteringen te realiseren, of de efficiëntieverbeteringen zijn ontoereikend om het marktafsluitende effect van dergelijke langlopende overeenkomsten inzake exclusieve levering te compenseren.

(192) De marktpositie van de concurrerende afnemers op de upstreammarkt is een belangrijke factor, omdat concurrerende afnemers waarschijnlijk slechts om concurrentie beperkende redenen, namelijk om hun kosten te verhogen, zullen worden uitgesloten wanneer zij aanzienlijk kleiner zijn dan de afnemer die de uitsluiting bewerkstelligt. Uitsluiting van concurrerende afnemers is niet erg waarschijnlijk wanneer deze concurrenten dezelfde inkoopmacht bezitten en de leveranciers dezelfde afzetmogelijkheden kunnen bieden. In een dergelijk geval zou er slechts sprake kunnen zijn van uitsluiting van potentiële toetreders, die misschien niet in staat zijn zich te bevoorraden wanneer verschillende grote afnemers allen overeenkomsten inzake exclusieve levering sluiten met de meeste leveranciers op de markt. Een dergelijk cumulatief effect kan aanleiding zijn om de groepsvrijstelling in te trekken.

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

(194) De tegenmacht van de leveranciers is een relevante factor, omdat belangrijke leveranciers zich niet gemakkelijk de toegang tot alternatieve afnemers zullen laten afsnijden. Er bestaat dus vooral een risico van marktafsluiting wanneer de leveranciers zwak en de afnemers sterk zijn. Wanneer de leveranciers sterk zijn, wordt exclusieve levering soms met een niet-concurrentiebeding gecombineerd. In geval van combinatie met een niet-concurrentiebeding zijn tevens de regels betreffende merkexclusiviteit van toepassing. Wanneer er aan beide zijden sprake is van relatiegebonden investeringen (“hold-upprobleem”), kan de combinatie van exclusieve levering met een niet-concurrentiebeding, d.w.z. wederzijdse exclusiviteit bij industriële leveringsovereenkomsten, in veel gevallen gerechtvaardigd zijn, met name beneden het niveau van een machtspositie.

(195) Ten slotte zijn het handelsniveau en de aard van het product van belang voor de vraag of er sprake is van marktafsluiting. Concurrentiebeperkende marktafsluiting is minder

waarschijnlijk wanneer het om een intermediair product gaat of wanneer het product homogeen is. Ten eerste kan een uitgesloten producent die een bepaalde input gebruikt, gewoonlijk soepeler op de vraag van zijn klanten reageren dan een groothandelaar/detailhandelaar op de vraag van de consument, voor wie het merk een belangrijke rol kan spelen. Ten tweede is het verlies van een potentiële bevoorradingsbron minder erg voor de uitgesloten afnemers wanneer het om een homogeen product gaat dan wanneer het om een heterogeen product gaat dat in verschillende kwaliteiten bestaat. Bij eindproducten van een bepaald merk of gedifferentieerde intermediaire producten kan, wanneer er toetredingsdrempels bestaan, exclusieve levering merkbare concurrentiebeperkende effecten hebben indien de concurrerende afnemers in vergelijking met de betrokken afnemer betrekkelijk klein zijn, ook al neemt deze laatste op de downstreammarkt geen machtspositie in.

(196) Efficiëntieverbeteringen zijn te verwachten in het geval van een “hold-upprobleem” (punt 103, onder 4) en 5)), en dit is waarschijnlijker bij intermediaire producten dan bij eindproducten. Andere efficiëntieverbeteringen zijn minder waarschijnlijk. Mogelijke schaalvoordelen bij de distributie (punt 103, onder 7)) lijken exclusieve levering niet te kunnen rechtvaardigen.

(197) In het geval van een “hold-upprobleem”, en nog meer in het geval van schaalvoordelen bij de distributie, zou leveringsquotering, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichting tot het leveren van minimumhoeveelheden, zeer wel een minder restrictief alternatief kunnen vormen.

(198) Voorbeeld van exclusieve levering

Op de markt voor een bepaald type componenten (markt voor intermediaire producten) komt leverancier A met afnemer B overeen dat leverancier A met gebruikmaking van zijn eigen knowhow, middels belangrijke investeringen in nieuwe machines en met behulp van de door afnemer B verstrekte specificaties, een verschillende versie van de component zal ontwikkelen. B zal belangrijke investeringen moeten doen om de nieuwe component te kunnen verwerken. Overeengekomen wordt dat A het nieuwe product gedurende een periode van vijf jaar nadat het voor het eerst op de markt is gebracht, uitsluitend aan afnemer B zal verkopen. B is gedurende dezelfde periode van vijf jaar verplicht het nieuwe product uitsluitend van A te kopen. A en B mogen andere versies van de component elders blijven verkopen respectievelijk kopen. Afnemer B heeft een marktaandeel van 40% op de upstreammarkt voor componenten en op de downstreammarkt voor eindproducten. Het marktaandeel van de leverancier van de component bedraagt 35%. Er zijn twee andere leveranciers van componenten, met een marktaandeel van 20 tot 25%; daarnaast is er een aantal kleinere leveranciers.

De overeenkomst voldoet, gezien de belangrijke investeringen, waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, omdat zij efficiëntieverbeteringen oplevert en omdat het marktafscherpende effect gering is. Voor andere afnemers wordt de toegang tot een bepaalde versie van een product van een leverancier met een marktaandeel van 35% afgesneden en er zijn andere leveranciers van componenten die wellicht soortgelijke nieuwe producten zullen ontwikkelen. Voor andere leveranciers wordt, voor ten hoogste 40% van de markt, de toegang tot een gedeelte van de vraag van afnemer B afgesneden.

2.7. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen

(199) Vooraf te betalen toegangsvergoedingen zijn vaste bedragen die leveranciers in het kader van een verticale verhouding aan het begin van een periode aan distributeurs betalen om toegang tot hun distributienet te krijgen en als vergoeding voor diensten die detailhandelaren aan hen verlenen. Tot deze categorie behoren verschillende soorten vergoedingen, bijvoorbeeld voor het vrijmaken van schapruimte ("slotting allowances")⁵³, om in de schappen te blijven ("pay-to-stay fees")⁵⁴ of om toegang te krijgen tot promotiecampagnes van een distributeur. De groepsvrijstelling geldt voor vooraf te betalen toegangsvergoedingen wanneer het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer op hun downstreammarkten niet meer dan 30% bedraagt. Boven de marktaandeedrempel gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van vooraf te betalen toegangsvergoedingen in individuele gevallen.

(200) Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen met name tot concurrentiebeperkende uitsluiting van andere distributeurs leiden wanneer dergelijke vergoedingen de leverancier ertoe aanzetten zijn producten slechts via één of een beperkt aantal distributeurs te verspreiden. In dat geval hebben vooraf te betalen toegangsvergoedingen hetzelfde afscherpende effect op de downstreammarkt als verplichtingen tot exclusieve levering. De toetsing van dit negatieve effect gebeurt op dezelfde wijze als de toetsing van verplichtingen tot exclusieve levering (zie met name de punten 190 t/m 195).

(201) Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen ook tot concurrentiebeperkende uitsluiting van andere leveranciers leiden wanneer het wijdverbreide gebruik van deze vergoedingen de toetredingsdrempels voor kleine toetreders verhoogt. De toetsing van dit mogelijke negatieve effect gebeurt op dezelfde wijze als de toetsing van merkexclusiviteitsverplichtingen (zie met name de punten 128 t/m 137).

(202) Behalve dat zij marktafscherpende effecten kunnen hebben, kunnen vooraf te betalen toegangsvergoedingen ook collusie tussen distributeurs in de hand werken. Het is waarschijnlijk dat vooraf te betalen toegangsvergoedingen ertoe leiden dat de leverancier een hogere prijs voor de contractproducten rekent om de kosten van deze vergoedingen te dekken. Hogere leveringsprijzen kunnen de prikkel voor detailhandelaren om op de downstreammarkt op prijs te concurreren doen afnemen, terwijl de winst van de distributeurs als gevolg van de toegangsvergoedingen toeneemt. Voor een dergelijke collusie tussen distributeurs door het cumulatieve gebruik van vooraf te betalen toegangsvergoedingen moet de distributiemarkt normaliter geconcentreerd zijn.

(203) Het gebruik van vooraf te betalen toegangsvergoedingen kan echter in veel gevallen bijdragen tot een efficiënte toewijzing van schapruimte aan nieuwe producten. Distributeurs hebben vaak minder informatie over de kans van slagen van op de markt te introduceren nieuwe producten dan leveranciers, waardoor de productvoorraad soms niet optimaal is. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen worden gebruikt om deze informatiekloof tussen leveranciers en distributeurs te overbruggen, doordat leveranciers expliciet de mogelijkheid krijgen met elkaar te concurreren om schapruimte. De distributeur kan hieruit opmaken welke producten waarschijnlijk het meeste kans van slagen hebben, omdat een

⁵³ Vaste vergoedingen die producenten aan detailhandelaren betalen om toegang tot hun schapruimte te krijgen.

⁵⁴ De betaling van een vast bedrag om te waarborgen dat een bestaand product nog een bepaalde tijd in de schappen aanwezig blijft.

leverancier normaliter alleen bereid zal zijn vooraf een toegangsvergoeding te betalen als hij veel vertrouwen in de productintroductie heeft.

(204) Bovendien kunnen leveranciers door de bovengenoemde informatiekloof stimulansen hebben om mee te liften met de promotie-inspanningen van distributeurs om suboptimale producten te introduceren. Als een product niet succesvol is, zullen de distributeurs voor een deel van de kosten van het mislukte product opdraaien. Vooraf te betalen toegangsvergoedingen kunnen dergelijk meeliftgedrag voorkomen, doordat het risico van mislukking van het product weer bij de leveranciers komt te liggen, hetgeen bijdraagt tot een optimaal aantal productintroducties.

2.8. Categoriemanagementovereenkomsten

(205) Categoriemanagementovereenkomsten zijn overeenkomsten waarmee de distributeur, in het kader van een distributieovereenkomst, de leverancier (de “category captain”) met de marketing van een categorie producten belast, waartoe over het algemeen niet alleen de producten van de leverancier behoren, maar ook die van zijn concurrenten. De groepsvrijstelling geldt voor categoriemanagementovereenkomsten wanneer het marktaandeel van zowel de leverancier als de afnemer op hun downstreammarkten niet meer dan 30% bedraagt. Boven de marktaandeeldrempel gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van categoriemanagementovereenkomsten in individuele gevallen.

(206) Categoriemanagementovereenkomsten kunnen de mededinging tussen leveranciers vervalsen en uiteindelijk tot concurrentiebeperkende uitsluiting van andere leveranciers leiden, in het bijzonder wanneer de “category captain” door zijn invloed op de marketingbeslissingen van de distributeur in staat is de distributie van producten van concurrerende leveranciers te beperken of te benadelen. Bovendien kan de distributeur, wanneer hij ook concurrerende producten onder zijn eigen merk verkoopt (private labels), stimulansen hebben om bepaalde leveranciers, en met name producten uit het middensegment, uit te sluiten. De toetsing van deze upstreamuitsluiting gebeurt op dezelfde wijze als de toetsing van merkexclusiviteitsverplichtingen (zie met name de punten 128 t/m 137).

(207) Daarnaast kunnen categoriemanagementovereenkomsten collusie tussen distributeurs in de hand werken wanneer een leverancier, die als “category captain” voor alle of de meeste concurrerende distributeurs op de markt optreedt, distributeurs een gemeenschappelijk referentiepunt voor hun marketingbeslissingen biedt.

(208) Categoriemanagement kan ook collusie tussen leveranciers in de hand werken doordat meer mogelijkheden ontstaan om via detailhandelaren gevoelige marktinformatie uit te wisselen, bijvoorbeeld over toekomstige prijsstelling, promotieplannen of reclamecampagnes⁵⁵. Bovendien kan communicatie tussen de “category captain” en de distributeur, wanneer deze ook private labels verkoopt, leiden tot onderlinge collusie, in het bijzonder door de prijsbinding voor het merk van de distributeur.

(209) Categoriemanagementovereenkomsten kunnen echter ook efficiëntieverbeteringen opleveren. Distributeurs kunnen als gevolg van categoriemanagementovereenkomsten schaalvoordelen behalen, doordat zij de optimale hoeveelheid op het juiste moment direct in de schappen kunnen leggen. Ook leveranciers kunnen als gevolg van

⁵⁵ Rechtstreekse uitwisseling van informatie tussen concurrenten valt niet onder de Groepsvrijstellingsverordening (zie artikel 2, lid 4, en de punten 27 en 28).

categoriemanagementovereenkomsten schaalvoordelen behalen, want zij kunnen beter anticiperen op de vraag en hun promoties beter afstemmen. Omdat categoriemanagement berust op de gewoonten van klanten, kunnen categoriemanagementovereenkomsten de klanttevredenheid verhogen, doordat beter aan de vraagverwachting kan worden voldaan. Over het algemeen geldt: hoe groter de concurrentie tussen merken en hoe lager de overstapkosten van klanten, des te groter de economische voordelen van categoriemanagement.

2.9. Koppelverkoop

(210) Koppelverkoop betreft situaties waarbij klanten die een product (het koppelende product) kopen, van dezelfde leverancier of een door hem aangewezen derde ook een ander afzonderlijk product moeten afnemen (het gekoppelde product). Koppelverkoop kan misbruik in de zin van artikel 82 inhouden⁵⁶. Wanneer koppelverkoop in een merkexclusiviteitsverplichting voor het gekoppelde product resulteert (zie de punten 125 t/m 146), kan dit ook een onder artikel 81 vallende verticale beperking inhouden. Slechts deze laatste situatie wordt in deze richtsnoeren behandeld.

(211) Of producten als afzonderlijke producten worden beschouwd, is afhankelijk van de vraag van klanten. Twee producten zijn afzonderlijke producten indien, zonder koppelverkoop, een substantieel aantal klanten het koppelende product bij dezelfde aanbieder zouden afnemen of hadden afgenomen zonder ook het gekoppelde product bij hem af te nemen en daardoor afzonderlijke productie voor zowel het koppelende als het gekoppelde product mogelijk zouden maken⁵⁷. Het bewijs dat twee producten afzonderlijke producten zijn, kan onder meer rechtstreeks bewijs zijn dat afnemers, wanneer zij de keuze krijgen, de koppelende en de gekoppelde producten apart betrekken bij verschillende leveringsbronnen, dan wel indirect bewijs zoals de aanwezigheid op de markt van ondernemingen die zijn gespecialiseerd in de productie of de verkoop van het gekoppelde product zonder het koppelende product⁵⁸, of bewijs waaruit blijkt dat ondernemingen met geringe marktmacht, met name op concurrerende markten, dergelijke producten doorgaans niet koppelen of bundelen. Zo is het, omdat klanten schoenen met veters wensen te kopen en het voor distributeurs niet haalbaar is om in nieuwe schoenen de door de klant gewenste veters te rijgen, tot het handelsgebruik gaan behoren dat schoenfabrikanten schoenen met veters leveren. Verkoop van schoenen met veters is bijgevolg geen koppelverkoop.

(212) Koppelverkoop kan leiden tot concurrentiebeperkende marktafscherpende effecten op de gekoppelde markt, op de koppelende markt, of op beide markten terzelfder tijd. Het marktafscherpende effect hangt af van het percentage dat de koppelverkoop van de totale verkoop op de markt voor het gekoppelde product uitmaakt. Met betrekking tot de vraag wat op grond van artikel 81, lid 1, als merkbare marktafscherming kan worden beschouwd, kan de analyse inzake merkexclusiviteit worden toegepast. Koppelverkoop betekent dat er op zijn minst sprake is van een vorm van afnamequotering met betrekking tot het gekoppelde product. Wanneer bovendien met betrekking tot het gekoppelde product een niet-concurrentiebeding wordt overeengekomen, vergroot dit de kans dat het tot afscherming van

⁵⁶ Arrest van het Hof van Justitie in zaak C-333/94 P, Tetra Pak/Commissie, Jurispr. 1996, blz. I-5951, punt 37. Zie ook Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PB C 45 van 24.2.2009, blz. 7-20.

⁵⁷ Arrest in zaak T-201/04, Microsoft/Commissie, Jurispr. 2007, blz. II-3601, punten 917, 921 en 922.

⁵⁸ Arrest in zaak T-30/89, Hilti/Commissie, Jurispr. 1991, blz. II-1439, punt 67.

de markt voor het gekoppelde product komt. De koppelverkoop kan resulteren in minder concurrentie voor klanten die wel geïnteresseerd zijn in het gekoppelde product, maar niet in het koppelende product. Als er onvoldoende klanten zijn die alleen het gekoppelde product willen kopen om concurrenten van de leverancier op de gekoppelde markt te doen standhouden, kan koppelverkoop ertoe leiden dat deze klanten met hogere prijzen te maken krijgen. Als het gekoppelde product een belangrijk complementair product is voor de klanten van het koppelende product, kan een beperking van het aantal alternatieve aanbieders van het gekoppelde product, en dus een beperkte beschikbaarheid van dit product, de toetreding tot uitsluitend de koppelende markt moeilijker maken.

(213) Koppelverkoop kan ook rechtstreeks leiden tot prijzen die boven het door concurrentie bepaalde peil liggen, en dit voornamelijk in drie gevallen. Ten eerste wanneer het koppelende en het gekoppelde product in uiteenlopende mate kunnen worden gebruikt als input voor een productieproces en de klanten op een prijsverhoging voor het koppelende product kunnen reageren door hun vraag naar het gekoppelde product op te drijven, terwijl zij hun vraag naar het koppelende product verminderen. Door de beide producten te koppelen, kan de leverancier deze substitutie proberen te vermijden en kan hij als gevolg daarvan in staat zijn zijn prijzen te verhogen. Ten tweede wanneer de koppelverkoop prijsdiscriminatie mogelijk maakt naar gelang van het gebruik dat de klant van het koppelende product maakt (bijvoorbeeld het koppelen van de verkoop van inktcartridges aan de verkoop van fotokopieerapparaten). Ten derde wanneer het in het geval van langlopende contracten of in het geval van secundaire markten voor originele uitrusting met een lange levensduur moeilijk voor de klanten wordt om de gevolgen van de koppeling in te schatten.

(214) Koppelverkoop valt onder de groepsvrijstelling wanneer het marktaandeel van de leverancier op zowel de markt van het gekoppelde product als de markt van het koppelende product en dat van de afnemer op diens relevante downstreammarkten niet meer dan 30% bedraagt. Koppelverkoop kan met andere verticale beperkingen die niet tot de hardekernbeperkingen behoren, zoals een niet-concurrentiebeding of afnamequotering met betrekking tot het koppelende product, of exclusieve afname, worden gecombineerd. Boven de marktaandeeldrempel gelden onderstaande richtsnoeren voor het beoordelen van koppelverkoop in individuele gevallen.

(215) De marktpositie van de leverancier op de markt voor het koppelende product is duidelijk van groot belang voor het beoordelen van mogelijke concurrentiebeperkende effecten. Over het algemeen wordt dit type overeenkomst door de leverancier opgelegd. Het belang van de leverancier op de markt voor het koppelende product is de voornaamste reden waarom het voor een afnemer moeilijk kan zijn om een verplichting inzake koppelverkoop te weigeren.

(216) Voor het beoordelen van de marktmacht van de leverancier is de marktpositie van zijn concurrenten op de markt voor het koppelende product belangrijk. Zolang zijn concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen concurrentiebeperkende effecten te verwachten, omdat de afnemers over genoeg alternatieven beschikken om het koppelende product zonder het gekoppelde product te kopen, tenzij andere leveranciers eveneens koppelverkoop toepassen. Voorts zijn de toetredingsdrempels op de markt voor het koppelende product relevant voor het bepalen van de marktpositie van de leverancier. Wanneer koppelverkoop met een niet-concurrentiebeding met betrekking tot het koppelende product wordt gecombineerd, versterkt dit in aanzienlijke mate de positie van de leverancier.

(217) Afnemersmacht is een relevante factor, omdat belangrijke afnemers zich niet gemakkelijk tot het aanvaarden van koppelverkoop zullen laten dwingen wanneer niet ten minste een deel van de mogelijke efficiëntieverbeteringen aan hen ten goede komen. Er bestaat dus vooral een risico van niet op efficiëntieverbetering gebaseerde koppelverkoop in gevallen waarin de afnemers niet over noemenswaardige macht beschikken.

(218) Wanneer merkbare concurrentiebeperkende effecten zijn vastgesteld, rijst de vraag of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan. Verplichtingen inzake koppelverkoop kunnen efficiëntieverbeteringen opleveren die voortvloeien uit gezamenlijke productie of gezamenlijke distributie. Wanneer het gekoppelde product niet door de leverancier wordt geproduceerd, kan ook het feit dat de leverancier grote hoeveelheden van het gekoppelde product koopt een efficiëntieverbetering opleveren. De koppelverkoop kan echter alleen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, voldoen wanneer wordt aangetoond dat ten minste een deel van deze kostenbesparingen aan de afnemer wordt doorgegeven, wat doorgaans niet het geval is wanneer de detailhandelaar door andere leveranciers dan de leverancier die de koppelverkoop toepast, tegen gelijke of betere voorwaarden regelmatig dezelfde of equivalente producten geleverd kan krijgen. Een andere efficiëntieverbetering kan zijn dat koppelverkoop bijdraagt tot een zekere eenvormigheids- en kwaliteitsnormering (zie efficiëntieverbetering 9) in punt 103). Aangetoond moet echter worden dat de positieve effecten niet op even efficiënte wijze kunnen worden gerealiseerd door van de afnemer te eisen dat hij producten gebruikt of doorverkoopt die aan minimumkwaliteitsnormen voldoen, zonder hem ertoe te verplichten deze van de leverancier of een door de leverancier aangewezen derde te kopen. De eisen inzake minimumkwaliteitsnormen vallen normaliter niet onder het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1. Wanneer de leverancier van het koppelende product de afnemer verplicht het gekoppelde product te kopen van de leveranciers die hij aanwijst, bijvoorbeeld omdat geen minimumkwaliteitsnormen kunnen worden opgesteld, kan dit ook buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen, in het bijzonder wanneer het aanwijzen van de leveranciers van het gekoppelde product de leverancier van het koppelende product geen direct (financieel) voordeel oplevert.

2.10. Beperkingen betreffende de wederverkoopprijs

(219) Zoals uiteengezet is in afdeling III.3, wordt verticale prijsbinding, d.w.z. overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederverkoopprijs of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen, als harde kernbeperking behandeld. De opname van verticale prijsbinding in een overeenkomst schept het vermoeden dat de overeenkomst de mededinging beperkt en dus binnen het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, valt. Ook schept dit het vermoeden dat de overeenkomst waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, beantwoordt en dat de groepsvrijstelling bijgevolg niet van toepassing is. Dit staat er echter niet aan in de weg dat ondernemingen zich in individuele gevallen krachtens artikel 81, lid 3, kunnen beroepen op efficiëntieverbeteringen. Als de partijen aantonen dat de opname van verticale prijsbinding in hun overeenkomst waarschijnlijk efficiëntieverbeteringen zal opleveren en dat aan alle voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan, mag de Commissie zich niet slechts op een vermoeden baseren, maar moet zij een feitelijke beoordeling maken van de waarschijnlijke negatieve effecten op de mededinging en de consumenten, alvorens te beslissen of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, wordt voldaan.

(220) Verticale prijsbinding kan de mededinging op verschillende manieren beperken. Ten eerste kan verticale prijsbinding collusie tussen leveranciers in de hand werken door de

transparantie van de prijzen op de markt te vergroten, waardoor gemakkelijker kan worden vastgesteld of een leverancier van het collusie-evenwicht afwijkt door zijn prijzen te verlagen. Verticale prijsbinding ondermijnt ook de stimulans voor de leverancier om zijn prijzen voor zijn distributeurs te verlagen, omdat de vastgestelde wederverkoopprijs voorkomt dat hij van uitgebreide verkoop profiteert. Dit negatieve effect is in het bijzonder aannemelijk als de producenten een hecht oligopolie vormen. Ten tweede kan verticale prijsbinding ook, door de prijsconcurrentie binnen een merk uit te schakelen, collusie tussen de afnemers, d.w.z. op distributieniveau, in de hand werken. Sterke of goed georganiseerde distributeurs kunnen in staat zijn een of meer leveranciers te dwingen of te overtuigen een vaste wederverkoopprijs vast te stellen en hen zo te helpen bij de instandhouding van een stabiel collusie-evenwicht. Dit verlies aan prijsconcurrentie lijkt met name een probleem wanneer de verticale prijsbinding plaatsvindt op initiatief van de afnemers, wier collectieve horizontale belangen naar verwachting negatieve gevolgen voor de consument hebben. Ten derde kan verticale prijsbinding meer in het algemeen de concurrentie tussen producenten en/of detailhandelaren afzwakken, in het bijzonder wanneer producenten voor de distributie van hun producten dezelfde distributeurs gebruiken en de verticale prijsbinding door al deze distributeurs, of de meesten ervan, wordt toegepast. Ten vierde zal verticale prijsbinding onmiddellijk tot gevolg hebben dat alle of bepaalde distributeurs ervan worden weerhouden hun verkoopprijs voor het merk in kwestie te verlagen. Met andere woorden, het rechtstreekse effect van verticale prijsbinding is een prijsverhoging. Ten vijfde kan verticale prijsbinding de druk op de marge van de producent verlagen, in het bijzonder wanneer de producent een commitmentprobleem heeft, d.w.z. wanneer hij belang heeft bij een verlaging van de prijs die aan volgende distributeurs in rekening wordt gebracht. In een dergelijke situatie kan de producent er de voorkeur aan geven met verticale prijsbinding in te stemmen, waardoor zijn eigen marge minder onder druk komt te staan en hij wordt geholpen zich ertoe te verbinden de prijs voor volgende distributeurs niet te verlagen. Ten slotte kan verticale prijsbinding de dynamiek en innovatie op het niveau van de distributie doen afnemen. Doordat verticale prijsbinding prijsconcurrentie tussen verschillende distributeurs voorkomt, kan worden tegengegaan dat nieuwe detailhandelaren met lage prijzen de markt betreden. Ook kan hierdoor de toetreding of uitbreiding van distributievormen op basis van lage prijzen, zoals prijsdiscounters, worden voorkomen of belemmerd.

(221) Verticale prijsbinding kan echter niet alleen de mededinging beperken, maar soms ook efficiëntieverbeteringen opleveren, die aan artikel 81, lid 3, zullen worden getoetst. Met name wanneer een producent een nieuw merk introduceert of een nieuwe markt betreedt, kan verticale prijsbinding nuttig zijn om distributeurs ertoe aan te zetten meer rekening te houden met het belang van de producent om vraag naar het product te ontwikkelen. Verticale prijsbinding kan distributeurs middelen bieden om hun promotie-inspanningen op te voeren en als de distributeurs op deze nieuwe markt concurrentiedruk ondervinden, kunnen zij hierdoor ertoe worden aangezet de algehele vraag naar het product te vergroten en de toetreding tot een succes te maken, wat ook in het belang van de consument is. Evenzo kunnen vaste wederverkoopprijzen, in plaats van maximumwederverkoopprijzen, nodig zijn om in een franchisesysteem of een soortgelijk distributiestelsel een gecoördineerde kortlopende prijsverlagingsactie op te zetten, wat ook in het belang van de consument is. Met het oog op de korte looptijd (meestal twee tot zes weken) is het zelfs mogelijk dat dit in het geheel geen merkbare negatieve effecten heeft. Incidenteel kan verticale prijsbinding ook nuttig zijn om te voorkomen dat een grote distributeur een bepaald merk als lokartikel gebruikt. Deze praktijk waarbij een lokartikel beneden de kostprijs wordt verkocht, is op korte termijn in het belang van de consument, maar kan ook, wanneer het product door andere detailhandelaren uit het assortiment wordt genomen, op langere termijn tot een afname van de concurrentie tussen merken leiden, wat schadelijk is voor de consument.

(222) De praktijk van het vaststellen van adviesprijzen voor of het opleggen van maximumprijzen aan de wederverkoper valt onder de Groepsvrijstellingsverordening wanneer het marktaandeel van elk van de partijen bij de overeenkomst de drempel van 30% niet overschrijdt. Voor gevallen waarin de marktaandeedrempel wordt overschreden, en voor het geval van intrekking van de Groepsvrijstellingsverordening gelden onderstaande richtsnoeren.

(223) Het mogelijke mededingingsrisico van maximum- en adviesprijzen is dat zij hetzelfde effect zullen hebben als verticale prijsbinding: de maximum- of adviesprijs kan als richtpunt voor wederverkopers werken en door alle of vrijwel alle wederverkopers worden toegepast en/of de maximum- of adviesprijs kan collusie tussen leveranciers in de hand werken. Naast hetgeen hierboven over het risico van negatieve effecten van verticale prijsbinding is gezegd, is het in verband met maximum- en adviesprijzen voor wederverkoop ook van belang te onderzoeken of er een toezichtmechanisme is en of vergeldingsmaatregelen mogelijk zijn ingeval een distributeur zich niet aan de richtprijs houdt.

(224) Een belangrijke factor voor het beoordelen van de mogelijke concurrentiebeperkende effecten van maximum- of adviesprijzen is ook de marktpositie van de leverancier. Hoe sterker de marktpositie van de leverancier is, des te groter is het risico dat een maximum- of adviesprijs tot een min of meer eenvormige toepassing van dat prijspeil door de wederverkopers leidt, omdat zij die prijs misschien als richtpunt gaan gebruiken. Zij kunnen het als moeilijk ervaren af te wijken van wat hun voorkomt als de geprefereerde wederverkoopprijs, voorgesteld door een dermate belangrijke leverancier op de markt.

(225) Wanneer merkbare concurrentiebeperkende effecten voor maximum- of adviesprijzen voor wederverkoop zijn vastgesteld, rijst de vraag of een vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, mogelijk is. Voor maximumprijzen voor wederverkoop kan met name de in punt 103, onder 6), beschreven efficiëntieverbetering (voorkoming van dubbele marginalisatie) van belang zijn.

2.11. Overige verticale beperkingen

(226) De hierboven beschreven verticale beperkingen en combinaties vormen slechts een selectie. Er zijn andere beperkingen en combinaties, waarvoor hier als zodanig geen richtsnoeren worden gegeven. Bij de behandeling daarvan zullen echter dezelfde beginselen worden gevolgd en zal de nadruk eveneens op het effect op de markt liggen.